

CENTRE TOULOUSAIN D'HISTOIRE DU DROIT ET DES IDEES POLITIQUES

ETUDES D'HISTOIRE DU DROIT
ET DES IDEES POLITIQUES
n° 17

LES DESUNIONS DE LA MAGISTRATURE
(XIX^e-XX^e siècles)

sous la direction
de Jean-Christophe Gaven
et Jacques Krynen

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

Copyright et diffusion : 2012

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole
2 rue du doyen Gabriel Marty
31042 Toulouse cedex

ISBN : 978-2-36170-056-0

Illustration de couverture : tableau de James Ensor : « Les bons juges »
(1891)

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION par Jacques Krynen	11
PREMIERE PARTIE : JUGES CONTRE JUGES : LA NAISSANCE DES DESUNIONS AU XIX^E SIECLE	
DE QUELQUES REGARDS POSES SUR LA MAGISTRATURE ANCIENNE AU DEBUT DU XIX ^E SIECLE par Christine Mengès-Le Pape.....	21
DIFFERENCIATIONS MENTALES ET CULTURELLES DANS LA MAGISTRATURE DU ROYAUME DE SARDAIGNE AU XIX ^e SIECLE : « MAGISTRATS », « JUGES » ET « LOIS DE PROCEDURE » par Francesco Aimerito.....	31
JUGES ABSOLUTISTES CONTRE JUGES LIBERAUX EN ESPAGNE (1808-1842) par Julian Montemayor.....	47
LE GOUVERNEMENT DIVISE DES JUGES. NOUVEAUX MODELES DE LA MEDIATION PATRIARCALE DANS LE MONDE CONTEMPORAIN par Francesco Di Donato.....	69
DEUXIEME PARTIE : JUGES CONTRE JUGES : LES FORMES NOUVELLES DES DESUNIONS AU XX^E SIECLE	
DU « BON JUGE » AUX « JUGES ROUGES » par Jean-Claude Farcy	113

Table des matières

ASSOCIATIONS ET SYNDICATS DE MAGISTRATS DE L'ORDRE JUDICIAIRE DANS LA FRANCE DU XX ^E SIECLE par Béatrice Fourniel.....	147
« FAIRE CORPS », UNE ILLUSION D'INSTITUTION ? LES RELATIONS ENTRE MAGISTRATS D'APRES LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE (1958-2010) par Mathieu Soula.....	171
TROISIEME PARTIE : JUGES CONTRE JUGES : MAGISTRATURE ET NON PROFESSIONNELS	
LES JUGES REVOLUTIONNAIRES FACE AUX NOTABLES-ADJOINTS : L'UNITE DE LA MAGISTRATURE CONTRE LA DIVISION DE LA JUSTICE par Jean-Christophe Gaven.....	191
JUGES PROFESSIONNELS ET JUGES LAÏQUES EN SUISSE par Danielle Anex-Cabanis.....	207
LA JUSTICE CONSULAIRE ENTRE TOLERANCE ET NECESSITE par Jacques Raibaut.....	217
LA CONCILIATION, LA MAL-AIMÉE DES JUGES par Jacques Poumarède.....	231
LES PRUD'HOMMES PECHEURS EN MEDITERRANEE : par Bernadette Pierchon-Bédry.....	249
QUATRIEME PARTIE : L'UNITE DU CORPS : A L'EPREUVE DES STRUCTURES	
LES MAGISTRATS FORMES A L'ÉCOLE COLONIALE : UN ORDRE A PART DE LA MAGISTRATURE par Adrien Blazy.....	265

Table des matières

SIEGE ET PARQUET EN FRANCE (XIX ^E -XX ^E SIECLES) par André Cabanis et Olivier Devaux.....	277
LE MINISTERE PUBLIC EN ITALIE APRES L'UNIFICATION (XIX ^E -XX ^E SIECLE). QUELQUES CONSIDERATIONS SUR SON ROLE POLITIQUE, LE PRINCIPE DE LA LEGALITE ET... DE L'OPPORTUNITE DES POURSUITES par Maria Gigliola di Renzo Villata.....	299
LA MAGISTRATURE DESUNIE POUR LUTTER CONTRE LA DELINQUANCE FINANCIERE : DE LA SUPPRESSION DU JUGE D'INSTRUCTION A L'HEGEMONIE DU PARQUET ? par Marc Segonds.....	329
 CINQUIEME PARTIE : L'UNITE DU CORPS : A L'EPREUVE DE LA DUALITE DE JURIDICTION	
LA CRITIQUE DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE PAR LES MAGISTRATS DE L'ORDRE JUDICIAIRE AU XIX ^E SIECLE par Grégoire Bigot.....	345
LES CONFLITS ENTRE L'ORDRE ADMINISTRATIF ET L'ORDRE JUDICIAIRE, AVANT ET DONC SANS LE TRIBUNAL DES CONFLITS... par Bernard Pacteau.....	355
 SIXIEME PARTIE : L'UNITE DU CORPS : A L'EPREUVE DE LA CONCURRENCE DES JURIDICTIONS	
LES CONFLITS DE JURIDICTION EN ITALIE ENTRE LE XIX ^e ET LE XX ^e SIECLE par Annamaria Monti.....	379

Table des matières

LES RESISTANCES POLITIQUES ET JURIDIQUES A LA CREATION D'UNE COUR DE CASSATION: LE CAS DU ROYAUME DE PIEMONTE-SARDAIGNE par Isidoro Soffietti.....	399
COURS D'APPEL ET COUR DE CASSATION A L'EPREUVE DE LA PRATIQUE : A PROPOS DE L'APPLICATION DU CODE CIVIL DU ROYAUME DE SARDAIGNE (1848-1860) par Elisa Mongiano.....	407
LE DIFFICILE AJUSTEMENT DES RELATIONS ENTRE LES COURS D'APPEL ET LA COUR DE CASSATION. LE CHAOS DE LA JURISPRUDENCE AU XIX ^E SIECLE par Laurence Soula.....	417
 SEPTIEME PARTIE : NOUVELLES DESUNIONS ?	
LES DESUNIONS DE LA MAGISTRATURE. VOIRE... LES JUGEURS PASSES A LA MOULINETTE DE <i>L'ASSIETTE AU BEURRE</i> par Philippe Delvit.....	439
MYTHE ET REALITES D'UNE SOCIETE MONISTE : LE DROIT AU CŒUR DES DIVISIONS, LES VOIES DE L'UNITE par Caroline Gau-Cabée.....	455
JUGES FRANÇAIS ET JUGES EUROPEENS : UN OU PLUSIEURS CORPS ET UNE OU PLUSIEURS VOIX POUR DIRE LES REGLES COMMUNES ? par Lycette Condé.....	485
 CONCLUSIONS par Jean-Christophe Gaven.....	 547

INTRODUCTION

par Jacques Krynen,
directeur du CTHDIP

La magistrature serait-elle désunie ?

A l'époque contemporaine, tout illustrerait son unité : un recrutement par concours national, une même école de formation, une nomination par le président de la République, un statut particulier au sein de la fonction publique (loi organique du 22 décembre 1958, plusieurs fois révisée), une chancellerie, une Cour de cassation, un Conseil supérieur de la magistrature, un costume, un cérémonial, enfin, bien sûr, l'esprit de corps. De cet indéradicable esprit de corps, qui lui fait serrer les rangs à chaque tentative d'incursion ou même à chaque critique du pouvoir politique, on a eu récemment une forte démonstration. Le président Nicolas Sarkozy lui ayant reproché « une faute » dans une affaire de meurtre (Laëtitia Perrais), une mobilisation sans précédent des magistrats a fait titrer en première page du *Monde* (9 février 2011) : « La fronde des juges gagne toute la France ». Le mouvement de protestation a en effet touché la quasi-totalité des tribunaux, les juges ont cessé le travail, en robe ils ont défilé dans la rue, surtout la haute magistrature (la conférence des premiers présidents, celle des procureurs généraux, la Cour de cassation elle-même) a affiché son soutien. La hiérarchie s'est unie à la base.

La magistrature serait-elle unie ? Une chose est l'esprit de corps, autre chose l'administration concrète de la justice. On peut difficilement aujourd'hui se représenter cette catégorie professionnelle formant dans l'Etat un groupe homogène, un milieu bien soudé, et encore moins « un ordre à part »¹. Parler au singulier de *la* magistrature ou bien *du* juge, nous est imposé quand on traite de la déontologie judiciaire, de l'éthique du magistrat, de l'office du magistrat. Mais sous l'espèce *magistrat* ou *juge* combien de genres différents ?

¹ MERLIN : « La magistrature est naturellement faite pour conserver le dépôt des mœurs comme celui des lois. (...) Magistrats (...), vous formez dans l'Etat un ordre à part ». *Répertoire de jurisprudence*, v° Ministère public, 5^e éd., 1827, p. 105.

Avant 1789, le mot « magistrature » désignait l'état, la fonction, la dignité de magistrat. Non pas le corps des officiers de la justice royale. Les juges royaux ne pouvaient d'ailleurs pas tous se prévaloir de la qualité de « magistrat ». Ce terme n'ayant jamais totalement perdu son sens romain, il s'appliquait surtout aux juges supérieurs et de dernier ressort, les membres des cours souveraines, essentiellement du fait de leur prérogative d'enregistrer les lois, en aucun cas aux membres des très nombreux tribunaux de droit commun et juridictions d'attribution. Les « magistrats » se reconnaissaient le pouvoir de juger en équité, ils le refusaient aux « juges inférieurs », soumis à la rigueur du droit. Il n'y avait donc pas sous l'Ancien Régime une magistrature au sens où nous l'entendons aujourd'hui, mais des officiers royaux de justice, petits, moyens et grands robins, tous en grande rivalité au sein d'un système juridictionnel lui-même provincialisé, où régnaient l'enchevêtrement des compétences et les conflits de juridiction. Même à un niveau élevé, les présidiaux se disputaient avec les Parlements, les Parlements entre eux (le thème de « l'Union des classes » fut rarement un principe d'action), avec les Chambres des comptes, avec les Cours des aides, et ces Cours prétendument souveraines croisaient le fer avec le Conseil d'Etat privé, leur bête noire.

On comprend que la Révolution, le Consulat et l'Empire aient tenu à faire le ménage. Chacun à leur manière, ces régimes successivement ont voulu faire dans la clarté, dans la simplicité, dans l'unité. Les constituants ont fait en sorte que toute la mission de justice incombe à un seul pouvoir, qu'ils nommèrent « le pouvoir judiciaire ». Napoléon ensuite, en bon militaire, a fait en sorte de mettre en place un « Ordre judiciaire ». C'est à partir de son règne que le mot « magistrature » désigne cette partie de la fonction publique ayant la charge l'application des lois dans les procès. Notre vision unitaire de la fonction de justice vient certainement de ces expériences politiques et idéologiques fondatrices. Aujourd'hui encore la constitution fait référence à « l'autorité judiciaire », et le Conseil constitutionnel évoque régulièrement « le corps judiciaire ». A chaque fois le singulier s'impose et peut laisser imaginer une magistrature solidement constituée, avec un siège et un parquet oeuvrant en harmonie, des cours d'appel dociles face aux arrêts de la Cour de cassation, des juges naturellement respectueux de la hiérarchie, satisfaits de leur régime disciplinaire et des méthodes d'avancement.

Or, toute l'évolution contemporaine ne démontre-t-elle pas une vaste diversification de la fonction juridictionnelle ? A la Révolution, les jurandes avaient été abolies. Il y a un peu plus de deux cents conseils de

Introduction

prud'hommes aujourd'hui. En plus d'une justice du travail, a prospéré la justice du commerce (cent trente-cinq tribunaux de commerce dans la nouvelle carte judiciaire, plus de trois mille juges consulaires). A quoi s'ajoutent les Tribunaux paritaires des baux ruraux et les Tribunaux des affaires de la sécurité sociale créés au XX^e siècle, puis la renaissance de milliers de juges de paix au travers des juges de proximité créés il y a dix ans. La disparité des justices et des juges (professionnels, non-professionnels) nous rapproche aujourd'hui de la « cascade de juridictions » que déplorait Loyseau.

Les révolutionnaires, en outre, avaient fait prohibition aux tribunaux de se mêler du contentieux de l'administration. Il n'en a pas moins jailli dès les années 1800 une justice dite administrative², aujourd'hui à trois niveaux, avec un Conseil d'Etat (une section du contentieux divisée en une dizaine de sous-sections), huit cours administratives d'appel et quarante-trois tribunaux administratifs. Plus de deux mille juges administratifs dotés d'un statut aussi protecteur que celui des juges de l'ordre judiciaire forment actuellement ce qu'il n'y a plus aucune raison de ne pas appeler la magistrature administrative. Encore faut-il tenir compte de la récente prolifération des « juridictions administratives spécialisées », notamment en matière ordinale et dans le domaine de l'aide sociale (les auteurs en dénombrent entre trente et cinquante)³.

Il est un autre phénomène, à l'intérieur de chaque magistrature. Celui de la spécialisation des juges. Dans l'ordre judiciaire, il n'y a pas que des juges d'instance, de grande instance, d'appel, de cassation. Il y a des juges aux fonctions et aux qualités bien particulières : des JAF (juges aux affaires familiales), des JAP (juges de l'application des peines, des JEX (juges de l'exécution), des JLD (juges des libertés et de la détention), des juges des enfants, des juges des tutelles... De plus en plus spécialisés, les juges doivent encore faire face à de nouvelles tâches, hors Palais, auprès d'une foule de commissions ou d'organismes municipaux, départementaux, régionaux, nationaux, des tâches dites de « régulation » qui n'ont rien à voir avec la *jurisdictio*. A certains juges, on demande aussi, dans leur cabinet, de faire du social, de la pédagogie. Au juge des enfants on demande d'éduquer

² Bernard PACTEAU, *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, Paris, 2003.

³ Nathalie JACQUINOT, « La spécialisation en contentieux administratif, remarques sur les juridictions administratives spécialisées », dans Catherine GINESTET dir., *La spécialisation des juges*, IFR, Actes de colloques n° 14, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2012, p. 81-106.

les parents. Aux substituts du procureur de faire de la médiation. Aux chefs de cours de faire du management. Et cette magistrature de se voir flanquée de « conciliateurs de justice » afin de lui permettre, comme le disent les textes, de se recentrer sur sa mission essentielle qui est de dire le droit. Avec toutes ces évolutions, que devient l'unité du corps judiciaire ? Même le sacro-saint principe selon lequel ce corps judiciaire comprend indissolublement des magistrats du siège et des magistrats du parquet est en train de se fissurer sous les reproches réitérés de la Cour européenne des droits de l'homme⁴.

Immense est le contraste depuis un demi siècle. La magistrature d'avant 1958 vivait dans ses habitudes, paisible. Elle formait un petit monde, une famille professionnelle unie par la même éducation intellectuelle, elle partageait le même esprit bourgeois, elle cultivait un même culte de l'ordre et de la loi, elle « pratiquait comme une seconde nature une déférence d'Etat » (Jean-Pierre Royer). Mais voici que, patatras, depuis 1968, nombre de magistrats se syndiquent. Le syndicalisme judiciaire ? « Un péché contre l'esprit » (Pierre Draï). Un de ces syndicats, le Syndicat de la magistrature, se flatte ouvertement d'être de gauche, tel autre, l'Union syndicale des magistrats, point du tout, un autre né en 1981 (l'Association professionnelle des magistrats, disparu dix ans plus tard) d'être franchement à droite. Force ouvrière-magistrats créé en 1992 progresse avec plus de 10 % des syndiqués. Ces syndicats disposent d'une presse interne et peuvent compter sur les grands médias pour leur servir à tout moment de porte-voix. Ils critiquent les lois avant même d'être votées, fustigent les décrets, donnent des ordres de grève (interdite par le statut de 1958), descendent dans la rue, brûlent des codes place Vendôme.

Si tous les magistrats ne se syndiquent pas, la floraison d'associations est un autre signe de grand malaise dans la magistrature. Sont apparues des associations de juges d'instruction, de juges de l'application des peines, de juges d'instance, de juges des enfants... Sont apparues en haut de la hiérarchie des « conférences », une conférence des premiers présidents, une conférence des procureurs, etc. L'époque est donc bien moins au réflexe corporatif qu'au regroupement des juges par affinité idéologico-politique ou par fonction, dans un but de défense et d'affirmation à l'intérieur comme à l'extérieur du « corps judiciaire ».

Un « ordre judiciaire », un « corps judiciaire » en miettes ? En marge du phénomène syndical et associatif, foisonnent aussi ces juges qui

⁴ Fabrice HOURQUEBIE, *Le pouvoir judiciaire en France*, Paris, 2010, p. 38-43.

Introduction

individuellement sortent de leur réserve. On les voit faire cavalier seul, répondre aux interviews de grands journaux, disserter sur les plateaux de télévision, rédiger leurs propres livres sur le traitement judiciaire de la délinquance, l'indépendance de la magistrature, la crise matérielle et morale de la justice... D'aucuns créent leur propre site internet. Un des plus en vue de ces magistrats est Philippe Bilger. Il y a sous sa plume bien des choses intéressantes pour l'universitaire qui s'intéresse au fonctionnement du système judiciaire. Ainsi lorsqu'il traite (au dernier chapitre d'un de ses ouvrages intitulé *Un avocat général s'est échappé*, Seuil, 2003) de « l'immense hypocrisie de la famille judiciaire ». Citons. « Cette notion de "famille judiciaire" m'a, d'ailleurs, toujours exaspéré. Formulé avec une fausse fraternité, ce propos ne correspond absolument en rien à la réalité. Nous ne constituons pas une famille ou, alors, à la Mauriac. Je dirai même que ce qui était perceptible déjà il y a vingt ou trente ans est devenu éclatant et dévastateur avec la politisation de la vie judiciaire, l'existence des clans et des factions, des coteries et des réseaux, des magistrats s'arc-boutant sur leur fonction (je pense aux juges d'instruction) et détestant ceux qui auraient voulu y toucher pour le bien de la justice, avec les syndicats dont l'un domine tellement les autres que ne pas en être relève d'une carrière qui se voudrait suicidaire. Il n'y a pas de famille judiciaire. Il y a une justice éclatée en mille chapelles dont certaines aujourd'hui ont le pouvoir ».

Cela fait quelques années que les magistrats parlent des divisions de la magistrature. Ce sont évidemment des personnalités frondeuses, particulièrement engagées⁵. Peu importe l'imprécision ou la tonalité parfois

⁵ Souvent des « petits-juges » ou d'anciens « juges-rouges ». Parmi eux Claude Grellier, qui instruisit les affaires Droit, Hersant, Touvier... Voici un extrait de son interview par deux journalistes de renom (L. GREILSAMER et D. SCHNEIDERMAN, *Les juges parlent*, Fayard, 1992, p. 176) : « -Vous évoquiez tout à l'heure les "clans" qui partagent la magistrature. Quels sont les principaux, si l'on excepte les organisations professionnelles ? -L'association des magistrats catholiques garde une certaine importance, et dans la plupart des cours d'appel, il y a une messe de rentrée pour la Saint-Yves, le patron des avocats, à laquelle sont conviés le bâtonnier, le premier président et l'évêque du lieu. A Paris, cela se passe dans l'enceinte du palais, à la Sainte-Chapelle. C'est d'ailleurs la seule messe qui soit encore dite. -Mais peut-on dire que les magistrats catholiques constituent un réseau ? -Ah oui ! Beaucoup plus efficace dans les promotions et les nominations que le fait d'être membre du Syndicat de la magistrature, de l'Union syndicale des magistrats ou de l'Association professionnelle des magistrats. Et puis il y a un autre réseau dans la magistrature : le "Clan cassoulet" ! Je crois que celui-là remonte au XVIII^e siècle, à Montesquieu ! Traditionnellement, le Sud-Ouest de la France produit beaucoup de magistrats. Et l'Ecole nationale de la magistrature a été

irritante de leurs témoignages. On ne peut plus imaginer la magistrature exempte de divisions mentales, sociales, culturelles, politiques, puisque des magistrats eux-mêmes s'en inquiètent, les déplorent, les dénoncent⁶. Partant, le problème est de savoir si ces divisions sont de nature à altérer le fonctionnement de la justice. Voilà qui doit intéresser le sociologue, le juriste, et bien sûr l'historien de la justice. Beaucoup de ces divisions sont originelles, foncières, en quelque sorte naturelles. D'autres sont récentes. Certaines sont profondes, d'autres superficielles... Un grand chantier est ouvert aux chercheurs.

Ce colloque a même l'ambition de commencer à traquer, par-delà les divisions, les signes possibles de désunion de la magistrature. Au CTHDIP nous avons pensé qu'il s'agissait-là d'une tâche urgente pour les historiens de la justice. Parce que l'Etat de droit dans lequel nous évoluons de plus en plus, joint à l'irrépressible judiciarisation de la vie sociale, nationale, européenne, font que le XXI^e siècle sera juridictionnel ou ne sera pas. Il ne fait pas de doute en effet que la paix, la garde des valeurs républicaines, les promesses de la démocratie sont désormais entre les mains du pouvoir juridictionnel, judiciaire, administratif, constitutionnel, européen. Que nos sociétés occidentales, qui ne croient plus au tout politique, à la souveraineté de la loi, au système représentatif, ne sauraient prospérer, voire même subsister sans une harmonieuse administration de la justice.

La magistrature, plurielle, traversée de syndicats, de clans et de réseaux, sera-t-elle assez unie pour répondre à la demande de justice, nationale et européenne? Écoutons cet ancien premier président de la Cour de cassation : « La construction de l'Europe judiciaire n'est plus seulement une question de hiérarchie d'interprétation garantissant l'application uniforme du droit (...). Elle implique, ce qui est nouveau, une relation directe, circulaire, interactive, des systèmes judiciaires des Etats entre eux (...). Le système repose alors sur l'engagement, sur la détermination, sur la confiance, sur le sentiment d'appartenance à une même communauté de

implantée à Bordeaux. Il y a eu une espèce de correspondance entre tous les magistrats qui gravitent autour de l'École. Alors, si vous êtes du Sud-Ouest et catholique, votre avancement est tout tracé... La haute magistrature parisienne flirte aussi beaucoup avec la franc-maçonnerie. Je ne sais pas si vous l'avez remarqué, mais le grand escalier qui sépare les chambres correctionnelles est plein d'allégories de la franc-maçonnerie, on y voit triangle et compas, c'est extraordinaire... ».

⁶ L'essor récent donné au recrutement « latéral » par accès direct (hors concours ou même hors école) dans la magistrature, voire même l'intégration à titre temporaire contribuent à une diversification des mentalités et de l'éthique professionnelles. Roger PERROT, *Institutions judiciaires*, Paris, 2012, p. 283-287.

Introduction

droit et de juges. Confiance du juge en lui-même et en sa mission transnationale, confiance mutuelle et réciproque des juges des différents Etats, confiance de l'ensemble de ces juges dans les mécanismes de coopération créés par les traités »⁷.

Voilà, au fond, ce qui a motivé ce colloque. La magistrature étant à la fois clé de voûte et cheville ouvrière de l'Etat de droit, l'on peut aujourd'hui comme d'Aguesseau il y a trois siècles exalter la grandeur du ministère des « juges de la terre », tout en s'en inquiétant fort de ses difficultés. Quel avenir pour nos régimes si des désunions affectaient les responsables d'un troisième pouvoir qui désormais en impose aux deux autres ? Une trentaine de collègues français et italiens ont répondu à l'invitation de notre centre de recherche. Qu'ils en soient infiniment remerciés. Car ce colloque au percutant et péremptoire intitulé était un appel à l'exploration d'une piste de réflexion encore pure hypothèse : *les désunions de la magistrature (XIX^e-XX^e siècle)*. Gageons que le lecteur de ces *Actes* appréciera que l'hypothèse, inédite, aventureuse, valait la peine...

⁷ Guy CANIVET, *Discours de rentrée de la Cour de cassation*, 8 janvier 2007. Cité dans Jean-Pierre ROYER et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e édition, Paris, 2010, p. 1212.

PREMIERE PARTIE
JUGES CONTRE JUGES : LA NAISSANCE
DES DESUNIONS AU XIX^E SIECLE

DE QUELQUES REGARDS POSES SUR LA MAGISTRATURE ANCIENNE AU DEBUT DU XIX^E SIECLE

**Christine Mengès-Le Pape,
professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole (CTHDIP)**

Avec la préparation des réformes judiciaires prises dès l'an VIII, s'établit un enchevêtrement de reflets entre la justice ancienne toujours présente dans les bons comme dans les mauvais souvenirs et la mise en place de la justice napoléonienne qui souffre -avant même d'exister- de l'insuffisance inévitable de son histoire et de la jeunesse aventureuse du régime qui vient la bâtir¹. En ce début de siècle, c'en est fini de la vague d'éloquence qui a submergé la Révolution et qui a livré l'esprit de table rase². L'époque a désormais besoin du pouvoir et du droit. Il s'agit de remplir le vide institutionnel et de poser les masses de granit, en particulier celles de l'institution judiciaire que Bonaparte veut fonder pour mieux exalter sa légitimité et son image, encore très brouillée, de sauveur de la nation qu'il façonne entre continuité et nouveauté.

L'air politique est donc à l'unité, on désire la réconciliation des deux France, celle de la tradition de l'Ancien Régime que l'on veut bien admirer mais dont on se méfie, celle de la modernité qui signifie bien plus les essais de réforme rendus impossibles au XVIII^e siècle que les bouleversements de la rupture révolutionnaire ; car au sein des assemblées, la mémoire des

¹ Jean-Claude FARCY, *Magistrats en majesté. Les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIX^e-XX^e siècles)*, Paris, 1998 ; *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours. Trois décennies de recherche*, Paris, 2001 ; Jacques KRYNEN, *L'Etat de justice, France, XIII^e-XX^e siècle*, Paris, Gallimard, 2009 ; Xavier MARTIN, *Nature humaine et Révolution française du siècle des Lumières au Code Napoléon*, Bouère, 1994 ; Jean-Pierre ROYER, *La société judiciaire depuis le XVIII^e siècle*, Paris, PUF, 1979 ; Jean-Pierre ROYER, Renée MARTINAGE et Pierre LECOQ, *Juges et notables au XIX^e siècle*, Paris, PUF, 1982 ; Didier VEILLON, *Les magistrats dans le ressort de la cour d'appel de Poitiers au XIX^e siècle*, t. 1, thèse droit, Poitiers, 1996, Geste éditions, La Crèche, 2001.

² Christophe LOSSOT, *Justice et tradition d'Ancien Régime chez les publicistes napoléoniens*, thèse droit, Poitiers, 2006, p. 472.

derniers événements paraît honnie, tout est Convention, tout est Terreur, « ce sont des temps odieux »³ que les discours souvent négligent, « c'est un crêpe funèbre qui couvre la France »⁴. Dans cette perception mitigée, un spectacle se met en scène à travers les débats parlementaires avec pour fond le décor du palais de justice à réinstaller sur cette légende dorée de la magistrature ancienne. Et ce jeu de regards entre les ombres et les ors montre combien à la fois l'on redoute et l'on espère une justice prestigieuse, mais combien l'on veut aussi la placer à la plus grande gloire du pouvoir, cette gloire que complique -depuis la déclaration de 1789- la séparation des pouvoirs.

Il y a ainsi cette tension extrême, ce corps à corps -qui sera à l'origine d'incompréhension- entre la conception d'un Etat de justice selon les juges et celle souhaitée par Bonaparte. Pour la plupart, les juristes du XIX^e siècle ont vécu leur jeunesse à la fin de l'Ancien Régime, ce sont des hommes du XVIII^e siècle⁵, ils se sont croisés lors des gros chahuts judiciaires du règne de Louis XVI, ils ont appris l'opiniâtreté dans l'affrontement au roi. Les historiens leur reprochent d'avoir nourri le rêve d'un gouvernement des juges, or rêver de gouverner ce n'est pas empêcher de gouverner, et empêcher de gouverner c'est ce que faisaient les parlementaires dans leur rébellion ouverte contre la monarchie⁶. Puis ces hommes du palais ont traversé la tourmente toujours animés par ce désir inquiet de glorifier la figure du magistrat. Ce désir que la Révolution ne voulait surtout pas consacrer, contenait sûrement chez les anciens parlementaires quelques intérêts particularistes à réaliser, mais n'est-ce pas le sens commun et d'ailleurs qu'importe l'égoïsme, car au delà se profilait essentiellement un service de justice à rendre.

Au début du XIX^e siècle, face à ces anciens officiers de la robe, il y a les vœux du premier consul qui s'inscrivent dans une recherche idéalisée mais aussi opportuniste d'une justice remise à sa place première, comme suite et auxiliaire du prince. L'illustration la plus grandiose de cette volonté, c'est celle du sacre de Napoléon. La liturgie du dimanche 2 décembre 1804 est remplie d'une splendeur extraordinaire, bien que trop clinquante d'après les

³ *Archives parlementaires*, (A.P.), 2^e série, vol. 19, 1817, p. 108.

⁴ « Les notions du juste et de l'injuste furent quelquefois confondues » A.P., vol. 1, an VIII, p. 375.

⁵ François BLUCHE, *Les magistrats du parlement de Paris au XVIII^e siècle*, Paris, 1986.

⁶ Michel ANTOINE, *Louis XV*, Paris, 1989, p. 568 ; Jacques KRYNEN, *op. cit.*, p. 278.

Regards sur la magistrature ancienne

critiques. Selon les procès-verbaux, l'ancien rituel est bouleversé : « L'empereur arrive à la cathédrale Notre-Dame portant déjà le sceptre et la main de justice, et sur sa tête la couronne »⁷. Puis il y aura la large prière du pape Pie VII qui rappelle le devoir de rendre la justice à l'imitation du Christ : « Puissiez-vous aussi, aimer la justice et détester l'iniquité ; car c'est pour une telle fin que Dieu vous a consacré Empereur, à l'exemple de celui qu'il avait oint d'une huile de joie et de sanctification »⁸. Sur le grand sceau de l'Etat présenté au corps législatif -plus tard en 1805- est marquée l'effigie de l'Empereur, assis sur son trône, tenant -et le geste détache de la tradition royale- dans une main réunis le sceptre et la main de justice, c'est-à-dire à la fois la plénitude du pouvoir et de la justice, et dans l'autre l'aigle impérial reposant sur la foudre⁹. Le symbole se veut lointain et proche de l'ancienne figure du roi de France, qui siège en son trône royal, rendant et faisant la justice. Ainsi lors de ces premiers millésimes, se tient ce face à face qui dresse l'empereur source de justice contre les magistrats qui aspirent toujours à de larges prérogatives, celles que donnent peut-être les premiers rangs mais surtout celles que communique la participation au corps du souverain. Cette rencontre d'intérêts contradictoires a pour enjeu l'indépendance judiciaire à travers la définition du statut et des fonctions des juges, et pour mieux saisir ce vis-à-vis quelques arguments sont puisés dans l'histoire très proche de l'Ancien Régime -il n'y a qu'un écart de dix ans- qui rejaillit sans cesse lors des débats. D'abord regardons cet état mis à part, c'est-à-dire :

La dignité des magistrats

Puisque le présent ne suffit jamais, les orateurs visitent et revisitent l'histoire pour y puiser des références. Ils contemplent le corps puissant et majestueux de la magistrature ancienne. Or cette figure brillante ne peut qu'ajouter au malaise des juges qui depuis 1789 ne reconnaissent plus leur fonction¹⁰. Lors des débats et pour saisir cet éclat forcé de la justice ancienne car entaché des médiocrités, on donne des modèles illustres à suivre, on

⁷ *Extraits du Procès-verbal de la cérémonie du sacre et du couronnement de LL. MM. l'Empereur Napoléon et l'Impératrice Joséphine*, Paris, An XIII-1805, rapporté par Jean Tulard, *Le Sacre*, Paris, 1993, p. 5 ; José CABANIS, *Le Sacre de Napoléon*, Paris, Gallimard, 1970.

⁸ *Extraits du Procès-verbal de la cérémonie du sacre* rapporté par Jean TULARD, *Le Sacre*, *op. cit.*

⁹ *A.P.*, 2^e série, vol. 8, 6 pluviôse an XIII, p. 463.

¹⁰ Jean-Pierre ROYER, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 1995, p. 428.

évoque avec nostalgie la gloire des prédécesseurs. Dans cette vaste galerie, défilent de grands et beaux personnages, les présidents de Thou, la famille Molé, les Séguier, on aperçoit Omer Talon, les Lamoignon, les d'Aguesseau, les Joly de Fleury¹¹. Puis vient le vertueux Malesherbes¹², premier président de la cour des aides parisienne. Montesquieu fait aussi partie de cette suite de portraits¹³, même s'il a vite abandonné la justice pour la République des Lettres. On va d'abord admirer chez eux, et ici les tribuns citent une nouvelle fois Montesquieu, la belle éducation qui donne « considération et respect aux magistrats »¹⁴. L'instruction proposée, c'est la science du droit, elle est à mettre au service des justiciables, mais elle est aussi ouverte aux idées nouvelles, sans délaisser les connaissances classiques que D'Aguesseau recommande -on le raconte- « l'étude de notre patrie, de son histoire, de sa législation, de ses mœurs »¹⁵. A travers les visions des orateurs, les jeunes robins de l'Ancien Régime acquéraient ce savoir remarquable, à l'ombre du palais de justice « auprès de savants magistrats mûris par l'expérience »¹⁶. Le discours est ici embelli, on y devine les sénateurs des Gaules et l'on y oublie la réalité des conflits de générations, les fils qui sifflent leurs pères, les Modernes qui brocardent les Anciens. En 1803, le tribun Jaubert désigne un autre lieu de formation, plus précis, plus professionnel, c'est l'enceinte du parquet comme l'espace clos de la formation des juges : « les places d'avocats du roi et d'avocat général, explique Jaubert, étaient depuis longtemps le séminaire de la magistrature, c'est là que se sont développés les plus grands talents »¹⁷. Une fois de plus le bon exemple donné sera celui de « d'Aguesseau reçu avocat du roi au Châtelet de Paris à vingt-et-un ans »¹⁸. C'est ici une façon de balayer -en partie- le principe de l'élection des juges qui a fort mal réussi, qui a pu introduire -on le répètera souvent- la crasse de l'ignorance dans les voies de la justice populaire¹⁹. Sera alors préférée une nomination faite par le pouvoir

¹¹ A.P., vol. 14, an XIV, p. 210.

¹² A.P., 2^e série, vol. 12, an XIV, p. 263.

¹³ A.P., vol. 4, an XI, p. 51.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ A.P., vol. 5, an XII, p. 52, p. 217.

¹⁶ A.P., vol. 4, an XI, p. 51.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Le risque de l'ignorance est particulièrement souligné dans le « Procès-verbal de la séance d'ouverture de l'école de droit de Poitiers », Poitiers, 1806. *Discours de M. Guillemot, professeur de la première chaire de droit français* : « La Révolution en renversant toutes les institutions de nos pères, ferma les écoles du droit. Une

Regards sur la magistrature ancienne

exécutif qui peut être assortie d'un droit de présentation des cours ; et l'on espère avec le premier président de la cour impériale de Montpellier, Duveyrier, faire des nouveaux juges « les enfants héritiers d'une illustre magistrature »²⁰. Faut-il y voir un retour souhaité à l'Ancien Régime et au delà à la vénalité ? Peut-être chez certains, mais sûrement pas chez tous, car ce qui est aussi réclamé des juges, c'est la vertu.

Or vénalité et vertu ne vont pas ensemble : les discours sont remplis de ce désaccord. On parle de l'odieuse vénalité contraire à la vertu, socle de la justice. Devant le Tribunat, la vénalité des charges devient l'un des plus monstrueux abus, « elle corrompt tout ce qu'elle touche »²¹. Dès lors se ternit la légende, la monarchie n'est plus qu'un temps déplorable où l'argent se faisait principe d'administration, le plus grand protecteur de tous les ambitieux : les considérations de famille ou les chances du hasard décidaient alors du choix des magistrats. Ici l'on rencontre le même vocabulaire attaché au corps, déjà utilisé lorsque l'on parlait de la splendeur judiciaire : selon le tribun Parent-Réal « la vénalité est aux mœurs des nations ce que certaines maladies sont aux corps physiques »²². La justice du Consulat s'institue donc en service public, avec des juges nommés pour leurs grands et beaux mérites. En mars 1803, les tribuns le rappellent : « sous le gouvernement de la République, le mérite seul sera le moyen de parvenir aux fonctions de la magistrature »²³. Et il y a cette grande formule, remplie d'un trop d'enthousiasme : « les hommes seront choisis pour les places, et non les places usurpées par les hommes »²⁴. Par la nomination, la fonction des juges est rendue plus stable. Des émoluments proportionnés à la gravité du ministère, servent leur aisance et attirent quelques candidats. Ici la fracture se confirme avec les rétributions anciennes et l'abus des épices surtout dénoncé au moment de la Révolution. Dans son ouvrage, *De la magistrature*

présomptueuse ignorance crut que les seules lumières de la raison suffiraient pour former un jurisconsulte ; mais loin de nous, Messieurs, cette aveugle confiance de celui qui n'a pour garant de ses décisions que sa propre faiblesse. Sa témérité, dit M. d'Aguesseau, sera criminelle lors-même qu'elle ne sera pas malheureuse et la justice lui demandera compte non seulement de ses défaites, mais même de ses victoires ».

²⁰ Honoré DUVEYRIER, *De l'influence que doit exercer sur la magistrature actuelle, l'exemple de l'ancienne magistrature, [Discours prononcé le 3 novembre 1812 à la rentrée de la cour impériale de Montpellier par M. le baron Duveyrier, premier président]*, Montpellier, 1812, p. 3 à 4.

²¹ *A.P.*, vol. 1, an VIII, p. 247.

²² *Ibidem*.

²³ *A.P.*, vol. 4, an XI, p. 82.

²⁴ *Ibidem*.

en France, Bourguignon-Dumolard, bouscule les odieuses épices, « elles assimilent le juge à un mercenaire vendant la justice, elles blessent la dignité de son ministère »²⁵. Ce juge du tribunal criminel de Paris reprend la réprimande faite aux officiers de justice par le chancelier de l'Hôpital « de se laisser dominer par la cupidité, l'avarice et le plus sordide intérêt »²⁶.

Dans l'esprit du XIX^e siècle, un traitement honorable, c'est-à-dire très modique -parlons vrai- signale la dignité du juge. Tout au long des discours réapparaît le caractère sacré de la magistrature qui ne peut aller qu'avec une austérité de style, les hauts magistrats-presque déjà des notables doivent donner l'exemple, celui de la gravité. A leur intention, Portalis reprend l'expression traditionnelle de « sacerdoce auguste »²⁷. En avril 1810, Noailles restitue l'image romaine et médiévale de la justice, le *suum cuique*, la distribution de la justice. On y devine la figure du roi débiteur de justice, « cette dette du ciel et des rois »²⁸. Le juge doit rendre la justice, insiste Noailles, « il exerce un ministère auguste, une espèce de sacerdoce, il remplit les plus hautes fonctions que la société puisse confier »²⁹. Les lieux sont aussi gorgés de sacralité, on retrouve les allégories classiques du magistrat qui exerce son sacerdoce dans le sanctuaire de la justice³⁰, dans le temple des lois³¹. Avec les réformes de l'an VIII, le juge est placé dans un appareil où s'entrecroisent les héritages chrétiens et profanes, tout à la fois sous le regard du Christ en croix et sous les auspices de la déesse Thémis, avec le glaive et la balance comme attributs d'un ésotérisme républicain qui vient déjà consacrer une forme de laïcisation et au-delà de syncrétisme. La magistrature est introduite dans ce lieu sacré, elle y exerce ses fonctions.

²⁵ « Il reste à examiner si le trésor public peut supporter cet excès de dépense. Quelques personnes prétendent qu'il ne le peut ni ne le doit pas ; et qu'il vaut bien mieux rétablir les épices et faire payer les frais de justice par ceux qui plaident, que de les répartir sur la masse entière de la société, dont une grande partie ne plaide pas. Je ne saurois adopter cette opinion (...) Le rétablissement des épices me paroit peu conforme aux principes élémentaires de l'ordre social », BOURGUIGNON-DUMOLARD, *De la magistrature en France, considérée dans ce qu'elle fut et dans ce qu'elle doit être*, Paris, Collin, 1807, p. 125 à 126.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ A.P., vol. 8, an XII, p. 174.

²⁸ A.P., vol. 10, 16 février 1810, p. 589.

²⁹ A.P., vol. 10, 20 avril 1810, p. 755.

³⁰ A.P., vol. 8, an XII, p. 91.

³¹ A.P., vol. 8, an XII, p. 5 ; Association Française pour l'Histoire de la Justice, *La justice en ses temples. Regards sur l'architecture judiciaire en France*, Paris, Errance, 1992.

Regards sur la magistrature ancienne

Dans cet exercice

Les juges du premier XIX^e siècle souffrent d'une crise profonde de confiance provoquée par la Révolution³² qui les enferme dans une stricte application -sans interprétation possible- de la loi parfaite expression de la volonté générale. Dès 1789, les anciens parlementaires sont fort mal vus, défigurés par des litanies d'insultes que l'opinion déverse à flot. En l'an VIII on ressasse encore les noms d'oiseaux dont ils sont gratifiés, ceux de « sacrés coquins »³³, de « corbeaux judiciaires »³⁴, de « sangsues »³⁵, de « suppôts de la chicane »³⁶, « un fantôme de magistrature, des juges sans force et sans considération »³⁷. Une fois la Révolution finie, les orateurs du début du XIX^e siècle se tournent vers le passé monarchique pour y dégager un meilleur modèle. Mais la mémoire gardée de l'Ancien Régime n'est pas toujours favorable aux gens de justice, elle hésite -là encore- entre injures et acclamations : au cours des discours de l'an VIII, on retrouve les mêmes vieilles rengaines, les parlementaires passent pour odieux, parfois capricieux, souvent corrompus. On moque les conflits de lois entre les diverses coutumes et les assemblages juridiques les plus contraires. On flétrit la variété de la jurisprudence des parlements, l'immense collection des arrêts. Et l'on rappelle « la figure de Guillaume de Lamoignon, indigné de ces contradictions jurisprudentielles choquantes qui ouvrent la voie de l'interprétation et de son arbitraire »³⁸. On attaque aussi les unions des justices souveraines, le dangereux esprit de corps, l'hydre aux cent têtes que le chancelier Maupeou essaya de réduire³⁹.

³² Michel TROPER, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, 1981, p. 5 à 15 ; « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française », in *1791. La première constitution française. Actes du colloque tenu à Dijon en 1991*, Paris, 1993, p. 355 à 365.

³³ Jean-Louis HALPERIN, « Haro sur les hommes de loi », *Droits*, juin 1993, *La Révolution française et le droit*, n° 17, p. 55 à 65.

³⁴ *A.P.*, vol. 1, 1793, p. 709.

³⁵ « Pleins de confiance dans la bonté du roi, nous le supplions de faire procéder à la réforme de la justice du moins dans les tribunaux des petits bailliages, où les praticiens sont les véritables sangsues des pauvres gens de la campagne », *A.P.*, 1^{ère} série, vol. 2, 1789, p. 225.

³⁶ *A.P.*, 1^{ère} série, vol. 1, 1789, p. 416.

³⁷ Jean Guillaume LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français*, vol. 1, Paris, 1827, p. 194.

³⁸ *A.P.*, vol. 6, an XII, p. 176.

³⁹ *A.P.*, vol. 6, an XII, p. 156, p. 394.

Mais au-delà des abus, ce qui fascine les orateurs, c'est l'image ancienne des robins qui refusent de se courber, qui restent debout. On admire à l'envi la résistance des juges face aux sollicitations « du roi, des princes, des ministres, pour faire taire la justice et sacrifier le bon droit »⁴⁰. Et même si le début du XIX^e siècle n'abandonne pas le mythe de la perfection législative, il vient l'atténuer pour mieux réhabiliter le juge : « la loi doit régler tout ce qu'elle peut régler »⁴¹, or elle ne peut pas tout régler, elle ne peut se suffire à elle-même, il y a dans les discours ce martèlement incessant « d'une loi qui ne peut voir que les généralités »⁴². Pour le reste, même si les avis sont partagés, les débats reconnaissent volontiers une place à l'interprétation. Et l'on ose en parler, ce qui est beaucoup. Les juges -la comparaison est souvent rendue- ne peuvent plus être comme au temps de la Révolution, surtout dans les matières criminelles, « des espèces d'automates »⁴³ privés « de l'usage de leur intelligence »⁴⁴ et qui ne s'en réfèrent qu'au pouvoir législatif. Le tribun Charles Ganilh, auparavant avocat au parlement de Paris, rejette l'idée d'un juge serviteur trop docile du prince et de sa loi, il faut « couper soigneusement tous les fils qui pourraient rattacher les tribunaux à l'autorité personnelle du chef du gouvernement et compromettre l'indépendance des juge, sans laquelle la justice ne peut pas exister »⁴⁵. Revient ici la saveur des libertés parlementaires. Ces libertés du juge face à la loi et au législateur posent la question de la conscience du juge. Le tribun Sédillez qui fut sûrement une girouette selon les habitudes du temps, tout à la fois partisan et opposant, répond à la question par une interrogation : « pourquoi ne pas permettre au juge d'avoir aussi leur conscience ? »⁴⁶. Immédiatement le doute s'insinue, car si la question n'est pas vraiment posée, elle est depuis longtemps dans les esprits, et l'on se demande si le législateur a lui-même une conscience ? Peut-il avoir une conscience et en user ? Le législateur entretient-il dans la loi cette bonté et cette douceur pour lesquelles les débats du XIX^e siècle retrouvent les élans farouches de l'ancienne magistrature ? Surgit dès lors le mot d'équité dont l'interprétation est la fille selon la tradition parlementaire. En 1803, Portalis

⁴⁰ A.P., vol. 1, an VIII, p. 409.

⁴¹ A.P., vol. 1, an VIII, p. 628.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ A.P., série 2, vol. 3, 19 frimaire an X, p. 85 ; A.P., vol. 1, an VIII, p. 628.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ A.P., vol. 1, an VIII, p. 409.

⁴⁶ A.P., vol. 1, an VIII, p. 628 ; Jean-Marie CARBASSE, Laurence DEPAMBOUR-TARRIDE, *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999.

Regards sur la magistrature ancienne

l'encouragement comme le vrai supplément de la législation, sans lequel le ministère du juge deviendrait impossible. Lors des débats, on va jusqu'à réclamer des cours d'équité pour adoucir les lois⁴⁷. L'exemple vient d'Angleterre, mais les débats retiennent surtout les deux grandes pratiques françaises contre les rigueurs de la loi, celle du roi souverain qui a le droit de faire grâce, celle des parlements qui participent à la souveraineté et s'écartent souvent de la législation⁴⁸. On retrouve alors le prince et les juges engagés sur un nouveau front que complique le jeu des pouvoirs. Certes ils restent face à face en adversaires, mais ils se mettent aussi côte à côte pour défier la nouveauté politique. L'enjeu à atteindre est entrevu, celui de maîtriser le législateur qui semble vouloir régner sans partage, derrière le paravent de la *vox populi*.

Revenons à Portalis et terminons avec ses souvenirs qui restaurent l'excellence judiciaire. Voici son célèbre discours prononcé devant le corps législatif, le 23 frimaire de l'an X : « le vertueux chancelier d'Aguesseau disait très bien que le temple de la justice n'était pas moins consacré à la science qu'aux lois, et que la véritable doctrine qui consiste dans la connaissance de l'esprit des lois est supérieure à la connaissance des lois mêmes. »⁴⁹.

⁴⁷ *A.P.*, vol. 3, an X, p. 135.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Discours prononcé devant le corps législatif, le 23 frimaire de l'an X, *A.P.*, vol. 7, an X, p. 453.

**DIFFERENCIATIONS MENTALES ET CULTURELLES DANS LA
MAGISTRATURE DU ROYAUME DE SARDAIGNE AU XIX^e SIECLE :
« MAGISTRATS », « JUGES » ET « LOIS DE PROCEDURE »***

**par Francesco Aimerito,
professeur à l'Université du Piémont oriental - Alessandria**

« Ce sont là tout autour des connaissances de détail que la pratique seule peut donner et Votre Excellence sait aussi bien que moi que cette pratique ne s'acquiert pas au Sénat »¹.

La personne qui écrit – en français, selon le traditionnel bilinguisme franco-italien des États de Savoie, encore pleinement en vigueur à l'époque de cette citation (mai 1843)² - est l'un des magistrats de plus haut rang du royaume de Sardaigne. Il s'agit, en effet, du Savoyard Bernard de la Charrière, président du Sénat de Savoie³, ce Sénat étant, avec ceux de Turin,

* Je reprends et je développe dans cette communication certaines parties de F. AIMERITO, *La codificazione della procedura civile nel Regno di Sardegna*, Milano 2008 (Università del Piemonte orientale « Amedeo Avogadro », Memorie della Facoltà di Giurisprudenza, serie II, 24), et *Id.*, « Cette pratique ne s'acquiert pas au Sénat ». « La partecipazione delle diramazioni periferiche dell'apparato giurisdizionale alla progettazione delle riforme del processo civile sardo-piemontese del XIX secolo ed il suo significato nel quadro del pensiero giuridico coevo », dans *Pouvoirs et territoires dans les États de Savoie. Actes du colloque international de Nice, 29 novembre – 1^{er} décembre 2007*, textes réunis par M. ORTOLANI, O. VERNIER et M. BOTTIN, Nice 2010, p. 485-507 : j'y renvoie aussi –certaines références essentielles, soit postérieures, exceptées – pour toute bibliographie.

¹ 13 mai 1843, Chambéry, lettre du président du Sénat de Savoie Bernard de la Charrière au régent de la Grande Chancellerie du royaume de Sardaigne, Hyacinthe-Fidèle Avet (Archives d'Etat de Turin, *Materie giuridiche, Regie Costituzioni*, m. 2 di addizione, fasc. 20).

² Cf. F. AIMERITO, "Aspects of Legal Multilingualism in the States of Savoy", dans *Medieval Multilingualism. The Francophone World and its Neighbours*, edited by C. KLEINHENZ – K. BUSBY, Turnhout 2010 (Medieval Texts and Cultures of Northern Europe, 20), p. 237-266.

³ Sur ce personnage voir essentiellement T. SARTI, *Il Parlamento subalpino e nazionale. Profili e cenni biografici di tutti i deputati e senatori eletti e creati dal*

Nice, Gêne et Casale, et avec la « Chambre Royale des Comptes », l'une des cinq cours souveraines du royaume⁴.

Ces organes représentaient l'instance judiciaire la plus élevée dans les différents « États de terre-ferme » qui composaient le royaume de Sardaigne : le Piémont, la Savoie, le Comté de Nice et Gênes⁵. Au-dessus d'eux, il ne restait plus que le recours extraordinaire au roi par voie de grâce.

Dans les sénats se concentrait une classe prestigieuse et puissante de magistrats, les « sénateurs », qui représentaient aussi bien le *summum* de la culture juridique du pays que les principaux collaborateurs du souverain

1848 al 1890..., Roma 1896, p. 361 ; *Repertorio biografico dei Senatori dell'Italia liberale. Il Senato subalpino, A-L*, a c. di F. GRASSI ORSINI e E. CAMPOCHIARO, Roma 2005, p. 381.

⁴ Cf. *Les Sénats de la Maison de Savoie (Ancien Régime-Restauration). I Senatori sabaudi fra antico regime e restaurazione*, a c. di G. S. PENE VIDARI, Torino 2001 (Storia giuridica degli Stati sabaudi, 8), avec la bibliographie citée. Voir, en outre, les plus récents L. SINISI, *Giustizia e giurisprudenza nell'Italia preunitaria. Il Senato di Genova*, Milano 2008 (Università del Piemonte orientale « Amedeo Avogadro », Memorie della Facoltà di Giurisprudenza, serie II, 3) ; B. DECOURT-HOLLENDER, *Les attributions normatives du Sénat de Nice au XVIII^e siècle. 1699-1792*, Montpellier 2008 ; *Ead.*, « Aspects de la magistrature sénatoriale du royaume de Piémont-Sardaigne au XIX^e siècle (1814-1860) », dans *Rivista di Storia del diritto italiano*, LXXXIII (2010), p. 237-272 ; S. TOMBACCINI VILLEFRANQUE, « Le Sénat de Nice. Particularités et péripéties d'une institution et de ses archives », dans *Recherches Régionales. Alpes-Maritimes et contrées limitrophes*, 195 (2010), p. 26-36. À l'égard de la Chambre des comptes : I. SOFFIETTI, « Storia giuridica e storia economica : nuove fonti giudiziarie », dans *Rivista di Storia del diritto italiano*, LXXVII (2004), p. 5-15 ; M. BOTTIN, « La Regia Camera de Conti de Turin et la rénovation féodale dans les États de la Maison de Savoie au XVIII^e siècle », dans *Les Sénats de la Maison de Savoie cit.*, p. 181-196, avec la bibliographie.

⁵ Avec la locution d'« États de terre-ferme de la Maison de Savoie » on distinguait, à l'époque, la partie continentale du royaume par rapport à l'île de Sardaigne, qui conservait un régime juridique particulier, y compris un système judiciaire spécial [cf. E. MONGIANO, « *Universae Europae securitas* », *I trattati di cessione della Sardegna a Vittorio Amedeo II di Savoia, Nota introduttiva* di I. SOFFIETTI, Torino 1995 (Storia giuridica degli Stati sabaudi, 3) ; A. MATTONE, « 'Leggi patrie' e consolidazione del diritto nella Sardegna sabauda (XVIII-XIX secolo) », dans *Il diritto patrio. Tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX). Atti del Convegno internazionale Alghero, 4-6 novembre 2004*, a c. di I. BIROCCHI e A. MATTONE, Roma 2006 (Ius nostrum, Studi e testi, Dipartimento di Scienze giuridiche - Sezione di Storia del diritto italiano, Università degli Studi di Roma « La Sapienza », 35), p. 507-538. Sur l'organisation judiciaire : G. DE GIUDICI, *Le Prefetture in Sardegna (1807-1848)*, Cagliari 2008].

La magistrature du royaume de Sardaigne au XIX^e siècle

dans l'exercice d'une grande partie des fonctions de gouvernement, y compris les activités de conception des réformes législatives⁶ et les « affaires ecclésiastiques »⁷.

En tant que délégués directs du roi pour l'exercice en son nom de la juridiction de plus haut niveau, et presque *pars corporis principis*, les sénats participaient, d'une certaine façon, des pleins pouvoirs du souverain, dans un royaume qui, à ce moment là (et jusqu'en 1848), restait une monarchie absolue⁸, sa justice étant encore, sous plusieurs aspects, à l'état de « justice royale »⁹.

M. de la Charrière répondait avec sa lettre à un autre juriste savoyard, le comte Hyacinthe-Fidèle Avet, régent de la « Grande Chancellerie de S.M. » (le ministère des Grâces et la Justice de l'époque)¹⁰. Le ministre venait de lui communiquer sa nomination en tant que membre de la commission

⁶ Cf. G.S. PENE VIDARI, « Sénateurs et culture juridique », in *Les Sénats de la Maison de Savoie* cit., p. 197-215 ; *Id.*, *La magistratura e i codici*, in *Il Piemonte alle soglie del 1848*, a c. di U. LEVRA, Torino, 1999, p. 207-221.

⁷ E. MONGIANO, « Il Senato di Piemonte nell'ultimo trentennio dell'Antico Regime (1770-1798) », dans *Dal trono all'albero della libertà. Trasformazioni e continuità istituzionali nei territori del Regno di Sardegna dall'antico regime all'età rivoluzionaria. Atti del convegno Torino 11-13 settembre 1989*, Roma 1991 (Publicazioni degli Archivi di Stato, Saggi, 15), I, p. 177-182 ; SINISI, *op. cit.*, p. 48-54. L'art. 2 (titre préliminaire) du *Code civil pour les Etats de S. M. le Roi de Sardaigne* (1837) « photographie » d'une façon très fidèle cette compétence traditionnelle, dans laquelle s'était développé pendant les siècles la médiévale *tuitio* royale sur l'Église : « Le Roi s'honore d'être le protecteur de l'Église... Les Cours suprêmes veilleront au plus parfait accord entre l'Église et l'État ; et, à cet effet, elles continueront à exercer leur autorité et leur juridiction en ce qui concerne les affaires ecclésiastiques... ».

⁸ À l'égard des aspects juridiques et institutionnels de cette dernière phase de l'absolutisme de la Maison de Savoie cf. G. S. PENE VIDARI, *Studi sulla codificazione in Piemonte*, Torino 2007 (Storia giuridica degli Stati sabaudi, 12), p. 19-23, 107-192 et *passim*, e I. SOFFIETTI - C. MONTANARI, *Il diritto negli Stati sabaudi: fonti ed istituzioni (secoli XV-XIX)*, Torino 2008 (Storia Giuridica degli Stati Sabaudi, 14), p. 124-161.

⁹ Selon la périodisation tracée par J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE et B. DUBOIS, *Histoire de la justice en France du XVIII^e siècle à nos jours*, Paris 2010, p. 26.

¹⁰ À l'égard de ce juriste cf. C. DIONISOTTI, *Storia della magistratura piemontese*, II, Torino 1881 (réimpression anastatique Sala bolognese 2004), p. 218 ; G. DE ORESTIS DI CASTELNUOVO, *Re Carlo Alberto e il Ministro Avet*, Torino 1914 ; F. LIOTTA, *Avet, Giacinto Fedele*, dans *Dizionario biografico degli italiani*, IV, Roma 1962, p. 671-672 ; B. DECOURT HOLLENDER, *Aspects de la magistrature sénatoriale* cit., p. 268.

royale chargée d'élaborer un projet de code de procédure civile (le premier code de procédure civile du royaume, le Piémont étant en ces années-là engagé dans la tâche de réaliser sa première codification, en s'inspirant strictement de la codification napoléonienne)¹¹.

Face à l'annonce de cette nomination, il semblerait normal d'assister à une acceptation rapide et inconditionnelle par le sénateur savoyard : nous sommes, comme on l'a dit, dans un régime de monarchie absolue, et la charge vient directement du roi Charles-Albert ; nous sommes en outre dans un État dont la haute magistrature se caractérise, historiquement, par une certaine obéissance et fidélité dynastique¹². De plus, la nomination est prestigieuse, car elle appelle à participer à l'œuvre législative la plus importante du moment -la première codification du droit du royaume-, destinée à devenir, du moins *in votis*, une 'Pierre miliare' dans l'histoire de la législation de la Maison de Savoie ; une œuvre qui – grâce aussi à l'accessibilité directe de ses textes dans leurs versions officielles en langue française¹³ - était suivie avec intérêt par les plus grands spécialistes de la culture juridique internationale¹⁴.

¹¹ PENE VIDARI, *Studi sulla codificazione in Piemonte* cit. ; SOFFIETTI - MONTANARI, *Il diritto negli Stati sabaudi* cit., p. 128-161.

¹² E. GENTA, *Senato e senatori di Piemonte nel secolo XVIII*, Torino 1983 (Deputazione Subalpina di Storia Patria, Biblioteca di Storia italiana recente, Nuova serie, XIX), *passim* ; G.S. PENE VIDARI, "Introduzione. Giudici e processo nelle raccolte legislative sabaude settecentesche", dans *Costituzioni sabaude. 1723*, Milano 2002 (Testi e documenti per la storia del processo, IIa Sezione, Codici degli Stati italiani preunitari, I), p. 97-101.

¹³ On renvoie principalement aux versions officielles imprimées à Turin par l'Imprimerie royale : *Code civil pour les États de S. M. le Roi de Sardaigne*, Turin 1837 ; *Code pénal pour les États de S. M. le Roi de Sardaigne*, Turin 1839 ; *Code pénal militaire pour les États de S. M. le Roi de Sardaigne*, Turin 1840 ; *Code de commerce pour les États de S. M. le Roi de Sardaigne*, Turin 1842 ; *Code de procédure criminelle pour les États de S.M. le Roi de Sardaigne*, Turin 1847 ; *Code de procédure civile pour les États de S. M. le Roi de Sardaigne*, Turin 1854. En France, on pourra plus aisément consulter, quant au code civil, le *Code civil du Royaume de Sardaigne, précédé d'un travail comparatif avec la législation française par M. le Comte PORTALIS*,... Paris 1844 (*Collection des Lois civiles et criminelles des États modernes...*, sous la direction de V. FOUCHER, 9).

¹⁴ Quant aux manifestations d'intérêt au niveau international pour la législation sarde en matière de procédure civile et d'organisation judiciaire pendant le processus d'élaboration des codes piémontais, on pourra consulter, *e.g.*, J.-J.-G. FOELIX, « De la vente judiciaire des immeubles. Législation comparée », dans *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, VI (1839), p. 686-693 ; *Réforme législative en Sardaigne*, dans « La Belgique judiciaire », V

La magistrature du royaume de Sardaigne au XIX^e siècle

Et cependant, le président de la Charrière demande à être dispensé de cette tâche, présentant les excuses les plus diverses¹⁵, mais surtout présentant des motivations inhérentes aux caractéristiques particulières de sa formation et de celle de la catégorie de fonctionnaires à laquelle il appartient. Il manque, affirme-t-il, des connaissances essentielles à la rédaction d'un code de procédure civile : la « pratique ... » qui «... seule peut donner... » les « ... connaissances de détail... » indispensables à cette rédaction –écrit-il– « ... ne s'acquiert pas au Sénat »¹⁶.

Il s'agit d'une affirmation extrêmement claire sur un aspect de la culture juridique des sénateurs : leur extranéité par rapport au secteur de la procédure civile.

M. de la Charrière, qui est l'un des magistrats les plus importants du royaume, n'a en effet aucune fausse pudeur à se déclarer, face au ministre de la Justice (et, indirectement, face au Roi qui l'a nommé), complètement ignorant de la procédure civile, et il semble même revendiquer cette incompetence, comme s'il lui avait été demandé de s'occuper de quelque chose d'indigne de son rang (des « connaissances de détail... », comme il l'écrit).

Son cas n'est d'ailleurs pas isolé dans le cadre du processus d'élaboration de la codification piémontaise de l'époque ; il n'est, par contre, que l'un des témoignages –peut-être le plus éclatant– d'une sorte de mal-être qui semble frapper la plupart des hauts magistrats alors qu'ils sont appelés à participer à la rédaction du code de procédure civile, car plusieurs d'entre eux tentent de se soustraire à cette tâche, parfois même avec succès.

Les travaux préparatoires du code de procédure civile piémontais attestent en effet, à plusieurs reprises, que ces hauts magistrats n'aimaient vraiment pas s'occuper de procédure, une matière qui était considérée comme étant à la frontière –pour ainsi dire *borderline*¹⁷– entre la science et la pratique, et qui était communément perçue comme un ensemble d'activités

(1847), col. 1369 (n° 84, 11 novembre 1847) ; K. MITTERMAIER, « Sul progetto di Codice di procedura civile. Lettera del Prof. Mittermaier al Prof. P.S. Mancini », dans *Gazzetta dei Tribunali*, V, Genova 1853, p. 281-284 (n° 33, 4 mai 1853) ; R. BORDEAUX, *Philosophie de la procédure civile. Mémoire sur la réformation de la justice couronné par l'Académie des sciences morales et politiques dans sa séance du 25 juin 1853*, Evreux 1857, p. 98, n° 2.

¹⁵ « Je ne comprends point le piémontais... » écrit-il, « ...je ne comprends pas même l'italien lorsqu'on le parle ; je ne parviens à le traduire qu'avec le secours d'un dictionnaire... » (B. DE LA CHARRIÈRE, lettre cit.).

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ F. AIMERITO, « Cette pratique » cit., p. 505.

surtout manuelles -et par conséquent peu dignes- en grande partie confiées à une catégorie d'opérateurs de palais dépourvus de doctorat, les procureurs, qui jouissaient d'une estime socioculturelle très basse¹⁸ (n'étant considérés, pour citer une définition un peu postérieure à la lettre de M. de la Charrière (1857), que comme des « pseudo-hommes de lois »)¹⁹.

La procédure civile était ainsi envisagée essentiellement comme une « pratique » (la « *pratica giudiziaria* » « civile », selon des expressions qui traversent les siècles, dans la littérature juridique des Etats de Savoie aussi)²⁰ : une série d'activités concrètes, et bien souvent peu gratifiantes,

¹⁸ F. AIMERITO, « Note per una storia delle professioni forensi: avvocati e causidici negli Stati sabaudi del periodo preunitario », dans *Rassegna forense. Rivista trimestrale del Consiglio Nazionale Forense*, XXXVII-2 (aprile-giugno 2004), p. 379-412 ; *Id.*, « Droit et société dans l'histoire des professions judiciaires des États de la Maison de Savoie : de la monarchie absolue jusqu'à l'unification italienne (XVI^e-XIX^e siècles) », dans *Les praticiens du droit du Moyen Âge à l'époque contemporaine. Approches prosopographiques. Belgique, Canada, France, Italie, Prusse. Actes du colloque de Namur 14, 15 et 16 décembre 2006*, sous la direction de V. BERNAUDEAU, J.-P. NANDRIN, B. ROCHET, X. ROUSSEAU et A. TIXHON, Rennes 2008, p. 123-135 ; *Id.*, « "Nulla più che un avvocato": qualche considerazione su "Urbano Rattazzi avvocato" e le professioni forensi in Piemonte intorno alla metà dell'Ottocento. Con l'esposizione dei primi risultati d'una ricerca in corso », dans *Rivista di Storia Arte Archeologia per le Province di Alessandria e Asti*, CXX.1 (2011), p. 29-56 ; *Id.*, « Judicial and legal professions in the States of Savoy : élites and 'middle-class' (XVI-XIX centuries) », communication à l'*8th European Social Science History Conference*, Ghent, 13 April - 16 April 2010, en cours de révision pour être imprimée.

¹⁹ D. GIURIATI, « Il foro piemontese », dans *Rivista contemporanea*, IX- anno 5^o (1857), p. 584. Je reviendrai sur cet ouvrage de Giuriati [cf., à son égard, G.S. PENE VIDARI, « Domenico Giuriati (1829-1904) », dans *Avvocati che fecero l'Italia*, a c. di S. BORSACCHI e G.S. PENE VIDARI, Bologna 2011, p. 310-315] dans mon « Fonti per la storia delle professioni legali nel Piemonte dei secoli XVIII-XIX », à paraître dans *Statisti e politici alessandrini nel 'lungo Risorgimento'. Rattazzi, Lanza, Ferraris (e altri). Atti del Congresso Internazionale Alessandria 6-8 ottobre 2011*, a c. di C. MALANDRINO.

²⁰ Cf., pour quelques exemples, C.E. DE VILLE, *Estat en abrégé de la justice ecclésiastique, et séculière du pays de Savoye. Contenant les choses plus importantes de l'histoire du même pays, de la grandeur de ses Princes, des mœurs de ses habitans, et la nature de son gouvernement, Offices et Seigneuries, ensemble la théorie, et pratique civile et criminelle, avec leurs formulaires...*, Chambéry 1674 ; F. G. [GAY], *Stile giudiziario ossia pratica dei giudizj civili esatta alle R.C., al diritto comune, ed agli usi del foro...*, Torino 1816-1817 (2 vol.) ; S. TECCHIO, « Relazione fatta alla Camera il 23 maggio 1853 dalla Commissione composta dei deputati Astengo, Deviry, Galvagno, Bertolini, Cavallini, e Tecchio... », dans *Atti del Parlamento subalpino, Sessione del 1852 (IV legislatura), Documenti*, III,

La magistrature du royaume de Sardaigne au XIX^e siècle

laissées pour la plupart aux soins d'une classe d'opérateurs de seconde catégorie (les procureurs, justement, et avec eux les notaires, les liquidateurs, les huissiers et les greffiers). Sur le plan de la consistance scientifique, une matière très faible, d'une certaine façon même étrangère au droit, et en tout cas située, par rapport au droit, à un niveau tout à fait subordonné. Une matière, en conclusion, indigne des vrais juristes comme l'étaient, par excellence, les sénateurs. A la veille de l'entrée en vigueur du premier code de procédure civile du royaume (novembre 1854) un juriste de renom comme Paolo Onorato Vigliani²¹, étant à l'époque membre du parquet près le magistrat d'appel de Nice, remarquait, dans une allocution de rentrée²², que ce « préjugé » à l'égard de la procédure était encore très enraciné à son époque : « il crie... avec un mépris dédaigneux, que les formes judiciaires ne peuvent pas être un objet digne des méditations d'un jurisconsulte ; qu'elles se réduisent, dans les causes civiles, à une accumulation de formalités stériles, à un catalogue de cautèles pédantesques... et que la procédure veut bien être apprise, mais qu'elle ne mérite pas d'être étudiée... et qu'en mettre en pratique les normes revient au procureur plutôt qu'au jurisconsulte »²³.

Le législateur du royaume de Sardaigne semble d'autre part lui aussi souvent partager cette échelle de valeurs, en nommant fréquemment dans les commissions chargées de réformer la procédure civile des magistrats au

Firenze 1867, p. 1564 (à l'égard de cette rapport de Sebastiano Tecchio, juriste-politicien de remarquable importance du *Risorgimento* italien, je renvoie à mon « Cette pratique ne s'acquiert pas au Sénat » et à M.G. DI RENZO VILLATA, « Modèles de procédure civile en Italie du Nord au XIX^e siècle jusqu'à l'unification : des lois à la pratique », dans *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, dir. J. HAUTEBERT et S. SOLEIL, I, *Le Code de 1806 et la procédure civile en Europe – Les décrets de 1806 et la procédure du contentieux administratif en Europe. Actes du colloque organisé à Rennes, les 9 et 10 novembre 2006*, Paris 2007, p. 112-113.

²¹ À l'égard de l'avocat Vigliani, cf. récemment A. LUPANO, « Paolo Onorato Vigliani (1814-1900) », dans *Avvocati che fecero l'Italia* cit., p. 130-146.

²² Il manque encore, à l'égard du royaume de Sardaigne, un ouvrage dédié aux allocutions des rentrées comparable à celui de J.-C. FARCY, *Magistrats en majesté. Les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIX^e-XX^e siècles)*, Paris 1998. Il serait très utile de le réaliser. Sur les allocutions des rentrées cf. aussi, récemment, J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*, II, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris 2012, p. 158-166.

²³ P.O. VIGLIANI, *Discorso. Dei doveri imposti dalla promulgazione del Codice di procedura civile alla Magistratura ed al Foro pronunciato il 6 novembre 1854 dall'Avvocato Fiscale Generale di S.M. ...nella solenne adunanza di apertura del magistrato di Appello di Nizza*, Nizza 1854 (traduction de l'auteur.).

profil sans éclat particulier, et en repoussant le plus possible la rédaction du code de procédure civile après celle de tous les autres codes²⁴.

Il s'agit d'autre part d'un phénomène qui ne semble pas être isolé au sein du milieu de la culture juridique européenne des XVIII^e et XIX^e siècles, tant il est vrai, pour ne reprendre que certaines références très connues, que pour Montesquieu la procédure était, comme le remarquait Bentham, « une des choses qui le dégoûtaient de son métier de président »²⁵ (et Bentham ajoute que Montesquieu « n'entendait rien à la procédure »²⁶), et que les membres du Conseil d'État napoléonien –et l'empereur lui-même– avaient consacré le moins de temps possible au code de procédure, parce que la matière était considérée « ... aride, et... la plupart des membres du Conseil ne l'entendaient pas »²⁷.

Par ailleurs, même dans la culture juridique internationale d'aujourd'hui il ne manque pas, comme on le sait, de tendances à reléguer la

²⁴ Les activités de réalisation de la codification du royaume de Sardaigne commencent à la fin du printemps 1831 [G.S. PENE VIDARI, « Un centocinquantesimo : il codice civile albertino », dans *Studi Piemontesi*, XVI-2 (novembre 1987), p. 315-324 (publié aussi, sous le titre *Il Codice civile albertino del 1837*, dans *Id.*, *Studi sulla codificazione in Piemonte* cit., p. 139-159, et, sans notes, dans *Id.*, *Aspetti di Storia giuridica piemontese. Appunti dalle lezioni di Storia del diritto italiano II*, a c. di C. DE BENEDETTI, seconda edizione, Torino 1997, p. 159-170) ; E. MONGIANO, *Patrimonio e affetti. La successione legittima nell'età dei codici*, Torino 1999 (Storia Giuridica degli Stati Sabaudi, 6), p. 83 et s.] ; elles conduisent à la promulgation, dans l'ordre, des *Code civil* (1837), *Code pénal* (1839), *Code pénal militaire* (1840), *Code de commerce* (1842) *Code de procédure criminelle* (1847). Le *Code de procédure civile* n'est promulgué que, comme « code provisoire », en 1854 (cf., pour une synthèse, F. AIMERITO, « Codificazione albertina », dans *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, aggiornamento III*, I, con la collaborazione di E. GABRIELLI - A. IANNARELLI - A. ZACCARIA, Torino 2007, p. 189-198).

²⁵ J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, dans *Id.*, *Œuvres*, II, Bruxelles, 1832, p. 247 (cf. X. GODIN, « Les antécédents du Code de procédure civile de 1806 : l'Ordonnance civile de 1667 et l'œuvre des jurisconsultes », dans *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe* cit., vol. cit., p. 26, n. 97).

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ J.-G. LOCRIÉ, *La Législation civile commerciale et criminelle ou commentaire et complément des codes français*, I, Bruxelles, 1836, p. 90, comme cit. par S. SOLIMANO, « Le rôle de Pigeau dans l'élaboration du Code de procédure civile de 1806 », in *Modèles français* cit., vol. cit. p. 33. Cf. aussi J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit*, Paris 2008, p. 116.

La magistrature du royaume de Sardaigne au XIX^e siècle

procédure civile à un rang inférieur, en la considérant « a subject unworthy of academic attention »²⁸....

C'est d'autre part à la lumière de cette « minorité scientifique » de la procédure civile que l'Académie des Sciences Morales et Politiques avait ouvert à Paris en 1851 son concours sur le thème *Quelles sont, au point de vue juridique et au point de vue philosophique, les réformes dont notre procédure civile est susceptible ?*²⁹, ayant pour but, entre autre, de « rendre à la procédure civile le même service que [les] écrivains avaient rendu à l'instruction criminelle en la faisant sortir de la poussière des greffes et de l'obscurité des études, pour la soustraire aux préjugés intéressés de la pratique, la rattacher aux notions générales de la philosophie et la conformer aux règles de la saine raison »³⁰.

On peut encore remarquer, avec le juriste piémontais Louis des Ambrois de Nevâche (1807-1874), que même en dehors du rapport entre droit et procédure dont on a parlé, il existait aussi, entre les sénateurs du royaume de Sardaigne, une sorte de gradation entre les divers secteurs du droit, le droit pénal étant considéré comme inférieur par rapport au droit civil, ainsi que « ceux qui l'appliquaient étaient regardé avec dédain par les magistrats habitués à résoudre les questions ardues du droit civil... »³¹ : justement le sénateur de la Charrière, chargé par le roi de s'intéresser au code de procédure civile, s'était occupé de droit pénal pendant plusieurs années...³².

²⁸ C.H. VAN RHEE, "Civil procedure: an academic subject ?", dans D. HEIRBAUT-D. LAMBRECHT (eds.), *The Use of Legal History in the Teaching of Contemporary Law*, Brussels 2000, p. 67-77.

²⁹ « Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques », Troisième série, t. 1 (XXI^e de la Collection), Paris 1852, p. 345-356.

³⁰ J.-M. PORTALIS, « Rapport fait à l'Académie des Sciences morales et politiques, au nom de la Section de Législation, de Droit public et de Jurisprudence... sur le concours pour le prix de Législation et de Jurisprudence ouvert en 1851 », dans *Séances et travaux de l'Académie de Sciences morales et politiques*, cit., t. 6 (XXVI^e de la collection), Paris 1853, p. 7.

³¹ L. DES AMBROIS DE NEVÂCHE, *Notes et souvenirs inédits*, Bologne 1901, p. 63 (à l'égard de l'auteur cf. P. CASANA TESTORE, « Des Ambrois de Nevâche Luigi Francesco », dans *Dizionario biografico degli Italiani*, XXXIX, Roma 1991, *ad vocem* ; récemment, *Luigi Francesco Des Ambrois de Nevâche (1807-1874). Note e ricordi inediti*, Introduzione di A. MOLA, Prefazione di R. BORGIS, Foligno 2011).

³² Comme le démontrent les registres des procédures criminelles du Sénat de Savoie : ARCHIVES DEPARTEMENTALES DE LA SAVOIE, *Fonds de la période sarde (1814-1860), Sous-fonds des affaires judiciaires* (sous-série 6FS),

À la lumière de ces éléments, il me semble pouvoir affirmer que les hauts magistrats du royaume de Piémont-Sardaigne de la première moitié du XIX^e siècle, se conformant en cela à des tendances présentes depuis longtemps dans la culture juridique de leur époque, n'aimaient pas la procédure civile, ils s'en occupaient peu et ils ne la connaissaient pas trop, n'ayant même pas honte de le dire ouvertement.

Cette méconnaissance de la procédure civile des membres des Sénats peut sans aucun doute être considérée comme un signe distinctif caractérisant leur culture juridique et, en général, leur mentalité. Elle les distingue des hauts magistrats d'aujourd'hui, bien évidemment, mais elle les distingue aussi de certains autres officiers de l'ordre judiciaire de leur époque. En effet, on peut la considérer comme l'un des éléments de différenciation entre ces officiers. Nous pouvons ainsi relier le discours conduit jusqu'ici au thème des « désunions de la magistrature » qui est l'objet de ces Actes.

Cette différenciation culturelle et mentale se manifeste très clairement dans d'autres mots de M. de la Charrière.

En ayant évoqué sa faible préparation en procédure civile, le magistrat essaie, en effet, dans la même lettre, comme on l'a dit, de se faire dispenser de la tâche qui lui a été confiée. Dans ce but, il demande à être remplacé, en suggérant aussi les critères pour le choix de son remplaçant : « ce n'est que dans les tribunaux, écrit-il, que l'on peut étudier et suivre la marche des affaires, apprécier la nécessité plus ou moins grande de certaines formalités, calculer quelle doit être l'étendue des délais... afin que l'administration de la justice soit aussi prompte qu'il est possible et dégagée en même temps de toute précipitation dangereuse... »³³. C'est pour ça, ajoute-il, que « Un magistrat qui aurait rempli les fonctions de Juge-mage serait beaucoup plus utile que moi pour concourir à la confection du code de procédure »³⁴.

Les juges-mages en question –dans la version italienne des lois sardes-piémontaises « Prefetti »- étaient les présidents des « tribunaux de judicature-mage » (it. : « tribunali di Prefettura »), des organes qui imitaient de très près le modèle des tribunaux de première instance du système français, adopté par le roi Charles-Félix en 1822 pour restructurer les

Procédures criminelles, Registres d'arrêts 1814-1860, sous-série 6FS1, art. 1 à 12928 (1814-1853), consultable en ligne sur <http://www.savoie-archives.fr/5131-senat-de-savoie.htm>.

³³ B. DE LA CHARRIÈRE, lettre cit.

³⁴ *Ibidem*.

La magistrature du royaume de Sardaigne au XIX^e siècle

niveaux bas et moyen du système judiciaire de son royaume³⁵. C'est justement parmi ces présidents de tribunaux que M. de la Charrière suggère –et pour cause- de prendre son remplaçant.

Les raisons de cette suggestion sont, notamment, des raisons de compétence. Le sénateur savoyard affirme en effet, d'une façon très claire, que c'est dans les tribunaux subalternes, et non pas dans les cours souveraines, qu'il faut chercher ceux qui sont, pour ainsi dire, les « spécialistes de la procédure civile ».

Il s'agit d'une suggestion qui était évidemment conforme aux mentalités de l'époque, comme il est démontré surtout par le suivi qui lui fut assuré : non seulement ce fut bien un juge-mage –l'avocat Joseph-Philippe Fontaine, juge-mage à Saint-Jean-de-Maurienne, ensuite lui aussi sénateur³⁶- qui fut nommé dans la commission à la place de M. de la Charrière³⁷, mais en outre la rédaction d'une grande partie des travaux préparatoires du code (une série de premières ébauches réalisée entre juillet 1843 et juillet 1844), fut substantiellement confiée aux juges de ces tribunaux subalternes, selon une façon de procéder fondée sur un mouvement ascensionnel de connaissances et de conseils remontant du bas vers le haut de l'organisation judiciaire.

Cette façon de procéder avait par ailleurs déjà été expérimentée sous des formes similaires lors de certaines tentatives de réforme pendant les années 1823-24, lorsque les tribunaux de judicature-mage furent requis de donner leur avis en vue d'un perfectionnement de la nouvelle organisation judiciaire de 1822 ; des solutions analogues –sous la forme, encore une fois, d'une consultation systématique des niveaux les moins élevés du milieu judiciaire- furent aussi utilisées dans la phase de passage du code de procédure civile « provisoire » du 1854 au code de procédure civile

³⁵ Pour un étude spécifique en français, voir U. BELLAGAMBA, « Les mutations de la justice administrative à Nice sous la Restauration sarde : le cas du Tribunal de préfecture (1822-1842) », dans *La justice administrative à Nice 1800-1953. Du Conseil de préfecture au Tribunal administratif. Actes de la journée d'étude... 25 novembre 2005*, édités par O. VERNIER et M. ORTOLANI, Nice 2007 (Mémoires et Travaux de l'Association méditerranéenne d'histoire et d'ethnologie juridique - 1^{ère} série, 6), p. 35-52.

³⁶ Sur ce personnage cf. DIONISOTTI, *op. cit.*, vol. cit., p. 476.

³⁷ S.d. Torino, Grande Cancelleria di S.M., Divisione seconda, *Relazione a S.M. in Torino, Nomina ad applicato provvisorio alla Grande Cancelleria del Prefetto Fontaine per occuparsi delle pratiche concernenti alli nuovi codici d'istruzione criminale e di procedura civile, e commissione alli Presidente cavaliere de la Charrière e senatori conte Millet de S. Alban, barone Jacquemoud e cavaliere de Juge*, dans Archives d'Etat de Turin cit.

« définitif » de 1859³⁸. On peut donc affirmer que les juges de tribunal, suite à une maîtrise particulière de la procédure civile reconnue soit par les membres des juridictions supérieures, soit au niveau gouvernemental, jouèrent un rôle remarquable dans les activités préparatoire du code de procédure civile (même si leurs suggestions ne furent parfois pas trop prises en compte ...)³⁹.

Nous voici donc face à plusieurs attestations d'une non-négligeable « différenciation », culturelle et mentale, chez les officiers chargés de l'administration de la justice du royaume de Piémont-Sardaigne : à la lumière de ces attestations, la compétence dans le domaine de la procédure civile se manifeste comme une caractéristique distinctive des membres des juridictions moyenne-basse, et par contre presque totalement étrangère à la haute magistrature, où se concentre la partie des juristes du royaume la plus qualifiée sur le plan scientifique. Il s'agit d'une distinction qui s'ajoute à de nombreux autres éléments de différenciation, culturelle, juridique, sociale et économique, caractérisant les différents niveaux de l'ordre judiciaire : au sommet les sénateurs, les seuls généralement désignés sous la prestigieuse dénomination de « magistrats »⁴⁰ : en dessous d'eux, dans les tribunaux et

³⁸ Cf. AIMERITO, *La codificazione della procedura civile* cit., p. 242 *ad finem* ; G.S. PENE VIDARI, « Giuristi napoletani esuli a Torino tra scienza e pratica », dans *Sapere accademico e pratica legale fra Antico Regime e unificazione nazionale. Convegno organizzato dall'Accademia Ligure di Scienze e lettere in collaborazione con Istituto Lombardo, Accademia di Scienze e Lettere, Accademia delle Scienze di Torino, Accademia degli Intronati di Siena, Accademia nazionale di Lettere, Scienze ed Arti di Modena, Dipartimento "G. Tarullo", sez. di Storia del diritto Genova, 7 e 8 novembre 2008*, a. c. di V. PIERGIOVANNI, Genova 2009 (Accademia Ligure di Scienze e Lettere, Collana di Studi e Ricerche, XLVII), p. 49.

³⁹ La plupart des juges-mages avait en effet exprimé en 1843-44 sa préférence par l'adoption d'un code inspiré de très près de l'ancienne législation procédurale du Piémont, alors que le code effectivement promulgué fut plutôt une reprise du modèle représenté par le code de procédure civile français de 1806 – même s'il s'agit, dans certaines parties, d'une reprise critique (AIMERITO, *La codificazione della procedura civile* cit., p. 203-281). À l'égard de l'attitude critique face au modèle de procédure civile napoléonien diffusé, dans une mesure inégale, dans plusieurs États italiens d'après la Restauration, cf. récemment S. SOLIMANO, « Procédure civile, Italie, XIX^e siècle. Codice di procedura civile italiano del 1865. Code de procédure civile du Royaume d'Italie, R.D. 25 juin 1865 », dans *La procédure et la construction de l'État en Europe XVI^e-XIX^e siècle. Recueil de textes, présentés et commentés*, dit. J. HAUTEBERT et S. SOLEIL, Rennes 2011, p. 242 et s.

⁴⁰ Cf. à cet égard SARACENO, « La magistratura nel Regno di Sardegna dal crollo dell'antico regime al 1859 », dans *Clio, Rivista trimestrale di studi storici*, XXXIII-

La magistrature du royaume de Sardaigne au XIX^e siècle

les juridictions locales, des « juges », dont la subordination s'exprime de plusieurs façons⁴¹, y compris dans les parcours de carrière⁴². On peut sans doute ajouter à ce cadre de différenciations l'attitude différente par rapport à la procédure civile dont on a parlé jusqu'ici.

Plusieurs causes peuvent avoir contribué à enraceriner dans le milieu judiciaire des États de Savoie cette attitude différente à l'égard de la procédure civile. Parmi elles, il me semble vraisemblable que peuvent avoir joué un rôle fondamental les différentes modalités de participation des juges des différents degrés au mécanisme de fonctionnement de la justice représenté par l'*arbitrium iudicis*⁴³ : un mécanisme d'Ancien Régime, mais encore pas complètement disparu dans le système d'administration de la justice civile du royaume de Sardaigne pendant la première moitié du XIX^{ème} siècle.

À la lumière de plusieurs témoignages, les magistrats des Cours souveraines du royaume semblent en effet jouir, en matière de procédure civile, d'un certain pouvoir discrétionnaire, leur permettant en plusieurs circonstances de déroger à la façon de procéder établie par la loi, notamment pour remédier *ex officio* à d'éventuelles erreurs ou omissions procédurales des parties. En ces occasions là, les Sénats, en tant que délégués immédiats du souverain dans l'exercice des fonctions judiciaires, semblent être revêtus, en matière de procédure, d'une sorte de supériorité/absolution par rapport à la loi : une supériorité, bien évidemment, « reflétée », c'est-à-dire dérivée de la supériorité à la loi dont est titulaire le roi.

Chargés de « rendre justice » -« première dette de la souveraineté »⁴⁴- au nom du roi et au niveau le plus haut de la pyramide judiciaire, ils ne pouvaient pas être complètement limités, dans la réalisation de cette tâche, par de simples règles formelles : devant eux, si un obstacle de procédure

4 (octobre-décembre 1997), p. 642 (*et contra vide* J.-L. COT, *Dictionnaire de la législation des États sardes...*, deuxième édition, II, Chambéry 1841, p. 951).

⁴¹ Cf. en particulier SARACENO, *op. cit.*, p. 631-670 ; G.S. PENE VIDARI, « Note sulla magistratura sabauda dalla restaurazione allo Statuto », dans *A Ennio Cortese*, scritti promossi da D. MAFFEI e raccolti a c. di I. BIROCCHI - M. CARAVALE - E. CONTE - U. PETRONIO, III, Roma 2001, p. 50-58.

⁴² Cf. SINISI, *op. cit.*, p. 122-123.

⁴³ Pour une étude à caractère général sur ce sujet, cf. M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano 1998 (Università degli Studi di Macerata, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Seconda serie, 93), ou, quant aux aspects concernant le procès, et notamment l'*arbitrum procedendi*, voir les p. 255-306.

⁴⁴ Voir J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*, I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris 2009, p. 18-38.

s'opposait à la réalisation de la « justice substantielle », cet obstacle pouvait en plusieurs circonstances être effacé d'autorité, dans le but de permettre à l'affaire de suivre librement son cours jusqu'à une décision « juste » du point de vue concret. Ainsi, devant les Sénats, la procédure ne devenait pas très fréquemment objet de discussion entre les parties, car très souvent les conflits sur ce thème pouvaient être résolus arbitrairement par les magistrats, qui considéraient de leur devoir, et de leur pouvoir, de ne s'occuper que du « fond » de la controverse (les questions de droit substantiel), aidés, mais non limités, par la « forme » (les règles de procédure).

En revanche, suite surtout aux réformes de la justice de niveau moyen et bas qui furent entreprises à partir de juillet-septembre 1822, dans les années 1840, les pouvoirs de déroger aux règles de procédure étaient beaucoup plus limités pour les juges de degré inférieur (les juges des tribunaux, déjà cités, et les « juges de mandement » correspondant, à peu près, aux juges de paix français).

Pour ces officiers, le respect rigoureux des formes prévues par la loi se présentait, en effet, surtout comme une garantie de la régularité de leur service au souverain ; les règles de procédure étant donc plus limitatives, elles pouvaient influencer beaucoup plus sur le résultat de l'affaire, et les discussions sur la procédure étaient par conséquent fréquentes, comme en témoignent, entre autres, les revues de jurisprudence de l'époque. Chaque jour, ces juges étaient appelés à trancher des questions de procédure à la demande des parties et à s'interroger sur la meilleure façon de respecter les prescriptions procédurales qui leur étaient imposées par la loi ; de cette façon, ils pouvaient, pour ainsi dire, se « spécialiser en procédure », arrivant à maîtriser ces « connaissances de détail » qui étaient selon le président de la Charrière, comme nous l'avons vu, l'essence même de la procédure civile.

Tout cela était destiné à changer radicalement avec l'entrée en vigueur, en 1855, du *Code de procédure civile pour les Etats de S.M. le Roi de Sardaigne*, approuvé par les deux Chambres du Parlement et sanctionné par le roi Victor Emmanuel II le 16 juillet 1854.

La magistrature du royaume de Sardaigne au XIX^e siècle

Le modèle napoléonien d'un juge « rather passive »⁴⁵, « enchaîné »⁴⁶ c'est-à-dire privé de tout pouvoir discrétionnaire, totalement astreint au respect des normes et complètement étranger à leur processus de formation avait déjà été reçu dans la plus grande partie du système juridique du royaume, suite à un long parcours d'affirmation⁴⁷, entre 1837 (avec la promulgation du code civil) et 1839-1848 (avec l'émanation des autres codes, la création d'une Cour de cassation et l'élaboration du nouveau statut de l'« ordre judiciaire » prévu par la charte de 1848). Avec l'entrée en vigueur du code de procédure civile ce modèle s'étend aussi, avec sa nouvelle « hiérarchie des normes à la française⁴⁸ », au domaine de la procédure civile.

À partir de ce moment là, chaque juge de quelque degré que ce soit - désormais un simple « spectateur... du procès⁴⁹ »- doit se conformer, sans aucune possibilité de dérogation, aux prescriptions procédurales prévues par la loi, étant subséquentement tenu à en développer une connaissance spécifique.

Ainsi disparaîtra progressivement cette différenciation culturelle entre les membres des différents degrés de l'organisation judiciaire à l'égard de la procédure civile qui, comme on l'a vu, était profondément enracinée dans l'histoire du système d'administration de la justice des Etats de Savoie, et qui, encore dans les années 1843-47, avait influencé de plusieurs façons le processus d'élaboration du premier code de procédure civile du royaume de Sardaigne.

⁴⁵ C.H. VAN RHEE, "Civil litigation in twentieth century Europe", dans *The Legal History Review*, 75 (2007), 3, p. 307.

⁴⁶ On a récemment parlé, à l'égard du modèle napoléonien de procédure civile, d'un « enchaînement du pouvoir judiciaire au formalisme légaliste », C. LEFORT, *Procédure civile, France, XIX^{ème} siècle. Code de procédure civile, 24 et 27 avril, 1^{er}, 2, 8 et 9 mai 1806*, dans *La procédure et la construction de l'Etat* cit., p. 180.

⁴⁷ G.S. Pene Vidari fait remonter le commencement de ce parcours d'affirmation à 1814 : PENE VIDARI, *La magistratura e i codici* cit., p. 208.

⁴⁸ B. BERTHIER, « Droit sarde », dans *La Savoie et l'Europe 1860-2010. Dictionnaire historique de l'Annexion*, Montmélian 2009, p. 67.

⁴⁹ B. GARNOT, *Histoire de la justice. France, XVI^e-XXI^e siècle*, Paris 2009 (Collection Folio, Histoire, 173), p. 380.

JUGES ABSOLUTISTES CONTRE JUGES LIBERAUX EN ESPAGNE (1808-1842)

par Julian Montemayor,
professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole (CTHDIP)

De 1808 à 1813, l'Espagne connaît les soubresauts de la guerre d'indépendance. L'invasion du pays par les troupes françaises s'accompagne d'un changement de dynastie. Les dissensions entre Bourbons d'Espagne qui aboutit le 19 mars 1808, lors de l'émeute d'Aranjuez, à l'abdication forcée de Charles IV en faveur de son fils Ferdinand VII. Cette crise de succession permet à Napoléon de se faire remettre le trône d'Espagne, à Bayonne, le 5 mai 1808. Quelques jours plus tard, il désigne son frère Joseph comme nouveau roi.

Ce dernier s'appuie sur une assemblée de notables convoquée à Bayonne dans la foulée et sur les troupes françaises. Ces 100 000 hommes, initialement alliés de passage vers le Portugal, sont venus, par leur nombre, fragiliser les systèmes d'approvisionnement des habitants dans un contexte économique difficile. Ces régiments sont rapidement ressentis comme des troupes d'occupation par la population. Après l'émeute de Madrid le 2 mai 1808, la révolte s'étend rapidement et s'organise durablement. L'intervention anglaise qui vient la renforcer fait que Joseph I^{er} ne règne réellement que sur une partie plus ou moins grande du pays. Le statut de Bayonne et les lois du nouveau monarque ne sont donc appliquées que dans une partie du pays et, par intermittences, au gré des mouvements militaires.

Dans les zones soulevées contre les Français, se constituent des *juntas*. Ces comités locaux puis régionaux, coiffés par une *Junta Central* ont pour objectif premier la lutte contre l'envahisseur, et comme horizon non discuté, le rétablissement de la monarchie dans son état antérieur. Cependant, au fur et à mesure que le temps passe et que l'on monte dans les échelons, on constate que très vite les éléments populaires disparaissent pour laisser les représentants de l'ordre ancien. Avec quelques élites locales, ils monopolisent la direction du mouvement. Au sommet, on ne trouve que des hautes personnalités du temps de Charles III et Charles IV comme le comte de Floridablanca.

Julian Montemayor

La captivité de Ferdinand VII à Valençay laissait un vide de pouvoir. A la suite de graves défaites militaires (Ocaña, etc.) et d'une certaine inefficacité, la Junte centrale laisse la place à une Régence, présidée par le cardinal archevêque de Tolède, Luis de Bourbon. Avec le soutien supposé de Ferdinand VII, elle convoque à une réunion extraordinaire de l'Assemblée du Royaume, les Cortès. Celles-ci se réunissent à Cadix à partir de 1810 et élaborent une constitution libérale qu'elles adoptent en mars 1812.

Le retour en Espagne de Ferdinand VII, après la défaite française, ouvre la voie à une épuration des éléments « collaborateurs » dans un premier temps mais il dissipe aussi les malentendus en quelques mois. Loin de vouloir un régime constitutionnel, le Roi ne souhaite qu'un retour pur et simple à la situation de mars 1808. Commence dès lors une lutte avec les partisans de la constitution. Elle dure jusqu'au milieu du XIX^{ème} siècle et se prolonge par la suite avec les efforts de la monarchie pour garder un rôle décisif. Au cours de cette période se met lentement en place un Etat libéral, avec des avancées et des reculs au gré des luttes entre absolutistes et libéraux. Chaque parti cherchant à éliminer toute opposition, c'est tout naturellement que le domaine de la Justice est affecté par cette crise générale.

Le parti absolutiste qui soutient Ferdinand VII a pour âme la noblesse et le clergé. Il est bien implanté localement notamment dans les campagnes où le clergé encadre fortement les populations.

En face, le parti libéral est surtout urbain et bourgeois. Il compte de nombreux contacts dans l'armée qui déjà au XVIII^{ème} siècle s'occupait d'affaires administratives et politiques et qui avait acquis un grand prestige dans la Guerre d'Indépendance. Les militaires sont utiles aux libéraux pour monter des coups d'Etat. Les pronunciamientos, environ un par an, leur servent à imposer leurs vues car ils ne peuvent plus avoir d'action publique. Les maladres de Ferdinand VII, son aveuglement et son penchant affirmé pour la répression fournissent de nombreux prétextes à l'action libérale.

Il s'ensuit une vie politique agitée, rythmée par des poussées libérales et des réactions absolutistes. Au libéralisme des constituants de Cadix (1808-1814) succèdent le retour à l'absolutisme (1814-1820), puis le Triennat constitutionnel (1820-1823), et ensuite la décennie absolutiste (1823-1833). Ces alternances sont brutales et se traduisent par des changements radicaux de personnels où le parti dominant cherche surtout à placer des amis politiques et des exécutants dévoués. Des épurations accompagnent et précèdent ces nominations.

Juges absolutistes contre juges libéraux en Espagne

Les *afrancesados*, les collaborateurs de Joseph I^{er} inaugurent cette pratique qui deviendra courante tout en se précisant. Si l'on commence en 1810, il faut prêter serment à la constitution dès 1812. Mais c'est en 1813 que les procédures se mettent en place avec la création, en août, d'un tribunal « d'appel, de vigilance et d'épuration ». Elles sont suivies par le décret des Cortès du 21 septembre qui destitue les fonctionnaires nommés par Joseph I^{er}. Ceux qui l'étaient avant son avènement sont maintenus, sauf s'ils ont reçu des commissions particulières ou acheté des biens nationaux. Ceux-là doivent se justifier. Puis, en 1814, on affine en distinguant cinq sortes d'employés dont deux, les promus et les collaborateurs militants, sont considérés comme joséphistes. En septembre, une résolution royale suspend les juges et les échelons subalternes de l'administration. Ils doivent passer devant une commission d'épuration qui les déclare purifiés ou « impurifiés » (*impurificados*)¹. Dans les années 1818-1820 ils sont amnistiés mais pas réintégrés dans leur fonction.

Pour les libéraux, en revanche, les sanctions ont été plus dures. Dès le mois de mai 1814, toutes les nominations et promotions antérieures au retour du roi à Madrid sont annulées. En juin une circulaire du ministère de la « Grâce et Justice » prévoit l'arrestation et le procès pour tous ceux qui auraient adhéré aux « nouveautés introduites »². Un système anarchique de commissions centrales et locales se met en place dans la confusion. Le pouvoir royal est favorable à des procès mais le délit commis n'est pas bien caractérisé et les procédures floues. Cette solution s'avère inefficace et se conclut par l'intervention personnelle de Ferdinand VII qui au bout de plusieurs années de procédure doit décider des sanctions qui frappent les accusés³. Pour les autres, prêter serment de fidélité et d'adhésion au Trône et à l'Autel est obligatoire. Dans les années 1830, on n'exige plus tout cela mais on tient compte des opinions et des activités politiques. Un fichage des fonctionnaires s'est mis en place progressivement. Les juges, outil indispensable à la répression avec la police sont particulièrement visés.

Malgré tout, un nouvel ordre juridique émerge. De façon très progressive les lignes tracées par la constitution de 1812 sont mises en pratique. La vigueur des oppositions traditionnalistes et la faiblesse de volonté des politiques qui promeuvent le changement expliquent la lenteur

¹ Jean-Philippe LUIS, *L'utopie réactionnaire, épuration et modernisation de l'Etat dans l'Espagne de la fin d'Ancien Régime (1820-1833)*, Madrid, Casa de Velázquez, 2002, 462 p. Cf. p. 36-45.

² LUIS, ouv. cit., p. 37.

³ LUIS, ouv. cit., p. 37-39.

du processus. Ainsi le problème de l'unité de juridiction traîne en longueur. Il n'y a que pour la suppression des justices seigneuriales que l'on voit les absolutistes et les libéraux être d'accord. C'est le seul point que Ferdinand VII retient de l'œuvre des constituants de 1812.

Dans le domaine des lois, les changements se font par à-coups et à des rythmes très différents. En 1812 sont prévus trois codes, le civil, le criminel et le commercial⁴. Le domaine commercial est celui qui semble poser le moins de problème. Le *Codigo mercantil* est promulgué en 1829 sous le gouvernement absolutiste. En revanche, si pour le droit pénal une précoce et éphémère version de code apparaît en 1822, il faut attendre 1848 pour qu'on abandonne les lois d'Ancien Régime. Ce délai va jusqu'en 1880 dans le domaine civil. Avant on continuait de se référer aux *Partidas* d'Alphonse X le sage (XIII^{ème} s.), à l'*Ordenamiento de Alcalá* (1341), aux lois de Toro (1505), ou à la *Novísima Recopilación* de 1805. Une longue et persistante opposition des évêques et des territoires à statut privilégié (*territorios forales*) empêche la menée à bien de projets en 1821 et 1851. Il faut attendre 1889 pour voir enfin un code civil. Encore faut-il tenir compte des lois civiles particulières de la Navarre, du Pays basque et des territoires aragonais.

Les constitutions encadrent tous ces changements. La constitution de Cadix dure de 1812 à 1837 mais en fait elle n'est appliquée que six ans au cours de la période (1812-1814, 1820, août 1836-juin 1837). La justice d'Ancien Régime et ses composantes sont l'objet d'une grosse suspicion. Les pouvoirs sont séparés dans la mesure où ni le Roi ni les Cortès ne peuvent interférer dans le cours de la justice. Seule exception, lorsqu'une décision de justice porte atteinte aux droits constitutionnels, les Cortès se dotent d'un tribunal pour les révoquer. Les tribunaux doivent se limiter à appliquer les lois dans les causes civiles et criminelles sans les interpréter. Les juges sont prédéterminés. Les *fueros* juridictionnels sont unifiés sauf pour les membres du clergé dans les cas prévus par la loi, ainsi que pour les militaires et en temps de guerre⁵. Les juges y trouvent une place et des garanties. Leur rétribution est fixée par les Cortès. Les juges sont inamovibles⁶. Ils ont aussi des obligations dont ils sont responsables notamment celle de respecter les procédures. En cas de plainte au Roi contre eux, après avis du Conseil d'Etat, c'est au Tribunal suprême de justice de statuer⁷. Les conditions

⁴ *Constitución política...*, art. 258, p. 74.

⁵ *Constitución política de la Monarquía española promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812*, Madrid, librería de Sanz, 1812, 122 p. ; art. 247 et 248 p. 73.

⁶ *Constitución política...*, art. 252, p. 74.

⁷ *Constitución política...*, art. 253, 256, 254, p. 74.

Juges absolutistes contre juges libéraux en Espagne

d'accès à la magistrature y sont explicitées. Pour être magistrat il faut être né en territoire espagnol et avoir plus de 25 ans⁸. Les autres conditions d'accès sont renvoyées à des lois à venir. Lors de la prise de possession de leur poste, ils doivent jurer de respecter la constitution, d'être fidèles au roi, d'observer les lois et d'administrer impartialement la justice⁹.

Le statut royal de 1834, charte octroyée par la régente Marie Christine, ne traite que des aspects législatifs et exécutifs et ne fait pas référence à la constitution de Cadix. Préoccupée par le maintien sur le trône de sa fille, Isabelle II, ayant besoin du soutien de l'armée contre les Carlistes, la régente ouvre la voie aux libéraux devenus moins radicaux. La constitution de 1837 est le fruit d'un compromis entre les « Modérés » et les « Progressistes ». Elle reprend les acquis de 1812 et comporte un titre X : « Du pouvoir judiciaire ». Composé des articles 63 à 68, il réaffirme l'inamovibilité des juges et leur responsabilité mais renvoie à des lois futures l'organisation des tribunaux et la procédure, notamment criminelle. La constitution de 1845, typiquement « modérée » reprend ces contenus en un autre titre X, intitulé « De l'administration de la justice », articles 66 à 71. La même imprécision y règne pour l'essentiel. Ce qui est intéressant c'est le chapeau qui suggère que la justice est plus une administration qu'un pouvoir. Censés appliquer la loi sans l'interpréter, les juges ne sont que de stricts exécutants dans l'esprit des constituants. En l'absence des lois annoncées, les interventions politiques dans les affaires judiciaires sont constantes au cours de cette période.

Pourtant, malgré ces flous et ces retards, le système judiciaire prend forme et se réorganise. De ce point de vue, les années 1834-1835 constituent un véritable tournant. Dès janvier 1834, les *Audiencias* et les vieilles Chancelleries sont fusionnées laissant la place à une seule sorte de tribunaux d'appel, les Audiencias territoriales. Le 17 octobre 1834 le Tribunal suprême est définitivement implanté. Les Conseils qui jouaient un grand rôle administratif et judiciaire perdent cette part importante de leur pouvoir avant de disparaître. Le 26 septembre 1835, paraît un « Règlement provisoire d'administration de la justice ordinaire ». A l'origine de ce règlement se trouve la loi de 1834 divisant le territoire espagnol en provinces, elles-mêmes divisées en *partidos* (cantons) et en *ayuntamientos* (communes). Ce redécoupage du pays sert de base à la réorganisation de l'administration. La justice peut être répartie sur de nouvelles bases territoriales, réalisant ainsi les souhaits des constituants de Cadix. Ce texte se trouve encore à mi-chemin entre le passé absolutiste et le libéralisme modéré mais,

⁸ *Constitución política...*, art. 251, p. 73.

⁹ *Constitución política...*, art. 279, p. 81.

Julian Montemayor

politiquement il est important car il permet aux libéraux d'étendre dans les campagnes leur contrôle par le biais des juges. Pour le justiciable il en va de même car il favorise l'unité des procédures en proscrivant les pratiques propres à chaque tribunal. Il inaugure des démarches gratuites et limite l'arbitraire rompant avec les fonctionnements hérités de l'Ancien Régime. Les divers organismes de l'administration sont inspectés et le nombre des votes pour émettre les sentences est augmenté. De plus ces dernières doivent être motivées. Il s'agit d'adapter la procédure criminelle au régime constitutionnel sans passer par un texte fondamental.

Par la suite, d'autres textes viennent compléter le *Règlement provisoire* comme le 19 octobre de la même année les ordonnances pour les *Audiencias* (tribunaux d'appel du chef-lieu provincial) et, le premier mai 1844, le règlement des tribunaux de *partido*. Dans ce dernier texte le personnel est hiérarchisé et le juge assure le contrôle de ses subordonnés. Le tribunal correctionnel de Madrid, créé en 1845 sert de modèle pour les nouvelles audiences avec la généralisation du *juicio oral*.

De la sorte nous avons un système avec, au sommet, le Tribunal suprême créé en 1834 qui trouve sa forme stable en 1835 avec trois chambres (*salas*), deux pour la péninsule et les îles proches, une pour l'Outremer. En dessous se trouvent les *Audiencias* qui à l'origine sont quinze et se composent de quatre chambres, l'une civile, l'autre criminelle, une pour le contentieux et la plénière. Elles jugent en appel, contrôlent les juges de première instance et traitent des conflits de compétence avec les tribunaux ecclésiastiques rétablis en 1834. Dans les *partidos* il y a un tribunal de première instance qui juge les affaires civiles de plus de 500 réaux et les affaires pénales de leur circonscription. Les *alcaldes* des communes jugent en première instance des infractions, des causes civiles de moins de 500 réaux et suppléent aux juges de paix qui ne seront créés qu'en 1855.

Pourtant, le ministère de *Gracia y Justicia* continue à avoir le pouvoir absolu de disposer de l'administration de la justice. Ainsi, le gouvernement nomme les maires qui ont une fonction de justice de paix et de première instance. En 1834 la nouvelle division territoriale permet de les révoquer tous ! Le *Règlement provisoire* fournit, lui aussi, un bon prétexte pour renouveler le corps judiciaire. On ne s'étonnera donc pas de voir le monde des juges être balloté au gré des fluctuations politiques pour, finalement aller vers plus de stabilité. La constitution de Cadix pose le principe de la séparation des pouvoirs qui s'applique donc à la justice et aux juges. Face à cette vision « progressiste » se trouve celle des modérés et des absolutistes pour qui la justice n'est qu'une des branches de l'administration de l'Etat.

Juges absolutistes contre juges libéraux en Espagne

Elle fait clairement référence aux conceptions d'Ancien Régime. Pour ce parti, le Roi est source de toute justice. Administrer en son nom c'est juger et vice versa. Les lois ne sont pas des vérités absolues mais plutôt des bases de négociation où, le souverain *in fine*, si nécessaire, a le dernier mot.

Pourtant l'idée de pouvoir judiciaire est présente dans les constitutions progressistes de 1837 et de 1869 ainsi que dans le projet de 1851. Mais cela ne va pas au-delà de la théorie constitutionnelle. En fait, en raison des circonstances où le maintien d'un état constitutionnel est primordial, le pouvoir judiciaire n'est qu'un objectif secondaire. Un signe de cet état de fait est qu'il n'y a pas de loi d'organisation du pouvoir judiciaire avant 1870.

Il faut dire que la nomination des juges est devenue une affaire stratégique. A l'origine, il s'agissait de contrôler l'administration dont les compétences étaient aussi judiciaires. Mais rapidement, surtout pour les libéraux, essentiellement urbains, l'enjeu était aussi le contrôle du territoire, et tout particulièrement, des campagnes jusque-là tenues fermement par les nobles et par le clergé. Dès le *Trienio liberal*, les petites communes (*Ayuntamientos*) sont maintenues mais on en crée de nouvelles à partir de 1 000 habitants. Celles-ci à la différence des plus anciennes n'ont jamais eu d'*alcaldes* ou de *corregidores*.

A partir de 1810, pour les juges comme pour les autres fonctionnaires, il faut montrer par des « preuves positives » son accord avec le régime politique ou une action dans ce sens. Successivement, il ne faut pas être *afrancesado*, adhérer à la constitution (1812), adhérer au trône et à l'Autel (1814-20), être fidèle à la constitution (1820-23), ou de nouveau au trône et à l'Autel (1823-33). Dans les années 1830, avec la monarchie soutenue par les libéraux et à cause des guerres carlistes, le serment n'est plus formellement exigé mais, le fichage des fonctionnaires ayant progressé, les opinions politiques des juges sont prises en compte pour une nomination. Il faut, du reste, tenir compte du fait que si le souci de punir les ennemis politiques et de s'en protéger est primordial, les ministres agissent aussi pour favoriser leurs amis politiques et leur clientèle. Tout n'est pas que répression. Il y a aussi les réseaux.

Les révocations et les épurations se sont perfectionnées entre 1820 et 1833. Se posait en effet le problème de l'inamovibilité des juges. Indispensable pour un pouvoir judiciaire, dont les politiques ne voulaient pas, elle avait des relents de patrimonialisation des offices publics. Dans le domaine de la justice, les libéraux s'étaient illustrés en tournant l'inamovibilité des juges pourtant contenue dans la constitution qu'ils étaient censés défendre. Ils déclarèrent les nominations provisoires.

Julian Montemayor

Sous l'Ancien régime déjà, une panoplie de degrés dans l'accès à un poste de titulaire *electo* (choisi), *honores* (honoraire), *supernumerario* (surnuméraire). Quatre personnes pouvaient de la sorte figurer sur un même poste, au moins nominativement. Avec la nouvelle ère qui s'ouvre en 1808, se multiplient les positions administratives spécifiques qui répondent aux besoins du moment. Celle d'*interino* (intérimaire) n'empêche pas une prompte exécution de la justice. Un examen de la conduite politique constitue l'essentiel du processus. Le juge n'est là que pour un temps limité, soumis à la volonté de l'administration. Il ne bénéficie d'aucune des garanties des juges considérés comme *proprios* (titulaires) qui, seuls, ne perdent leur emploi que s'il y a jugement. Pour l'*interino* il s'agit plus d'une grâce que d'un emploi. Les *cesantes* (suspendus d'emploi) constituent la catégorie montante au cours de ces années. Les différentes vagues d'épurations en sont la cause. Il s'agit de fonctionnaires qui sont privés de fonction et qui, pour certains, continuent à percevoir une rémunération. On respecte les droits acquis des *cesantes*. En cas de réhabilitation, ils peuvent postuler à de nouvelles fonctions. Ils forment tout naturellement le vivier des candidats pour les postes à pourvoir en cas de renversement politique. Mais ils sont aussi, pour les moins marqués d'entre eux, des recours possibles en cas de besoin. En effet, les élites et le personnel formé ne sont pas si nombreux en Espagne pour qu'on ne puisse pas éventuellement dans ces réserves.

Toutes ces catégories ne sont pas qu'anecdotiques. Si l'on se réfère à la *Guia de forasteros de 1825*, almanach à l'usage des étrangers, on constate que sur 579 juridictions de tous ordres existant alors en Espagne, 335 sont pourvues et 244 sont vacantes ou occupées de façon intérimaire.

Quels sont les mouvements de flux et de reflux qui se produisent au sein du corps judiciaire dans cette période troublée ? Pour en avoir une idée il faut se reporter aux grandes enquêtes et aux travaux collectifs qui se sont constitués au fil du temps. La base de données Fichoz fait partie de ces dernières. Elle permet d'avoir accès à des milliers de données sur les carrières de la haute administration espagnole des XVIII^{ème}-XIX^{ème} siècles. Nous nous en sommes largement servi pour avoir un graphique des nominations dans la magistrature depuis l'arrivée de Bourbons sur le trône d'Espagne.

Juges absolutistes contre juges libéraux en Espagne

Le tableau qui se trouve en fin d'article se passe presque de commentaires¹⁰. On voit bien le rythme de nominations d'Ancien régime avec des pics qui correspondent à la guerre de succession ou à des changements de ministres. Les fortes fluctuations postérieures à la guerre d'Indépendance sont spectaculaires. Elles sont d'amplitude croissante. Cela commence avec l'épuration des Joséphistes et la vague de nominations qui s'ensuit par la Régence. Elles sont immédiatement suivies de celles que font les ministres absolutistes de Ferdinand VII. Les nominations du Triennat libéral amplifient ce mouvement de bascule. Le pic libéral de 1836 antérieur à la constitution de 1837 est impressionnant et marque un renouvellement quasi total des magistrats après l'épuration de 1835.

Par delà le mouvement général des nominations, les alternances et leur croissante ampleur, comment tout cela s'est-il traduit dans les carrières des magistrats ? Quelles sont les stratégies mises en œuvre dans cette période troublée dans un milieu relativement restreint dans un pays relativement peu peuplé aux élites fortement marquées par l'idéal nobiliaire. Là encore, Fichoz nous permet d'avancer plusieurs éléments de réponse.

Tout d'abord considérons le cas des juges qui ont fait toute leur carrière dans les années qui précèdent le séisme de 1808. La composante locale joue un rôle important pour José Benito Cistué. Il adhère à l'idéal modernisateur du ministre Campomanes en se distinguant comme membre actif de la *Sociedad de Amigos del Pais* de Saragosse fondée par les élites de la capitale aragonaise en 1776. Il s'y fait des amis comme le futur évêque de Valladolid, Perez Hernandez Larrea, et y devient en 1803 professeur d'économie politique, date à laquelle il publie un mémoire sur une nouvelle méthode chimique pour blanchir les draps. La même année il devient docteur en droit ce qui lui permet d'obtenir en 1807 le titre sans exercice (*honores*) de ministre au criminel de l'Audience d'Aragon¹¹. L'arrivée des Français brise une carrière plus scientifique que judiciaire puisqu'il fuit la ville en 1809 et meurt vers 1812.

Locale est aussi la carrière de José Antonio Colmenares. Né en 1763 à Cervera del rio Alhama, il fait toute sa carrière dans sa région natale où il est successivement conseiller du gouverneur de sa petite ville natale (1794), *corregidor* par une nouvelle création et subdélégué des rentes de sa circonscription (1797) et *corregidor* de Molina de Aragon le chef-lieu cantonal

¹⁰ Les nominations de juges « libéraux » correspondent à la série 2, les juges d'Ancien Régime et absolutistes à la série 1 et les nominations par les gouvernements modérés et libéraux à la série 3.

¹¹ Fichoz, 020201.

Julian Montemayor

(1808). Avec la guerre, il prend la présidence de la Junte d'armement et de défense des provinces de Soria et de Guadalajara de 1809 à sa mort en 1810. Même si sa forte implantation lui a permis de progresser sur place il n'en nourrissait pas moins d'autres ambitions puisque parallèlement il brigua un poste plus en vue à la Chancellerie de Valladolid en y ayant en 1794 le titre sans exercice d'*alcalde Del crime*, en devenant surnuméraire à la même place en 1797 et en 1806 *Odora* toujours surnuméraire¹².

D'autres magistrats définissent leur trajectoire par leur spécialisation. Voyons le cas de Manuel Angel Carrancio qui en 1784 est procureur du Vicariat de Madrid, est ensuite avocat de la Chambre de l'archevêque de Tolède sous Lorenzana et Luis de Bourbon de 1788 à 1804¹³. Fort de cette expérience, il est nommé en 1807 conseiller pour les rentes (impôts) de Madrid, juge commissaire royal à la saisie des propriétés d'œuvres pies et à la sécularisation des rentes ecclésiastiques du vicariat de Madrid. En septembre de la même année les *honores* d'un poste d'*Oidor* à la Chancellerie de Madrid lui font miroiter une belle promotion en récompense de cette mission difficile¹⁴.

Les affaires militaires constituent un autre domaine qui requiert des capacités spéciales. Ramon Pison Vargas est en 1802 auditeur près la direction générale de la flotte à Madrid même s'il est tenté par une intégration à la Chancellerie de Valladolid. Celle-ci n'allant pas au-delà d'un poste surnuméraire, nous le retrouvons en 1812 procureur au Conseil de guerre de la régence à Cadix puis en juillet procureur au tribunal spécial de la guerre et marine¹⁵. Activement monarchiste et anti-français, il rédigea des fables satiro-politiques que son neveu publia en 1819¹⁶.

Hormis ces cas particuliers, les carrières sans incident particulier étaient comme celle de Juan Romualdo Jimenez Rubert. Il commence en 1766 comme *Alcalde Mayor subalterno* (chef de la police adjoint) de Jaca, il devient par la suite *corregidor*, à Borja (1769), Iniesta y Villanueva de la Jara (1775),

¹² Fichoz 009170.

¹³ En 1784, comme procureur, il souscrit à une nouvelle traduction du cathéchisme du Père François Aimé Pouget.

¹⁴ Fichoz, 015977. Avec Godoy, le financement des guerres se fit par vente des biens d'Eglise. En 1806, le pape accorda au roi d'Espagne le droit de vendre un septième des biens ecclésiastiques contre une rente de 3 % de leur valeur.

¹⁵ Fichoz, 015870

¹⁶ Ramón PISON y YARGAS, *Fabulas originales en versos castellanos*, Ibarra, Madrid, 1819, 179 p. Son neveu Juan Bautista Iturralde de Pisón y Vargas, le présente comme *ministro togado que fue del real y supremo consejo de la guerra*. Sa fable la plus connue est *El raposo y el león*.

Juges absolutistes contre juges libéraux en Espagne

Alcoy (1783) et Zamora (1795). Entre deux postes il est *Alcalde Mayor subalterno* de la ville de León (1779) et a les *honores* de ministre du crime de l'Audience de Valence (1790). C'est un juge qui se déplace sur tout le royaume ce qui démontre sa capacité à s'adapter et la confiance que le roi a en lui. Il n'est donc pas étonnant que ce fidèle serviteur devienne *oidor* à la Chancellerie de Valladolid en 1807¹⁷. Ce poste, on le voit étant un des postes de prestige couronnant une carrière de magistrat fidèle au roi.

Voyons maintenant le cas des « joséphistes » et d'abord comment le devient-on ? Il suffit le plus souvent de demeurer en poste lors de l'arrivée des troupes françaises. C'est le cas de Serafin Chavier qui, depuis 1805, est juge à l'Audience de Saragosse d'abord à la chambre criminelle puis civile. Il le reste en 1809 après que la ville soit tombée aux mains des Français après un terrible siège. Ce n'est qu'en 1815 qu'il est *cesante* même si on lui laisse les *honores* de la charge. Il passe ensuite à la chaire d'économie politique de la Société royale aragonaise des amis du Pays où nous le retrouvons en 1827¹⁸. L'année suivante il est nommé *alcalde* à la chambre criminelle de l'Audience de Catalogne de Barcelone où il devient rapidement doyen¹⁹. C'est alors, qu'en 1833 il est nommé subdélégué au *Fomento* de Gérone en raison de ses compétences économiques. Cet emploi d'un type nouveau dans une administration en pleine réorganisation lui fera laisser celui de conseiller au Conseil de Navarre, tribunal pour lequel on l'avait choisi.

La « conversion » se produit parfois alors que la guerre a commencé. Né en 1769, José Vallejo Alcedo, fils d'un haut fonctionnaire installé à Madrid fait toutes ses études à Valence. C'est presque naturellement qu'il y est nommé juge titulaire en 1797 après deux ans comme surnuméraire. Il devient *oidor* (salle criminelle) de l'*Audiencia* de Valence en 1802. Mais à partir de 1802 il est chargé de plusieurs commissions comme juge privatif de différentes matières nobiliaires et ecclésiastiques. En 1806 il est chargé de la vente des biens ecclésiastiques au profit du roi. Il passe alors à la chambre civile. Avec la guerre il est chargé, par la junte suprême de Valence, des fortifications d'Alicante. La prise de Valence par les troupes du maréchal Suchet fait qu'il est racolé par un ami joséphiste José Villa Torre. La situation de Joseph I^{er} semble alors se consolider. Le ralliement est récompensé par l'attribution du poste important de *corregidor* de Valence. Ce choix est fatal à

¹⁷ Fichoz, 001761.

¹⁸ Fichoz, 015915

¹⁹ *Gaceta de Madrid*, Imprenta Real, Madrid, 1828, n° 112 du 19/09/1828, p. 447.

Julian Montemayor

sa carrière. En 1814 il est épuré, condamné à la perte de tout emploi public et à l'exil²⁰.

Joaquin Leandro Solis se trouve à Séville depuis plusieurs années puisqu'il obtient en 1805 sa première magistrature comme *alcalde mayor* premier lieutenant de l'*asistente* (corrégidor) de Séville, deux ans plus tard il a les *honores* d'une fonction similaire à l'*Audiencia* de Séville. Centré sur le gouvernement de la ville, il exerce en 1810 l'intérim des fonctions d'*asistente*. A ce titre il est chargé des négociations préalables à l'entrée des troupes de Soult et de Victor pendant que la Junte suprême fuit à Cadix. Il s'occupe même avec brio des festivités pour accueillir le roi Joseph à Séville. Au cours des 32 mois d'occupation il est récompensé par la nomination d'*asistente* en titre, puis de commissaire royal en Andalousie (avril 1810). Il exerce l'intérim des fonctions de préfet de Jerez (6-23 novembre 1810) puis, dans la foulée, devient préfet de Séville. Au cours de l'année 1811, de graves dissensions avec le maréchal Soult et le comte de Montarco entraînent sa mise à pied (janvier 1812). Comme depuis le 21 mars 1810 il était devenu conseiller d'Etat, il suit Joseph I^{er} à Valence puis en exil. Il s'agit donc d'un autre juge bien implanté localement qui pense accélérer sa carrière et qui finalement est victime du retournement de situation.

Tous les « joséphistes » ne voient pas leur carrière définitivement brisée. Ainsi, Gonzalo Fernandez Heredia Begines Rios fait toutes ses études à l'Université de Grenade et en devient même titulaire de la chaire de droit civil en 1806. Il rentre alors à la Chancellerie de Grenade comme *alcalde* à la salle criminelle. De 1810 à 1812 il est confirmé dans ses fonctions par les Français, ce qui lui vaut d'être suspendu puis réhabilité (*purificado*) en 1814 car c'est un cas de joséphisme passif. Il reprend son poste jusqu'en 1820. Il devient alors magistrat aux Audiencias territoriales de Grenade, Séville, Valence où il est *regente* en 1824. Il laisse derrière lui sa forte implantation grenadine et andalouse pour céder aux charmes de la capitale. Il entre au Conseil des finances comme conseiller juriste en 1826, s'occupe des loteries en 1828 et obtient l'ordre de Charles III en 1830. Désormais consacré fidèle serviteur de la monarchie, ses erreurs de jeunesse sont loin. Suppléant au tribunal suprême de la guerre et de la marine en 1838, il est fait grand-croix de l'ordre d'Isabelle la catholique en 1839. Il prolonge cette brillante carrière

²⁰ Fichoz, 005287.

Juges absolutistes contre juges libéraux en Espagne

dans la politique en devenant sénateur à vie en 1847²¹. Il meurt marquis de Villanueva de las Torres en 1858²².

Si le simple fait de continuer à exercer ses fonctions suffisait pour nourrir une accusation de collaboration avec l'ennemi et perdre son emploi, souvent ce n'était que temporaire. Pour Manuel Domingo Morales Donaire juge au criminel à Valence, cela se traduit par une parenthèse de dix mois et un peu de retard pour passer *oidor*²³. Bien sûr, il y a des cas plus compliqués. Pour Antonio Parra, un autre *alcalde* de la salle criminelle de la Chancellerie de Grenade, la purification tarde cinq mois (janvier-mai 1813), il devient même *oidor* en 1815. Mais, en 1821 il est sanctionné par le gouvernement libéral et doit attendre 1823 pour réintégrer les tribunaux. Il passe alors, sur ses mérites de partisan de l'absolutisme, président (*regente*) de la Chancellerie. Sa carrière comme chef de cour se poursuit ensuite jusqu'à sa mort en 1832²⁴.

L'accusation de libéralisme est plus lourde de conséquences dans les carrières. Il y a des cas extrêmes comme celui de Juan Romero Alpuente. Né en 1762 à Valdecuenca, village de la région de Teruel, il fait de bonnes études à Madrid et à l'Université d'Alcala de Henares où il devient docteur en droit en 1783. Pendant les années suivantes il écrit, fait partie d'académies et devient avocat près les Conseils royaux en 1787. Il poursuit ses études à Saragosse (droit canon) et à Madrid (droit naturel et des gens). 1794 voit son entrée dans la magistrature comme procureur au criminel de l'Audience de Valence mais à la fin de l'année on lui fait un procès et il est mis en prison à cause de son opposition à un impôt militaire décidé par le capitaine général, le comte de La Roca. C'est Godoy, favori et principal ministre qui le fait libérer. Ce goût pour l'affrontement le suit pendant toute sa carrière. En 1802, il devient *oidor* à la Chancellerie de Grenade et en 1807 il fait un procès au régent et au capitaine général. Il est sanctionné par une suspension de six mois et une mutation disciplinaire aux Canaries. L'invasion française lui épargne cet exil. Il se lance dans la lutte : il publie des manifestes et est chargé par la junte de Jaén et Cordoue de recruter et de réquisitionner des chevaux. Mais il se heurte à la junte de La Carolina. Il est mis en prison à Cordoue pour des raisons peu claires mais il s'enfuit à Grenade. En 1813, la victoire le voit redevenir magistrat de l'Audience de

²¹ Fichoz, 010668.

²² En 1836, il avait épousé en troisième noces la marquise, Maria Cayetana de Acuña y Dewitte.

²³ Fichoz, 015927.

²⁴ Fichoz, 015962.

Julian Montemayor

Valence mais le retour de l'absolutisme lui fait perdre une promotion à l'Audience territoriale de Nouvelle Castille. Il est assigné à résidence à Murcie où il profite de son temps libre pour devenir franc-maçon. Cela le conduit en prison et à un procès par l'Inquisition (1818-19). Il utilise son temps à écrire plusieurs libelles. Le triomphe des libéraux entraîne sa libération et il devient l'un des chefs de l'aile extrémiste du parti. Après un intérim comme *jefe político* (gouverneur) de Murcie, il est élu député le 20 mai 1820. Neuf mois plus tard, il est réintégré dans la magistrature à l'Audience territoriale de Nouvelle Castille (Madrid). La restauration de l'absolutisme par les « 100 000 fils de Saint Louis » l'envoie en exil à Gibraltar, à Londres où le gouvernement britannique lui retire tout appui et au Portugal qui l'expulse. Il continue son activisme politique, revient en Espagne à la mort de Ferdinand VII et est élu député en 1834. N'ayant pas assez de biens il n'est pas confirmé à son siège mais est mis en prison. Il avait été accusé sans preuves d'avoir participé à la conspiration de la Isabelina contre le *Statut royal* de 1834. Libéré, ce militant libéral infatigable meurt en 1835. Il y a plus de onze ans qu'il a quitté la magistrature pour passer à la politique.

Sans aller jusque-là, les perturbations de carrière des juges qui sont promus sous le *Trienio* et qui ne sont pas pour autant de fébriles activistes comme l'exemple précédent, sont assez longues, presque neuf ans pour José Joaquin Ortiz Galvez et six ans pour Evaristo Dehesa²⁵. Tous les deux reprennent et finissent leur carrière sous la régence de Marie Christine.

Les absolutistes ont des carrières moins heurtées en raison de la durée bien plus grande du passage au pouvoir de leur faction et, après 1834, à cause de l'affadissement des libéraux au pouvoir et du consensus autour d'Isabelle II contre le carlisme.

Natif d'Osuna et membre d'une famille andalouse bien implantée, José Manuel Arjona Cubas, étudie à Séville où il devient docteur en droit canon en 1800. En 1806 il est nommé *alcalde del crimen* à l'Audience d'Estrémadure où il continue d'exercer ses fonctions malgré la guerre. En 1812 il prend la présidence de l'Association patriotique de Caceres. Il « monte » à Madrid en 1814 pour être *alcalde de Casa y Corte* (juge de l'Hôtel). Sa fidélité lui permet de devenir *corregidor* de Madrid en 1819 en même temps que conseiller à la chambre de guerre, président de la junte de Charité de la capitale et conseiller au Conseil royal. Son idéologie absolutiste, ses ennemis diront servilité, publiquement affichée lui valent d'être destitué par les libéraux.

²⁵ Fichoz, 015923 et 015966.

Juges absolutistes contre juges libéraux en Espagne

Bien sûr 1823 amène sa réhabilitation et sa promotion. Il passe à la chambre de gouvernement du Conseil royal, est conseiller à la guerre et en décembre devient surintendant de police de Madrid chargé notamment de la répression politique. Il est l'année suivante gouverneur de la chambre de Alcades de Casa y Corte jusqu'en 1825, Chevalier puis grand-croix (1832) de l'ordre de Charles III. Conseiller à la chambre de Castille où se font les nominations importantes, il le reste jusqu'en 1834. Pourtant, après 1825 il revient au pays en étant *Asistente* de Séville jusqu'en 1833. La Régence ne lui donna pas d'autres charges ni honneurs²⁶.

La guerre ne semble pas avoir d'impact sur la carrière de José Colso Saro. Issu de la petite noblesse, si fréquente dans sa région natale, la Montaña de Santander, le jeune José fait ses études à Salamanque où il devient professeur de droit canon en 1807. Il débute très classiquement comme *alcalde del Crimen* à la Chancellerie de Valladolid. Patriote, il est exempté d'épuration, il gravit les échelons et se retrouve *oidor* en 1814. Il est aussi, alors, au Conseil de Sa Majesté²⁷. Quatre ans plus tard il est président (*regente*) de l'Audience de Séville. Il n'y reste qu'un an et devient *regente* intérimaire à Valladolid jusqu'en 1821. Il est brièvement mis à l'écart par les libéraux et retrouve son poste comme titulaire en 1823. En 1825 il est muté sur ordre royal à la chancellerie de Grenade toujours comme président. Il y meurt six mois plus tard. Au total une belle carrière de juge sans trop d'aléas²⁸.

Pedro Simo Lopez Haro en 1807 avait permuté son poste d'alcalde à Valladolid contre celui de Séville qui était échu à José Colso. Il était Andalou et fait l'essentiel de sa carrière à Séville. En juin 1812 il demande sa réintégration et l'obtient. En 1823 il est fait *oidor* aux Canaries. Est-ce une sanction ? Toujours est-il qu'il prend sa retraite comme *oidor* de l'Audience de Séville en 1828. Cela ne signifie pas la fin de ses activités puisqu'il est président de l'audience d'Estrémadure de 1834 à 1838. Malgré cette promotion finale et l'ordre de Charles III en 1834, c'est une carrière moins brillante²⁹.

Les Indes et l'Empire américain constituent aussi une originalité dans la carrière de certains juges de cette époque. Depuis la conquête un système administratif et judiciaire s'est développé dans les différents territoires américains. Un passage par l'Amérique faisait partie d'un déroulement de

²⁶ Fichoz, 018989.

²⁷ *Gaceta de Madrid*, 14 juin 1814, p. 694.

²⁸ Fichoz, 015972.

²⁹ Fichoz, 015973.

Julian Montemayor

carrière. A l'époque qui nous intéresse, outre les choix politiques péninsulaires, ces postes connaissent aussi les vicissitudes de ces territoires qui réclament, à la faveur des circonstances, autonomie puis indépendance et qui finissent par l'obtenir. Autre aspect particulier, les individus nés aux Indes et qui se lancent dans la magistrature.

Prenons le cas de José Acevedo Salazar. Né à Santiago du Chili en 1778, il vient étudier en Espagne, à Madrid puis à Valence. En 1800 il est membre de différents académies et travaille chez divers avocats. En 1806 il est docteur en droit et devient alcalde surnuméraire de l'Audience de Santiago du Chili. Sa nomination étant annulée, en 1809, il est nommé *oidor* surnuméraire à la même audience. La situation politique est troublée, il se trouve alors à Montevideo puis en janvier 1810 est enfin *Alcalde del crimen* titulaire à Santiago. De par sa position il est mêlé aux événements qui se déroulent alors pour ramener le calme dans un Chili autonomiste par rapport au Pérou. En 1811 le vice-roi le charge d'une commission pour ramener Buenos Aires à la reconnaissance du gouvernement espagnol. Il échoue mais sa fidélité à l'Espagne lui rapporte. En 1817 il devient conseiller du Conseil des Indes. Il le reste jusqu'à sa mort au Pérou en 1831. Il est alors comte de San Javier et Casa Laredo³⁰.

L'Espagne apparaît aussi comme accélérateur dans la carrière de José Javier Baquijano Carrillo (1751-1817). Issu d'une riche famille de Lima, il y étudie et devient avocat près de l'Audience en 1769. En 1776 il va en Espagne « *para pretender* ». Il s'y fait des relations (Olavide) mais est expulsé en raison de ses excès au jeu notamment. De retour au Pérou il multiplie les publications et il est élu recteur de l'Université de San Marcos (1783). La reconnaissance vient peu à peu. En 1791 il rentre à la Société d'Amis du Pays et reçoit l'ordre de Charles III. En 1795 il retourne en Espagne pour « prétendre » à nouveau. Cette fois-ci c'est un succès. Il est alcalde honoraire à l'Audience de Lima puis titulaire de 1797 à 1806. Il est le seul *oidor* péruvien de l'Audience quand éclate la crise de 1808. En 1809 il est élu comme député à la junte centrale. 1812 le voit accepter avec réticence une place de conseiller au Conseil d'état à Cadix. En 1814 il est choisi pour le Conseil des Indes mais refuse. Trois ans plus tard il meurt exilé à Séville en raison de problèmes avec son frère. Au cours de sa carrière il a manifesté un idéal « espagnoliste » d'intégration des Indes dans la monarchie espagnole³¹. Autre cas, plus simple, José Félix Campoblanco Cordero, avocat à Lima il vient en Espagne en 1807. Il y épouse la fille du comte del Surco, conseiller

³⁰ Fichoz, 015986.

³¹ Fichoz, 019898.

Juges absolutistes contre juges libéraux en Espagne

au Conseil des Indes. Ce dernier fait nommer son gendre *oidor* de l'Audience de Charcas le 20 août 1807. Une affaire rondement menée. Il manifestera sa fidélité à l'Espagne lors de la révolte de la Paz en 1809 et recevra un poste de conseiller honoraire du Conseil des Indes³².

Autre créole espagnoliste, Melchor Foncerrada Ulibarri naît en 1749 à Valladolid de Michoacán (actuelle Morelia) en Nouvelle Espagne. De 1765 à 1771 il fait des études à Patzcuaro puis à l'Université de Mexico. Il devient alors avocat près l'Audience de Mexico. Six ans plus tard il accompagne comme procureur, José Arreche dans sa visite d'inspection au Pérou. En 1787 il se marie avec une Péruvienne fille du comte de Velasco mais il est nommé *oidor* à l'Audience de Santo Domingo. Ce n'est qu'en 1803 qu'il revient à Mexico à l'Audience où il gravit les échelons jusqu'à *oidor* (1803-1814). Au cours de ces années il reçoit quelques missions d'inspection et en 1813 il est élu conseiller d'Etat à Cadix mais sa mort le 5 octobre 1814 l'empêche de prendre possession³³. Sa carrière est américaine. Il rentre dans la magistrature par le biais d'une « visite » et consolide sa situation par un mariage dans l'oligarchie péruvienne.

Si pour les Créoles, un passage par l'Espagne permet de débloquer une carrière dans l'administration des Indes, celles-ci, pour les Espagnols sont une opportunité de promotion. On pourrait facilement multiplier les exemples mais nous nous limiterons à quelques-uns. Le cas de Joaquin Bernardo Campuzano Salazar est illustratif d'un itinéraire courant. Né dans un petit village de La Rioja en 1767, il étudie aux Universités de Valladolid, Valence et Orihuela où il est docteur en 1790. En 1794 il est à Madrid, membre d'académies juridiques et avocat près les conseils. Il se fait un carnet d'adresses qui lui permet d'être nommé *oidor* de l'Audience de Buenos Aires en 1796. En 1804 il se marie sans autorisation avec une femme de sa circonscription. Cette entorse aux règlements entraîne sa mutation disciplinaire à l'Audience de Guatemala de 1806 à 1815. Il devient alors président de l'Audience de Cuba où il meurt en 1827. Pendant ses loisirs il était chef d'orchestre au Guatemala et il fonde l'académie de jurisprudence de Puerto Principe (Camaguey)³⁴. Antonio Julian Alvarez Navarro suit un itinéraire identique dans ses grandes étapes avec l'importance du passage par les avocats près les conseils comme préalable à l'intégration dans la magistrature des Indes. S'il n'a pas de sanction disciplinaire, en revanche il est expulsé de son poste d'*oidor* à l'Audience de Caracas par les

³² Fichoz, 008828.

³³ Fichoz, 019842.

³⁴ Fichoz, 028118.

Julian Montemayor

révolutionnaires de 1810. Il retrouve un poste en 1812 à l'Audience de Cuba Puerto Principe. Il en est « régent » de 1827 à 1835. Pendant ces années, il est couvert d'honneurs et de décorations³⁵.

Plus militante est la carrière de Pedro Lucio Puente. Après des études à Oñate et Valladolid, il commence par être secrétaire de la présidence du Conseil de Castille, le plus important de la monarchie de 1803 à 1808. Il en tire honneurs et distinctions : chevalier de l'ordre de Charles III (1806) conseiller honoraire de Castille (1807) et *oidor* (h.) de la Chancellerie de Valladolid (1806). En 1810 il est envoyé à l'Audience de Mexico comme Alcalde avec une option comme futur *oidor*. C'est un « espagnoliste » militant. Il est donc naturel de le voir, en 1811, Surintendant de la junte de police et de sécurité publique de Mexico chargé de la répression des rebelles indigènes qui suivent Hidalgo. En récompense, en mai il est *oidor* titulaire mais par sa brutalité il s'est attiré l'inimitié des créoles. Il a ainsi soutenu une proclamation qui soumettait les insurgés à la juridiction militaire. Il quitte donc la Nouvelle Espagne sous la pression en 1813. Il ne prend pas une place qui lui était destinée à l'Audience de Cuba et revient en Espagne comme *alcalde* de Casa y Corte honoraire en 1815³⁶.

Le départ pour l'Espagne à l'issue de l'indépendance est une option qui se présente aussi pour les Créoles. Les « espagnolistes » convaincus constituent naturellement le gros du lot mais, dans le détail, les situations sont plus complexes. Prenons le cas de Gaspar Antonio Ramirez Laredo Escalada. Né à Santiago du Chili en 1747, il étudie à Lima. En 1767, il y exerce comme avocat. Onze ans plus tard il aurait été *corregidor* de la province de Tinta s'il n'y avait pas eu la révolte de Tupac Amaru. Il va donc à Lampa occuper des fonctions similaires sous l'autorité du gouverneur de Tucuman. Chevalier de Saint Jacques en 1786, il devient comte de San Javier-Casa Laredo à la mort de son frère aîné. En 1791, il fait un beau mariage local et complète son statut d'oligarque en ayant le commandement adjoint du régiment des dragons provinciaux disciplinés de la ville de Lima³⁷. Dans ces conditions, sa nomination en 1807 comme *oidor* de l'audience du Charcas et sa promotion comme *regente* surprennent si l'on ne tient pas compte du prestige de l'emploi. Nommé au Conseil des Indes et régent de l'Audience de Lima en 1813 il n'en prend pas possession. Il part finalement en Espagne en 1817 comme conseiller des Indes au moment où son neveu, José Maria de Pando, diplomate alors très en Cour, est

³⁵ Fichoz, 023771.

³⁶ Fichoz, 003610.

³⁷ Avec Rosa Epifania Manrique de Lara Carvajal.

Juges absolutistes contre juges libéraux en Espagne

récompensé par Ferdinand VII. Il revient au Pérou avec ce dernier qui, secrétaire d'Etat libéral, s'enfuit à l'arrivée des « 100 000 fils de saint Louis ». Outre cette parenté devenue gênante, ce retour au pays s'explique aussi par le souci de gérer et faire fructifier un important patrimoine. Il meurt en 1831. Quant à Pando, proche collaborateur de Bolivar il développe une carrière politique tronquée par la réaction anti bolivarienne. De plus en plus conservateur, il finit par revenir en Espagne pour y trouver « une obscure tranquillité »³⁸. Membre lui aussi de la meilleure société péruvienne, Pedro Mariano Goyeneche Barreda est d'Aréquipa. Il étudie à Lima, est avocat en 1798, travaille avec la corporation commerciale de Lima et le tribunal des mines. Il faut attendre 1806 pour le voir enfin *oidor* de l'Audience de Cuzco. En 1813 il est magistrat à la nouvelle Audience territoriale de Cuzco puis de Lima jusqu'en 1819 date à laquelle il prend sa retraite. Il a fait de fortes donations pendant la guerre d'indépendance et il signe en juillet 1821 l'acte d'indépendance du Pérou. Il n'en tire pas profit car on lui reproche d'être le frère du général José Manuel de Goyeneche militaire énergique qui, un temps, avait ramené le Haut Pérou sous domination espagnole. Exilé en 1822, il meurt à Bordeaux en 1844, réconcilié avec sa patrie car il en est le consul³⁹.

Nous venons de le voir, l'indépendance ne signifie pas toujours une carrière continuée dans le nouveau pays. Ainsi Juan Jurado Lainez, né en 1757 au Carpio de Cordoba, rejoint l'Amérique en 1795 comme auditeur de guerre de la Trinidad puis de la Capitainerie générale de Caracas dont il devient lieutenant gouverneur (1799 -1809). Il passe *oidor* à l'audience de Santa Fé de Bogotá en 1809. Face aux événements il se montre modérément anticolonialiste en 1810, ce qui lui permet d'être président de la Cour suprême de Cundinamarca en 1815. C'est alors qu'il est exilé à Panama par les Bolivariens. Il en profite pour se rallier aux royalistes. Après un bref passage à Caracas, on le retrouve en 1817 procureur à l'Audience de Cuba où il meurt en 1823⁴⁰. José Santiago Concha Jimenez Lobaton, est chilien. Il suit l'itinéraire créole classique qui le mène en Espagne pour obtenir un poste de justice. A 34 ans, il devient *oidor* à l'Audience de Santiago du Chili en 1794. En 1810 il se manifeste profondément espagnoliste ce qui lui vaut d'être mis à la retraite et assigné à résidence par les autonomistes. Rétabli

³⁸ Fichoz, 015986 et Oswaldo HOLGUIN CALLO, « Los peruanos y el exilio español en los siglos XIX-XX –Apuntes », in *Revista de estudios colombianos*, Bogotá, 2008, p. 75-90, p. 85.

³⁹ Fichoz, 019949.

⁴⁰ Fichoz, 023565.

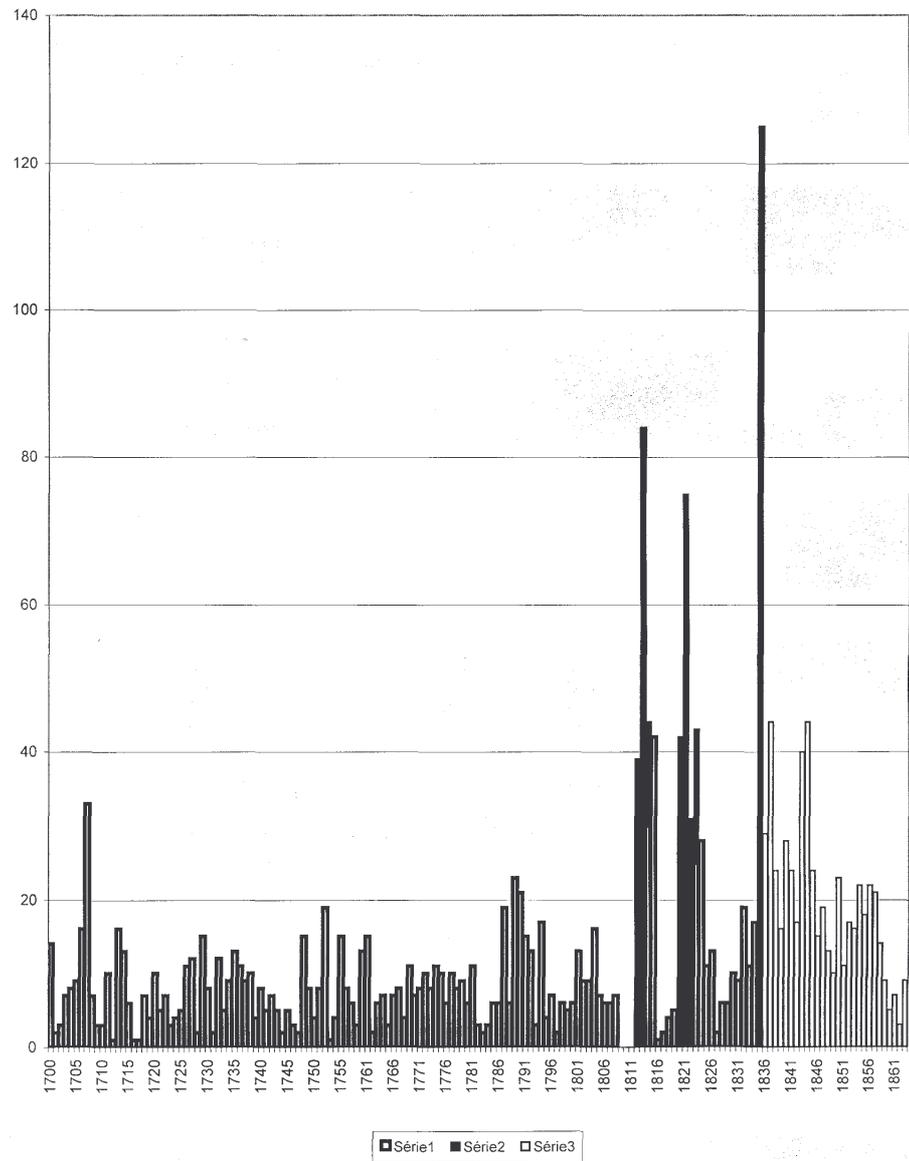
Julian Montemayor

dans ses fonctions en 1814, il s'occupe des procès de ses adversaires politiques et devient doyen de l'Audience de Santiago l'année suivante. Exilé à Lima en 1817, il revient dans sa patrie en 1823. Dix ans plus tard il hérite du titre et des biens de marquis de la Casa Concha et devient ministre du tribunal de justice du Chili. Il meurt à ce moment réconcilié et réintégré dans sa patrie.

Tous ces exemples nous ont permis de constater combien les carrières des magistrats espagnols ont connu d'aléas pendant cette période troublée marquée par des guerres, révolutions et autres coups d'état en Espagne mais aussi en Amérique. Nous avons pu voir également les chemins suivis pour accéder à la magistrature et monter les échelons. Les règles et voies d'Ancien Régime laissent progressivement la place à d'autres structures. La politisation de la magistrature ou, du moins sa gestion politique par le pouvoir exécutif prend le pas sur toute autre considération. Encore en 1860 certains soutenaient que la justice était une administration de l'Etat. Cela explique que, au bout de quelques années le corps des magistrats a été complètement renouvelé. En 1835-1836, 95 % des juges de première instance avaient été expulsés. De là les multiples et variées reconversions des magistrats de l'époque 1808-1834. Le corps vers 1840 était sorti de la crise dans un état chaotique. Sans doute le climat d'insécurité souligné par les témoins de l'époque en est-il le résultat. Pourtant, il faut souligner que, malgré tout, une présence institutionnelle même minimale est maintenue sur le territoire. Pendant ce temps se produit une tendance à l'unification entre les juges de première instance héritiers des *corregidores* et les magistrats d'audiences territoriales héritiers des *oidores*. Après 1840, malgré les Politiques, des carrières stables commencent à se mettre en place mais avec lenteur. Ce n'est qu'avec la Restauration que s'achève le processus.

Juges absolutistes contre juges libéraux en Espagne

Audiencias- Nominations de magistrats y assimilés



**LE GOUVERNEMENT DIVISE DES JUGES.
NOUVEAUX MODELES DE LA MEDIATION PATRIARCALE
DANS LE MONDE CONTEMPORAIN**

**par Francesco Di Donato,
professeur d'histoire des institutions à l'Université de Naples**

I - Du présent à l'histoire : un cheminement à rebours pour comprendre le paradoxe de la juridiction

La première source du parcours de réflexion que j'envisage de proposer ici est un témoignage direct, voire un épisode d'ego-histoire. Pour l'occasion l'historien de l'Ancien Régime fait l'effort de se transformer en historien du présent, avec l'intention déclarée d'insérer le critère de la longue durée dans l'analyse des problèmes de la justice contemporaine¹.

Un haut magistrat italien, ancien membre du Conseil supérieur de la magistrature (qui en Italie est présidé par le président de la République lui-même) m'a un jour honoré d'une importante opinion confidentielle : « Notre actuel président, Giorgio Napolitano –m'a-t-il dit–, est le dernier des grands hommes politiques. Un homme terrible ! ».

Je crois que dans cet oximoron se cache toute la conception de la nouvelle médiation patriarcale de la magistrature contemporaine. En même temps, il y a aussi quelque peu l'idée du « soi divisé » qui la caractérise. Cette division résulte de deux tensions de fond : d'un côté il y a l'idée de confrontation, voire de conflit, avec le pouvoir politique, subtilement considéré, au fond, comme inférieur à la fonction juridictionnelle ; d'un autre côté il y a aussi, en quelque sorte, de l'admiration cachée pour l'importance publique –tout de même considérée en apparence– qui est

¹ Je tiens à exprimer mes remerciements les plus amicaux et sincères à Michel Troper et à Jacques Krynen pour les suggestions critiques qu'ils m'ont adressées après avoir lu une première version du texte, ce qui m'a permis de l'améliorer sensiblement ; encore à Jacques Krynen lui-même et à Jacqueline Begliuti-Zonno pour la révision qu'ils ont bien voulu faire en français. Sur la perspective de l'« histoire du présent », on peut se référer, bien sûr, à la piste méthodologique de réflexion ouverte par P. NORA, dont on peut voir, à titre représentatif, le récent recueil d'articles *Présent, nation, mémoire*, Gallimard, Paris 2011.

naturellement attachée à l'exercice de la fonction politique. Il y a là, dans la « majesté » de cette dernière, un *quid* de grandeur que la fonction juridictionnelle, dont la puissance est inversement proportionnelle à son caractère occulte, ne pourra jamais atteindre. De cette « apparence », en effet, la fonction juridictionnelle doit obligatoirement savoir se passer, étant par définition un *pouvoir caché*.

Ce pouvoir contient en soi la tendance, qui lui est congénitale, à l'exercice d'une fonction politique. Mais cette fonction les juges doivent bientôt apprendre à la faire valoir dans la discrétion. Les hommes en robe laissent volontiers la scène du théâtre aux hommes politiques, étant bien conscients que derrière les coulisses les fils ne peuvent être redressés que par la juridiction. Ainsi le pouvoir juridictionnel est –et peut devenir de plus en plus– un pouvoir véritablement politique, mais à condition de ne pas se poser ouvertement comme tel. Cette condition, quelque peu paradoxale, est l'essence de l'être du juge, aujourd'hui comme hier. La magistrature peut exercer sans nul doute une partie de la souveraineté, tout en niant être un véritable pouvoir politique. Elle se qualifie alors comme une « fonction », la « fonction juridictionnelle » justement, et cela signifie avant tout qu'elle est obligée d'agir dans ses actes officiels en donnant à tout le monde l'impression de s'annuler comme pouvoir souverain². « Dire le droit », dans cette perspective « positiviste », veut faire croire que cette “diction” ne consiste que dans une simple application d'une volonté : celle du pouvoir législatif, qui est le seul souverain³.

Cette opération subtile, en apparence parfaite, laisse toutefois –comme la fission nucléaire– des scories, des matériaux, entre autres psychologiques, résiduels. C'est ainsi qu'il se produit, silencieusement, imperceptiblement, dans la dynamique mentale de l'être magistrat une sorte d'envie permanente vis-à-vis du pouvoir politique. Cette envie est destinée à devenir le moteur de l'action de la magistrature et, au même temps, la cause principale du « soi divisé » qui se produit tantôt dans chaque individu-juge qui exerce la juridiction dans un procès particulier, tantôt dans le corps entier de la magistrature elle-même.

La question fondamentale demeure alors, tous comptes faits, la même que l'on a, désormais depuis quelques temps, posée : que reste-t-il de nos

² Cf. O. CAYLA et M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, « Actes du Congrès international de Rouen », 26-27 mars 1998, LGDJ, Paris 2001.

³ Cf. B. ANAGNOSTOU-CANAS (dir.), *Dire le droit : normes, juges, jurisconsultes*, Éditions Panthéon-Assas, Paris 2006.

Le gouvernement divisé des juges

jours de la « médiation patriarcale » des juges⁴ ? Et, si en reste quelque chose, quelles sont ses nouvelles formes, ses stratégies socio-culturelles et ses expressions cryptopolitiques ? Dominé par l'esprit juspositiviste, notre temps semble ne pas savoir quoi faire avec cette archaïque et désuète notion de « médiation patriarcale », devenue aux yeux de la plupart des juristes contemporains tout à fait obsolète. Cette conviction dominante, qui nourrit les juristes dès les bancs de l'Université, est l'héritage direct du tournant révolutionnaire : dans l'ordre juridique de l'État de droit démocratique le juge n'est que la « bouche de la loi » dans le sens –tout à fait opposé à celui que l'on donnait à la même expression dans l'Ancien Régime– que son activité juridictionnelle ne doit consister que dans la simple application d'une norme qui existerait déjà avant le jugement et en amont du processus d'interprétation⁵. Or, nous savons parfaitement que cela n'est qu'une valeur chimérique, car la norme n'est pas identifiable avec l'énoncé normatif⁶. On y reviendra tout à l'heure.

Pour l'instant limitons-nous à constater que c'est exactement la manière dont la majorité des opérateurs du droit –notamment les juristes praticiens– pensent le droit et la juridiction. Il y a chez les juristes contemporains une sorte d'arrière-pensée, très enracinée, qui paraît presque impossible à éradiquer. A l'idéologie de la magistrature ancienne, fondée sur la médiation patriarcale et les *arcana juris*⁷, a succédé l'idéologie du

⁴ Cf. F. DI DONATO, « De la médiation patriarcale à la médiation bureaucratique. Considération sur le 'gouvernement des juges' », in P. BRUNET *et alii* (dir.), *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, Paris 2006, p. 387-406, spéc. p. 387.

⁵ Sur ce changement, qui est un véritable bouleversement sémantique avant que politique du sens de l'expression « bouche de la loi », voir mon récent essai : F. DI DONATO, « La Costituzione fuori del suo tempo. Dottrine, testi e pratiche costituzionali nella Longue durée », in *Quaderni costituzionali*, a. XXXI, n° 4, décembre 2011, p. 895-926, et spécialement p. 909-910. Voir *infra*, notes 60-62.

⁶ Cette idée-force est l'un des fondements de la théorie du droit proposée par Michel Troper. L'œuvre très importante de cet éminent auteur nous a beaucoup aidé à éclairer des aspects décisifs pour plusieurs disciplines dans le cadre des sciences sociales ; entre autres, voir notamment : M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Paris 1994 ; *Idem*, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, Paris 2001 ; *Idem*, « Existe-t-il un danger de gouvernement des juges ? », in D. SOULEZ LARIVIERE et H. DALLE (dir.), *Notre justice. Le livre vérité de la justice française*, Laffont, Paris 2002, p. 329-46 ; *Idem*, *La philosophie du droit*, PUF (« Que sais-je ? »), Paris 2003 ; *Idem*, *Le droit et la nécessité*, Puf, Paris 2011.

⁷ On doit cette expression, « *arcana juris* », devenue un *topos* dans le langage de l'historiographie juridique, à R. AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Jovene, Naples 1976.

juspositiviste contemporain et du juriste-technocrate⁸, qui, à bien regarder, a fait rentrer par la fenêtre le dogmatisme formaliste que l'on pensait avoir chassé par la porte sous la Révolution avec ses instruments de contrôle et au moyen de plusieurs contraintes (référé législatif, codification, défense d'interprétation des textes normatifs, interdiction de l'enseignement créatif du droit...). On peut, donc, noter une certaine continuité, en dépit des apparences, dans la *forma mentis* des juristes et notamment de ceux qui sont investis du *munus* qui leur permet l'exercice de la fonction juridictionnelle⁹.

Le formalisme contemporain a assumé des modalités de pensée et d'action différentes du formalisme de l'Ancien Régime, car il a dû s'insérer dans le cadre, très différent, du droit positif et de l'État de droit démocratique, pluraliste et relativiste sur le plan de l'éthique des individus-citoyens. Toutes ces composantes ont éliminé le fondement ontologique sur lequel l'ancienne société était fondée. Toutefois la logique et la psychologie profonde du juriste, tout en subissant de profondes mutations, ont conservé dans le fond une racine granitique qui permet de rattacher entre elles ces deux expériences historiques qui paraissent si éloignées l'une de l'autre. Cette racine est le *pouvoir d'interprétation* qui –comme nous apprennent les théories réalistes du droit¹⁰ et parallèlement des récentes recherches historiques sur le droit et la technique exégétique des juristes entre Ancien et

⁸ Sur cette transformation voir A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, PUF, Paris 1975, et sa traduction italienne mise à jour par les soins de F. DI DONATO, *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, Jovene, Naples 1993. Quant à la médiation patriarcale réalisée par le biais des instruments interprétatifs, cf., du même auteur, *Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique*, in « Archives de Philosophie du droit », 1972, puis réimprimé dans *Idem, Le droit trahi par la philosophie*, Bibliothèque du Centre d'Étude des Systèmes politiques et juridiques, Rouen 1977 ; et aussi F. DI DONATO, « La puissance cachée de la robe. L'idéologie du juriste moderne et le problème du rapport entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique », in O. CAYLA et M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ (dir.), *L'office du juge, op. cit.*, p. 89-116.

⁹ Voir à cet égard l'ouvrage récent en deux tomes de J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle* ; t. I : *L'idéologie de la magistrature ancienne* ; t. II : *L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard, Paris respectivement 2009 et 2012.

¹⁰ Cf. M. TROPER, « Una teoria realista dell'interpretazione », in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXIX, n° 2, décembre 1999, p. 473-93 ; *Idem*, « La forza dei precedenti e gli effetti perversi del diritto », in *Ragion pratica*, 1996/6, p. 65-75 ; ces deux essais sont maintenant republiés en version française : *Une théorie réaliste de l'interprétation et La force des précédents et les effets pervers en droit*, les deux in *Idem, La théorie du droit, le droit, l'État, op. cit.*, respectivement p. 69-84 et 163-172.

Le gouvernement divisé des juges

Nouveau Régime¹¹– est en lui-même le noyau dur de tout pouvoir des juges¹².

Dans leur longue histoire les jurisconsultes-magistrats ont su utiliser toute les *juris subtilitates* de leur technique exégétique pour conduire les textes qu'ils utilisaient dans la direction qu'ils considéraient la plus utile pour eux dans le contexte donné. L'esprit de corps a toujours prévalu dans la stratégie de la noblesse d'État¹³. Ils ont gardé cette arrière-disposition même dans le nouveau contexte positiviste¹⁴. La longue et profonde étude récente de Ugo Petronio que l'on vient de citer nous montre comment, à partir de leur « renaissance médiévale »¹⁵ et jusqu'à nos jours, les juristes ont toujours fondé (de façon très cohérente de ce point de vue) leur pouvoir sur l'*interpretatio* et comment celle-ci, malgré les nombreux changements politiques et idéologiques qui sont intervenus au cours des siècles modernes, n'a pas changé dans la méthode et surtout –j'ajoute– dans la *forma mentis*¹⁶. Petronio nous a fait voir comme entre *interpretatio* et interprétation (même l'interprétation dans le nouveau contexte positiviste inauguré par les codes), il n'y a pas toute la distance et la différence que les juristes-positivistes contemporains prétendent. En effet les juristes-

¹¹ Sur cet argument il faut consulter L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967 (réimpression 1975), ouvrage classique qui reste dense d'idées et de réflexions vraiment importantes et profondes pour l'historien et le théoricien du droit.

¹² Cf. U. PETRONIO, « L'analogia tra induzione e interpretazione. Prima e dopo i codici giusnaturalistici », in C. STORTI (dir.), *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici*, Jovene, Naples 2010, p. 183-292.

¹³ Exemple dans la méthode de recherche utilisée, le grand livre de P. BOURDIEU, *La noblesse d'État. Grandes écoles et esprit de corps*, Minuit, Paris 1989. Voir aussi A. BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce, ou le culte des vertus moyennes*, LGDJ, Paris 1993.

¹⁴ Je renvoie à cet égard aux considérations formulées dans mon article : F. DI DONATO, « De la médiation patriarcale à la médiation bureaucratique », *op. cit.* Voir aussi M. TROPER, « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in J.-C. COLLIARD et Y. JEGOUZO, *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, Paris 2001, puis républié in M. TROPER, *La théorie du droit, op. cit.*, p. 231-247.

¹⁵ Sur ce concept, très important dans l'histoire du droit, voir le classique de C. H. HASKINS, *The Renaissance of the 12th Century*, Harvard College, Harvard 1927 ; et plus près de notre actualité E. CORTESE, *Il Rinascimento giuridico medievale*, Bulzoni Rome 1996 (1^{ère} édition 1992).

¹⁶ U. PETRONIO, *L'analogia tra induzione e interpretazione, op. cit.*

interprètes ont toujours joué sur la *subtilitas* qu'« un texte n'est jamais, ou ne l'est que dans très peu de cas, capable d'exprimer une seule signification »¹⁷.

L'analyse de Petronio est très convaincante dans la mesure où il arrive à démontrer que l'*interpretatio* des juristes médiévaux et l'interprétation moderne et contemporaine des juristes positivistes ne sont point si éloignées, comme on pourrait le penser d'emblée, et que donc entre les deux il n'y a pas la différence que les positivistes contemporains prétendent y voir. Il est vrai par ailleurs, et il ne faut pas le négliger non plus, que l'expérience de la modernité juridique culminante durant la période des Lumières avait tout de même essayé de rompre cette continuité et que, même sans y être parvenue, elle reste toutefois une remarquable tentative de résoudre ou du moins de poser ce capital problème d'histoire du droit à l'attention générale de la société¹⁸. Il est incontestable aussi que, dans la conception des juristes de l'Ancien Régime, le vrai sens de la loi n'était qu'un seul, car une seule était la *Voluntas* divine qui était sous-entendue à la loi, tandis que dans la conception positiviste contemporaine on accepte sans problème que tout texte de loi a plusieurs sens et qu'il est justement dans la légitimité (et dans le pouvoir) de l'interprète d'en choisir un. Selon la doctrine des positivistes, ce pouvoir n'est pas censé être totalement discrétionnaire et arbitraire, car il y aurait une série de bornes et de « contraintes » qui l'orientent et le limitent, le pouvoir du juge étant ainsi un demi-pouvoir à cause de la présence du principe de légalité. Mais aussi cette distinction doit être beaucoup nuancée, car tout compte fait, même les jurisconsultes anciens savaient parfaitement, quoiqu'ils n'osaient pas le déclarer ouvertement, qu'un texte pouvait avoir –à l'époque comme aujourd'hui– plusieurs sens et qu'il était dans la *potestas* de l'exégète de viser l'un d'eux, en excluant tous les autres. La différence est que le jurisconsulte ancien appuyait la légitimation de cette opération technique sur une base métaphysique et religieuse, considérant le droit et la *Scientia Juris* comme un

¹⁷ *Ibid.*, p. 202.

¹⁸ Cf., à cet égard, G. D'AMELIO, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Giuffrè, Milan 1965 ; M. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Comunità, Milan 1966 ; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologne 1976 ; R. AJELLO, *Arcana juris*, *op. cit.* ; *Idem*, *Epistemologia moderna e storia delle esperienze giuridiche*, Jovene, Naples 1986 ; *Idem*, *Formalismo medievale e moderno*, Jovene, Naples 1990. Plus récemment, voir F. BIDOUBE (éd.), *Les Parlementaires, les lettres et l'histoire au siècle des Lumières 1715-1789*, « Actes du colloque de Pau », 7-8-9 juin 2006, Presses universitaires de Pau, Pau 2008 (Études présentées à la Commission internationale pour l'Histoire des Assemblées d'États, vol. LXXXVIII).

Le gouvernement divisé des juges

fragment et une manifestation 'munifique' de la *Divinitas*, tandis que le juge actuel est censé fonder son pouvoir sur le devoir d'application du droit positif, à savoir sur une volonté politique pré-existante et objectivée dans les énoncés normatifs.

Il reste clair néanmoins que –à n'importe quelle époque– c'est bien dans l'habileté des juristes à manier les subtilités techniques de l'interprétation que se situe le *nucleus* de ce que l'on peut appeler justement « l'idéologie » de la robe¹⁹. Cette *forma mentis* fondée sur la culture et la pratique de la médiation patriarcale renvoie à une dimension métaphysique, « médiatique » et ésotérique dont les juristes sont devenus au cours des siècles maîtres inaccessibles et absolus²⁰.

II - Diviser l'indivisible

Il faut en déduire que le pouvoir juridictionnel naît, dès son origine, comme pouvoir occulte et divisé. Dans le pouvoir de « dire le droit », la *juris-dictio*, il y a, comme valeur intrinsèque, une double projection destinée à devenir tension entre deux forces diverses :

- d'un côté, la fonction d'attribuer le tort et la raison à des individus en conflit qui demandent la décision d'un tiers qui soit en dehors de tout soupçon de partialité, et qui ait l'autorité publique de se faire respecter et d'imposer, si nécessaire avec l'usage de la force légitime, sa décision à la partie qui a eu tort ;

- d'un autre côté, la fonction de veiller au respect du droit, c'est-à-dire le pouvoir de vérifier si les comportements et les actions mises en place par les êtres humains qui agissent dans un territoire déterminé soumis à la juridiction qui en a la compétence, sont légitimes ou pas.

Or, ces deux fonctions entraînent par elles-mêmes le contrôle des actions de tous les sujets y compris –et c'est là le noyau du problème– de ceux qui sont appelés à déterminer les règles à appliquer dans les jugements. Le juge est ainsi placé en pleine légitimité de soumettre à son jugement non seulement les citoyens-sujets mais aussi ceux qui ont mis dans ses mains l'instrument de son pouvoir : le droit. En d'autres termes, la *jurisdictio* se

¹⁹ Cf. F. DI DONATO, *L'ideologia dei robins nella Francia dei Lumi. Costituzionalismo e assolutismo nell'esperienza politico-istituzionale della magistratura di antico regime (1715-1788)*, ESI, Naples 2003 ; J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*, 2 vol., *op. cit.*

²⁰ Une dimension, celle-ci, mise si bien en lumière, il y a déjà quelque temps, dans le notoire article d'André-Jean ARNAUD, *Le médium et le savant*, *op. cit.*, qui reste à mon avis une poutre-maîtresse de cet argument.

pose dès le début comme la forme la plus efficace de contrôle du pouvoir politique ou, si l'on préfère, de la souveraineté et de son attribut principal : la prérogative de légiférer.

La juridiction est donc, de façon intrinsèque, un pouvoir divisé et divisant, dans le sens qu'elle divise par soi-même la souveraineté en deux. On pourrait dire, en paraphrasant la célèbre formule kantorowiczienne, que la magistrature est le deuxième corps du roi. Chose paradoxale si l'on croit, à partir de la célèbre formule de Bodin, que le pouvoir souverain est par sa nature indivisible²¹. Du coup s'impose la nécessité de qualifier le pouvoir juridictionnel comme un pouvoir caché ; voire un pouvoir qui est modelé sur ce paradoxe-là : il doit opérer en niant sa propre nature. En effet, pour rendre divisible un pouvoir indivisible il faut recourir à une suprême fiction juridique (et logique) : la juridiction doit disparaître comme pouvoir autonome derrière le paravent de la souveraineté politique. Celle-ci reste sur la scène comme la seule actrice, le seul protagoniste du plateau à laquelle on adresse toutes les attentions et les applaudissements. Mais l'actrice n'est pas du tout autonome dans le choix de ses mouvements et de la formule de sa récitation. Il y a derrière elle le metteur en scène, le réalisateur qui décide ses mouvements et qui exerce le contrôle sur l'application effective de sa volonté.

Telle est la condition fondamentale du rapport qui s'instaure dès le début de l'organisation publique occidentale entre pouvoir souverain et juridiction, un jeu de doubles miroirs dans lequel le vrai pouvoir s'affirme tout en se niant comme tel²². Il faudrait, à ce propos, mener une réflexion plus approfondie et critique par rapport à celle que l'on a développée jusqu'à présent sur les vrais motifs qui ont poussé Montesquieu à concevoir et puis à lancer l'idée de la fonction juridictionnelle comme « puissance nulle ». Souvent les historiens des doctrines juridiques et politiques font abstraction du contexte dans lequel les idées bourgeonnent. C'est une limite qui, dans la mesure où ils sont capables d'universaliser un concept, tranche en même temps les liens profonds des idées avec le contexte qui les a vues germer. Privée de son arrière réseau de pré-compréhension –pour utiliser la célèbre expression de Pierre Bourdieu–, la définition du pouvoir judiciaire

²¹ Sur ce nœud crucial du droit moderne, cf. O. BEAUD, *La puissance de l'État*, PUF, Paris 1994, p. 35-198. Pour une réflexion aigüe sur le schéma de E. Kantorowicz, cf. A. BOUREAU, *Le simple corps du roi. L'impossible sacralité des souverains français, XV^e-XVIII^e siècles*, Les Éditions de Paris, Paris 2000 (1^{ère} édition 1988).

²² Je renvoie pour cet aspect à mon essai *La puissance cachée de la robe*, *op. cit.*

Le gouvernement divisé des juges

comme « puissance nulle » se raidit et au même temps se vaporise devenant difficile à être cernée en pratique. Elle se révèle suggestive mais évanescence.

L'idée de la « puissance nulle » répondait à un besoin très aigu et strident du milieu judiciaire et notamment parlementaire vers la moitié du XVIII^e siècle : rassurer la couronne et refroidir le climat exacerbé par le frottement violent qui s'était produit entre les deux blocs politiques constitués par les magistrats d'un côté et par la couronne et l'entourage ministériel de l'autre. L'intention était donc d'obtenir une trêve dans le combat politique qui puisse convenir à la robe. C'était une ruse très habile : il s'agissait de suspendre les hostilités pour gagner sur un autre plan. On visait tout sur l'inéluctable force du pouvoir occulte de la juridiction. Le pouvoir politique, visiblement souverain, a beau jeu de faire des lois. Mais ces lois, tôt ou tard, doivent être appliquées et pour l'être elles doivent nécessairement être interprétées. La *jurisdictio* peut donc faire valoir son caractère occulte, sans besoin de s'affronter au pouvoir politique et de se battre continuellement avec lui. Elle peut dominer, à condition de savoir rester dans la discrétion.

Voilà le bouillon de culture de la théorie de la séparation des pouvoirs et voici le but politique poursuivi par le baron-robins bordelais, son créateur. Il n'y réussit d'ailleurs qu'à moitié. La Révolution et ses effets ne furent que l'application rigoureuse et littérale de la théorie séparatiste, mais dans un contexte politique et idéologique qui changeait complètement le cadre : anéantis les vieux parlements, il s'agissait alors d'une vraie et profonde division dans laquelle la juridiction allait perdre complètement son influence politique, le juge devant se limiter à appliquer strictement la volonté législative dans une cause entre particuliers, sans pouvoir en aucune manière interpréter les textes de la loi. On tenta ainsi de réaliser une séparation effective des pouvoirs qui, en dépit des intentions originaires, déplaçait le noyau du pouvoir de la magistrature au gouvernement. Les vicissitudes de la séparation des pouvoirs sont un cas paradigmatique de *Serendipity* dans l'histoire des doctrines et des institutions juridico-politiques, c'est-à-dire un exemple de décollement entre l'intention sous-jacente, une théorie et les effets concrets qu'elle finit par produire.

L'arrière-pensée qui nourrit la théorie de Montesquieu avait le but de sauvegarder la nature politique de la juridiction. Pendant la Révolution le même principe fut interprété comme le pivot d'un nouveau système constitutionnel fondé sur la primauté de la décision (et de la responsabilité) politique tout-court. Ce système voulait triompher du vieil *ordo juris* que, vers la moitié du XVIII^e siècle, un écrivain-juriste aigu du royaume de

Naples avait défini ouvertement comme le « gouvernement politique du juriconsulte » (Filippo de Fortis, 1755). La Révolution et la phase suivante parurent réaliser le rêve d'un système juridico-politique dans lequel la décision politique puisse être limpide traduite dans la pratique par le biais d'une jurisprudence finalement épurée de ses velléités politiques. Les juges –disait-on alors– n'ont jamais le droit d'interpréter les textes. Le législateur, lui seul, le peut. Mais –comme l'a bien démontré le livre d'André-Jean Arnaud consacré au rapport entre les juristes et la société du XIX^e siècle à nos jours– la longue période successive à la parenthèse révolutionnaire et napoléonienne démentit ce vol pindarique : les juristes récupérèrent progressivement leurs pouvoirs d'interprétation et l'activité juridictionnelle redevint le pivot de la vie juridique même dans le nouveau système de droit positif-codifié.

Ainsi on peut bien dire que la pleine réalisation du principe de la séparation des pouvoirs reste encore aujourd'hui –dans le monde de l'expansion planétaire du pouvoir des juges– un rébus irrésolu, encore plus décisif pour l'équilibre du système constitutionnel qu'à l'époque où il fut pensé²³.

III - Le caractère occulte de la *potestas terribilis*

A - La juridiction comme antipouvoir

Cela va sans dire –et des esprits imbus de l'idéologie de la robe, tels que Montesquieu ou Le Paige, le savaient parfaitement– que le pouvoir de juger est *naturellement* un pouvoir illimité. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les Romains donnaient de lui la définition de *potestas terribilis*. Par rapport au pouvoir politique –qui, étant un pouvoir manifeste, visible, peut facilement se voir imposer des limites– il est beaucoup plus dangereux, car il déploie sa puissance politique justement en se retirant de la scène politique. Le caractère essentiel du pouvoir juridictionnel est cette substance occulte : il s'affirme comme pouvoir (tout à fait politique sans guillemets) dans la mesure où il arrive à s'annuler comme tel et à faire tenir pour vérité

²³ Cf. C. N. TATE, T. VALLINDER, *The Global Expansion of Judicial Power: the Judicialization of Politics*, New York Univ. Press, New York 1995 ; R. BERGER, *Government by judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Harvard University Press, Cambridge (Mass. USA)-Londres 1977. Pour l'ouvrage de A.-J. ARNAUD cité, cf. plus haut, note 8. Sur les vicissitudes de la séparation des pouvoirs dans les phases historiques successives à la Révolution, cf. M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, Paris 1973.

Le gouvernement divisé des juges

incontestable cette neutralité. Le juge –et avec lui le corps institutionnel entier auquel il appartient– n'exerce ainsi un pouvoir que s'il se déclare étranger au pouvoir lui-même. En même temps ce pouvoir du juge est destiné à s'accroître s'il arrive à se faire percevoir comme un rempart érigé contre les injustices réalisées par le pouvoir souverain²⁴.

Le pouvoir juridictionnel se pose donc, de lui-même, comme un antipouvoir de nature occulte. Du point de vue de l'historien, et même de la perspective des observateurs des sciences sociales qui doivent enquêter sur les faits, cela signifie que le pouvoir des juges est un pouvoir très difficile à cerner. Il est presque impossible de l'isoler comme objet institutionnel autonome et de l'étudier à partir seulement des actes formels qu'il manifeste ou ne considérant que les catégories conceptuelles ordinaires²⁵.

²⁴ A l'époque de la monarchie absolue, cette allure était compliquée par l'impossibilité d'attaquer frontalement le roi lui-même. On avait recours alors au procédé malin et astucieux consistant à attaquer les ministres corrompus et avides qui trompaient à la fois le peuple et le roi. Les juristes-magistrats étaient tous monarchistes car ils avaient très bien compris que la structure politico-institutionnelle de la monarchie de droit divin était indispensable à la médiation patriarcale des *sacerdotes juris* (à savoir eux-mêmes); par conséquent ils craignaient l'issue républicaine comme la pire des solutions. Cet aspect est résumé génialement par l'attitude de Montesquieu vis-à-vis des républiques (par exemple celle de Gênes) et vice versa des monarchies absolues (par exemple celle de Naples) : il méprise la forme de gouvernement des premières et il se confond en louanges pour les secondes. Sur cet aspect je me permets de renvoyer à mon essai : F. DI DONATO, « Genova e Napoli. Immagini dell'ideologia togata nel confronto tra due modelli socioistituzionali », in Carlo BITOSSI et Claudio PAOLOCCI (dir.), *Genova, 1746: una città di antico regime tra guerra e rivolta*, « Atti del Convegno di Studi in occasione del 250° anniversario della rivolta genovese », Gênes 3-5 décembre 1996, Archivio di Stato di Genova – Quaderni Franzoniani, Gênes 1998, p. 727-788 : 727-732. Reste par ailleurs dense de suggestions pour plusieurs aspects le grand classique de E. CARCASSONNE, *Montesquieu et le problème de la constitution française au XVIII^e siècle*, PUF, Paris 1927 (réimpression anastatique, Slatkine, Genève 1970).

²⁵ C'est pour cette raison que les analyses politologiques sur le phénomène du pouvoir, même les plus compétentes et complètes, ne prévoient pas du tout cette catégorie du pouvoir occulte ou bien passent un peu trop vite sur elle : cf. par exemple M. STOPPINO, *Potere e teoria politica*, Giuffrè, Milan 2001³ (1^{ère} édition ECIG, Gênes 1982), spécialement p. 136-138, où le concept de « pouvoir caché » est traité comme un cas spécifique dans le cadre de la catégorie plus générale de la « manipulation » ; ce qui amène Stoppino à considérer qu'entre les deux notions fondamentales de pouvoir –ouvert ou caché– la typologie du premier est « de loin la plus importante dans la vie sociale et politique » (*ibidem*, p. 137) ; idée qui ne sert pas du tout à expliquer la nature du pouvoir juridictionnel et les techniques des

B - Les défauts de l'historiographie juridique traditionnelle

C'est précisément là –dans le choix méthodologique de ne pas outrepasser les limites de la structure normative du droit– la raison pour laquelle une historiographie juridique traditionnelle, c'est-à-dire fondée sur la méthode formaliste qui se limite à ne considérer que les sources officielles, ne sera jamais à même de comprendre à fond ni l'essence du pouvoir juridictionnel, ni même, par ailleurs, l'entité des problèmes qui en dérivent. Les documents et les textes juridiques sont le produit des mêmes sujets que l'analyse scientifique rigoureuse doit examiner et comprendre. Comment peut-on éviter de tenir compte de ce fait capital ? Toute historiographie qui néglige cet horizon de sens fondamental est mystificatrice, ou finit par l'être, même si elle n'en a point l'intention.

La connaissance, l'enquête portée sur la liaison souterraine entre les matériaux documentaires du droit et la vision du monde, les intérêts et en un mot l'« idéologie » de ses producteurs sont au contraire fondamentales et indispensables pour relever le véritable sens des 'produits' issus de cette *forma mentis*. L'entière histoire du droit et des institutions de l'Occident serait à réinterpréter à la lumière de cette perspective. Si l'on se limite à considérer les actes officiels et si l'on fait confiance absolue et a-critique aux sources, c'est-à-dire aux produits de l'esprit de robe, on ne verra que la surface et on ne sortira point de l'objet de l'observation scientifique que l'on prétend décrire. On restera prisonnier de cet objet et l'on ne réussira pas à l'étudier avec une juste distance, indispensable pour isoler une quelconque entité que l'on veuille connaître avec la méthode scientifique²⁶.

Jamais autant que dans l'histoire juridico-institutionnelle concernant la magistrature et ses fondements idéologiques et culturels, l'historien doit savoir lire non seulement ce qu'il y a dans les documents, mais aussi

arcana juris. Quant à l'objection –formulée par M. Troper– que « pour pouvoir parler d'un pouvoir, il ne suffit pas de montrer que les juges possèdent du pouvoir, il faut aussi qu'ils forment une unité organique », je n'ai pas de difficulté à souligner que la magistrature –celle de l'Ancien Régime comme celle du monde contemporain– est tout-à-fait une unité organique dans la mesure où les organes de la justice supérieure (les cours de cassation par exemple ou les organes de justice constitutionnelle) assurent une certaine ligne (qui peut, bien sûr, changer) et que dans les procès qui ont un fort impact 'politique' généralement on peut relever une unité de fond dans les rangs de la magistrature et en tout cas de la haute magistrature.

²⁶ Cf. M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, op. cit., spécialement p. 3-16 (« Science du droit et dogmatique juridique »).

Le gouvernement divisé des juges

(surtout) ce qu'il n'y a pas, ce que les textes documentaires n'osent pas dire car ils ne peuvent pas le dire. Lorsqu'on essaye de reconstruire les axes portants de la *Weltanschauung* des juristes –notamment de ceux qui sont munis de pouvoir juridictionnel– il faut bien vite apprendre à « lire » ou plutôt à entrevoir et saisir des sens cachés, ou voilés, ou esquissés à peine, entre les lignes des textes (tantôt normatifs tantôt discursifs). En droit, les énoncés normatifs ainsi que très souvent l'ordre du discours des juristes sont comme l'étendue du désert sous lequel se cache une mer de pétrole. L'or noir de l'historien du droit c'est la grille d'intérêts occultes et de valeurs politiques que le compromis sémantique de la norme veut défendre et protéger. L'objet de l'historiographie juridique n'est pas, donc, comme l'on croit trop souvent, la règle de droit en tant que telle ni les institutions juridico-politiques. La norme juridique n'est que la pointe d'un iceberg qui plonge ses fondements dans la profondeur de la mer sociale et la tâche de l'historien du droit et des institutions ne peut qu'être la compréhension de cette réalité et la description la plus fidèle possible des liaisons plus ou moins visibles qui s'instaurent entre le plan normatif et le déroulement de la vie concrète.

C - Le glissement fatal de l'interprétation juridictionnelle en pouvoir politique

Toutefois cette opération s'avère très compliquée. Elle se situe même aux limites des possibilités objectives du rayon d'observation phénoménologique, du fait de la nécessité des producteurs du champ socio-normatif d'occulter leur pouvoir et par conséquent d'opérer une fiction efficace à travers laquelle la métamorphose de l'interprétation juridictionnelle en véritable pouvoir politique souverain est rendue possible sans être suspectée de partialité.

Le savoir du juge doit garder sa connotation de neutralité –sa « *terzietà* », comme disent les jurisconsultes italiens, insurpassables maîtres dans l'usage du formalisme juridiques et du « verbalisme élusif »²⁷– et son image doit être celle d'une figure presque éthérée qui se pose au-dessus des intérêts jugés,

²⁷ Pour une extraordinaire réinterprétation de l'histoire des juristes italiens comme imbattables créateurs d'un langage élusif et autoréférentiel, cf. R. AJELLO, *Eredità medievali paralisi giudiziaria. Profilo storico di una patologia italiana*, Arte Tipografica Editrice, Napoli 2009, un maître-livre qui mériterait sans nul doute une traduction française. Voir aussi le livre de P. GILLI, *La noblesse du droit. Débats et controverses sur la culture juridique et le rôle des juristes dans l'Italie médiévale : XII^e-XV^e siècles*, H. Champion, Paris 2003.

en dehors de tout soupçon d'adhésion préalable à l'une des deux thèses qui se confrontent dans le combat judiciaire.

Le procès, lui-même, assume dans ce cadre général la fonction instrumentale de l'arrière-plan : c'est grâce aux causes que la juridiction se met en acte et peut déployer toute sa potentialité politique. Le procès est le lieu idéal dans lequel l'interprétation créative du juriste peut briller dans toute son inventivité. Elle s'applique apparemment à un cas concret singulier, mais entretemps elle est pleinement admise à fixer des principes fondamentaux de droit, imposant son choix et sa ligne. C'est dans le procès que le magistrat devient un véritable ingénieur de la société, en établissant l'extension effective des droits abstraits. Ce qui lui donne un pouvoir d'intervention que l'on ne saurait appeler autrement que 'politique'²⁸.

L'idée que le juge ne fait qu'appliquer la volonté politique exprimée dans une norme juridique qui préexisterait à son jugement se révèle ainsi fausse –un 'spectre' justement– pour au moins deux raisons décisives : d'abord parce qu'il n'y a pas de norme mais (comme l'on disait plus haut) seulement des énoncés normatifs dans les textes des lois positives ; en deuxième lieu parce que l'idée que depuis Montesquieu, on a tendance à retenir en France et dans la plupart des pays de droit commun, comme une vérité indiscutable, selon laquelle « la puissance de juger est nulle parce que la fonction du juge est de tirer la conclusion d'un syllogisme, dont la loi est prémisses majeure et le fait la mineure »²⁹, n'est qu'un paravent pour masquer la puissante intervention du juge lui-même et sur la structure et sur le contenu du raisonnement juridique. Le juge portera fatalement dans le jugement ses valeurs et sa vision personnelle du monde, mais avant tout –ce qui n'est guère relevé dans la doctrine juridique qui s'occupe de cet argument– dans sa juridiction pèsera l'« idéologie » et la *forma mentis* qui dérive du fait d'être juriste et magistrat : *tu eris sacerdos in aeterno*. C'est en ce sens que l'on peut souscrire à l'idée selon laquelle « la décision [du juge] est politique par essence »³⁰. Elle l'est justement dans la mesure où elle nie l'être.

Cette stérilisation du savoir juridique et de l'activité juridictionnelle rend impossible par définition toute tentative d'arriver au cœur du problème en partant de la simple analyse des produits textuels engendrés par cette même activité. D'où la nécessité de mettre en place une méthode

²⁸ Cf. M. TROPER, *Le bon usage des spectres*, *op. cit.*

²⁹ *Ibidem*, p. 231.

³⁰ B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, Economica, Paris 1978 (nombreuses éditions successives) ; cité par M. TROPER, « Le bon usage des spectres », *op. cit.*, p. 237.

Le gouvernement divisé des juges

'archéologique' –ce qu'avait bien vu Michel Foucault quand il lança cette expression– du savoir juridique. Cette méthode est *in re ipsa*, pourrait-on dire, elle fait bloc avec la nature de l'objet de notre intérêt scientifique. Cette 'objet' immatériel, quelque peu mystérieux, qui est le pouvoir de la juridiction est un pouvoir par définition occulte. Il va de soi qu'il ne pourra jamais être assez naïf pour proposer une représentation de lui-même correspondant tout à fait à la réalité. Sa naissance correspond exactement au procès de sa dissimulation. Il aura tendance, bien au contraire, à donner de lui une image rassurante et neutre, de façon à ce que tout le monde puisse croire au juge comme arbitre *super partes* et du coup réellement supérieur aux intérêts politiques qui sont présents dans le jeu social et institutionnel.

D - Comment combattre la tyrannie des « arcana juris » ?

Or, si l'on admet que l'essence de la juridiction est intimement liée à ces *arcana juris*, à ces instruments subtils et imperceptibles qui constituent l'arsenal du juriste-magistrat, s'impose d'emblée la nécessité de fixer des limites conventionnelles à ce pouvoir, de le brider et de l'endiguer, car en absence de ces bornes on se trouverait bel et bien vis-à-vis d'une tyrannie effrénée de l'appareil judiciaire, qui mettrait tout le monde à la merci des messieurs du palais sans aucun contrepoids efficace. Depuis Montesquieu, nous tous savons parfaitement qu'un pouvoir sans bornes ne se limite point de lui-même. Il poursuit son expansion inertielle sans cesse, *ad libitum*, à tout-va. Il faut alors un contrepouvoir de pareille entité pour le limiter. Et cette limitation est d'autant plus indispensable dans le contexte actuel de l'État démocratique, qu'il ne peut pas tolérer dans son sein des pouvoirs qui ne soient pas supportés par le suffrage de la base populaire.

Mais le grand problème de la juridiction est justement qu'elle s'efforce d'échapper à ce schéma ordinaire, puisqu'elle nie être un contrepouvoir, tout en l'étant. Elle veut l'être, bien sûr, mais elle ne veut point l'apparaître. La formule « au nom du peuple... » qui précède l'énonciation des arrêts est une enième *fictio juris* qui, à l'ère actuelle, ne fait que perpétuer l'ambiguïté dont se nourrit le pouvoir politico-juridictionnel.

Le problème de l'attribution de limites à l'exercice de la fonction juridictionnelle s'est posé de façon dramatique déjà dans l'organisation juridico-politique de l'Ancien Régime, au moment où les détenteurs du pouvoir de juger, voire de « dire le droit », pour se soustraire à tout contrôle sur leurs décisions, ont soutenu que le fondement de la *jurisdictio* est, à

l'instar de la légitimation royale, d'ordre divin³¹. Cette « divinité » de la *jurisdictio* est strictement liée à la nature sacrale de la science du droit, la *Scientia Juris* dont les ministres-juristes se sentent les prêtres : « Juris consulti sacerdotum nomine εύλογος scilicet cum ratione decorantur ; in promptu est ratio, quia justitia colunt »³².

C'est justement en réaction³³ à cette nature métaphysique de la *jurisdictio*³⁴ que s'est imposé l'indispensable remède de la fixation de règles prédéterminées et écrites dans un texte bien clair et rédigé en articles, normes auxquelles les juges sont censés s'en tenir. Ce fut la naissance du droit positif et l'identification du droit avec la loi fixée d'autorité par le pouvoir politique représentatif. Le droit positif n'est pas né, comme l'on a parfois soutenu³⁵, pour une volonté de puissance despotique effrénée de la

³¹ Il suffit à cet égard de renvoyer aux études très fines éditées par R. JACOB (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. Études d'histoire comparée*, « Actes du colloque international », Paris 16-18 sept. 1993, LGDJ, Paris 1996, et spécialement son essai dans le même ouvrage sous le titre *Jugement des hommes et jugement de Dieu à l'aube du Moyen Âge*, p. 43-86 ; voir aussi *Idem*, « *Judicium* et le jugement. L'acte de juger dans l'histoire du lexique », dans O. CAYLA et M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ (dir.), *L'office du juge, op. cit.*, p. 35-71, spécialement p. 36 et 71.

³² « Aux jurisconsultes on confère le titre de prêtres, sans nul doute juste avec raison ; le motif est clair : car ils célèbrent la justice ». Qu'il me soit permis, sur cet argument et notamment sur l'aspect de l'influence de la *forma mentis* dérivée du droit romain sur les juristes médiévaux et modernes en France comme en Italie, mais aussi dans plusieurs régions européennes, renvoyer à mon ouvrage *Esperienza e ideologia ministeriale nella crisi dell'ancien régime. Niccolò Fraggianni tra diritto, istituzioni e politica*, 2 vols., Jovene, Naples 1996 (la citation dans le texte, tirée d'une célèbre glose marginale à la définition d'Ulpian refondue dans Digeste, I.I.I, et utilisée régulièrement par les juristes encore jusqu'à la veille de la Révolution, est à la p. 683).

³³ Sur ce jeu d'action et réaction dans l'histoire, cf. J. STAROBINSKY, *Action et réaction. Vie et aventures d'un couple*, Seuil, Paris 1999.

³⁴ F. Aimerito a montré très bien dans sa communication au colloque toulousain *Les désunions de la magistrature*, publiée dans ce même volume, que les magistrats de l'Ancien Régime détestaient les règles de procédure et qu'ils se moquaient d'elles, en les trouvant arides et pas dignes de leur *Scientia Juris*. Cette attitude dépend clairement de l'essence métaphysique et religieuse du savoir juridique tel que les jurisconsultes le concevaient.

³⁵ L'auteur le plus représentatif de cette littérature est sans doute P. GROSSI (voir surtout à cet égard : *Assolutismo giuridico e diritto privato ; Mitologie giuridiche della modernità*, les deux ouvrages Giuffrè, Milan respectivement 1998 et 2001), mais on peut voir aussi L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Puf, Paris 1985 (édition «Quadrige», 1992).

Le gouvernement divisé des juges

part du pouvoir politique souverain, mais dans l'intention –engendrée par l'émergence des faits– de fixer des limites au débordement de la fonction juridictionnelle dans la sphère de la décision politique. Les raisons de cet indispensable tournant de l'histoire du droit moderne, auxquelles correspond aussi le passage de la conception du droit naturel au jusnaturalisme³⁶, tiennent moins à la confrontation entre deux groupes en lutte pour la conquête de l'hégémonie qu'à la nécessité objective de nourrir la décision politique d'une vision inspirée par l'intérêt général, lui donnant en plus une connotation vraiment transparente et contrôlable³⁷. Il est évident que ce but ne pouvait être atteint qu'en coupant à la racine la médiation patriarcale des juristes, ce qui demandait en amont la transformation de la structure culturelle de l'ordre social. Il fallait passer de la société ontologique à la société du contrat social, voire de la métaphysique à la négociation politique.

Le sommet de ce processus fut la Révolution, dans les fondements culturels et politiques de laquelle, sans rien enlever aux valeurs 'sacrées' de la célèbre triade, on peut retrouver la claire volonté d'en finir avec le débordement politique de la juridiction et réaliser finalement le mythe d'un droit expression d'une limpide et contrôlable volonté politique, responsable et représentative³⁸. On peut bien dire que le tournant révolutionnaire fut la

³⁶ Qu'il me soit permis de renvoyer sur ce point à mon essai : F. DI DONATO, « La conception du droit naturel dans la pensée et la pratique des juristes français et italiens (XVI^e-XVIII^e siècles) », in *Un dialogue juridico-politique : le droit naturel, le législateur et le juge*, « Actes du XX^e Colloque international de l'AFHIP », Université de Poitiers, Faculté de Droit, 14-15 mai 2009, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence 2010, p. 107-128 : 120-128.

³⁷ Et c'est justement sur ce point-là qu'elle a certainement encore du chemin à faire, car il ne serait pas honnête de cacher ou réduire la portée des nombreuses décisions que le pouvoir politique assume, même dans l'État constitutionnel démocratique, sans tenir suffisamment compte de ces raisons de transparence et de contrôle qui sont à la base de sa primauté.

³⁸ Il suffit pour s'en convaincre de lire les belles pages, encore tout à fait valides, de l'étude classique de H. CARRÉ, *La fin des parlements (1788-1790)*, Hachette, Paris 1912, dans lesquelles on voit parfaitement combien le climat pré-révolutionnaire était lourd d'esprit violemment hostile aux robins et à toutes les prétentions politiques qui caractérisaient leurs discours. Voir aussi J. EGRET, *La pré-Révolution française (1787-1788)*, Puf, Paris 1962 (réimpression Slatkine, Genève 1978). Deux confirmations de la thèse qui voit dans la Révolution la volonté de dépasser la médiation patriarcale de la magistrature et le pouvoir politique de la juridiction sont venues, au congrès toulousain, des communications de C. MENGES-LE PAPE et de J.-C. GAVEN publiées dans ce même volume. Ils ont montré comment, dans le contexte révolutionnaire, il y avait une méfiance profonde

victoire (provisoire) du politique sur les *arcana juris* à travers l'affirmation de la démocratie juridique et le passage du *consensus gentium* au contrat social³⁹. Le dépassement de la médiation patriarcale des juristes ne fut pas définitif et sans retour. L'histoire successive est là pour nous montrer comment la récupération des juristes fut inexorable⁴⁰. Mais le nouvel ordre mis en place par la Révolution reste toutefois un jalon très important posé dans le parcours du droit occidental. Un signe très fort que l'on a du mal à rayer d'un trait de plume. Il marque l'aboutissement d'un long chemin, commencé parallèlement à la naissance de la juridiction politique dans l'expérience juridique médiévale.

C'est proprement en réaction au fait que la fonction juridictionnelle s'était qualifiée, dès le début, comme une « sémantique du pouvoir politique » (selon la notoire expression de Pietro Costa⁴¹ ; et Jacques Krynen a fait l'effort de montrer à ce propos la dure lutte que les juristes ont dû entreprendre, notamment avec les théologiens qui les définissaient comme des « idiots politiques », pour être à plein titre admis dans la gestion légitime du pouvoir⁴²) que les systèmes juridiques modernes ont tourné la page en misant sur le droit « positif », c'est-à-dire sur un ordre juridique conventionnel, fondé sur la volonté et sur la décision du pouvoir politique qui assume publiquement la défense de l'intérêt général. Un nouveau cadre

vis-à-vis des vieux magistrats ; pour les constituants le pouvoir judiciaire était un pouvoir à contenir et dans les procès criminels l'on préféra substituer aux anciens juges des « notables adjoints » ce qui allait préparer la grande réforme du jury populaire. Sur ce point voir les études très aiguës de R. MARTUCCI, *La Costituente ed il problema penale in Francia (1789-1791)*. I. *Alle origini del processo accusatorio : i decreti di Beaumetz*, Giuffrè, Milan 1984 ; *Idem, L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Il Mulino, Bologne 2001. Cf. aussi mon récent essai F. DI DONATO, « La costituzione fuori del suo tempo », *op. cit.*, spécialement p. 902-920.

³⁹ Sur ce passage fondamental de l'expérience juridique moderne, cf. l'ample recherche de D. LUONGO, *Consensus Gentium. Criteri di legittimazione dell'ordine giuridico moderno*, 2 vols.; I. *Oltre il consenso metafisico* ; II. *Verso il fondamento sociale del diritto*, Arte Tipografica Editrice, Naples 2007-2008.

⁴⁰ A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société*, *op. cit.*

⁴¹ P. COSTA, *Iurisdiction. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Giuffrè, Milan 1969.

⁴² J. KRYNEN, *Les légistes « idiots politiques »*. « Sur l'hostilité des théologiens à l'égard des juristes en France, au temps de Charles V », dans l'ouvrage collectif *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne*, « Actes de la table ronde » organisée par l'École française de Rome avec le concours du CNRS, Rome 12-14 nov. 1987, Collection de l'École Française de Rome (147), Rome 1991, p. 171-198.

Le gouvernement divisé des juges

de la vie du droit s'ouvre, alors, avec l'existence de normes que les juges ne peuvent qu'appliquer sans s'arroger le pouvoir illimité de les recréer au fur et à mesure par le biais de leur interprétation créative.

C'est d'ailleurs sur ce point crucial qui se jouent le défi, les enjeux et les destins de la pensée (politique et pas seulement juridique) moderne. Le rêve, ou si l'on veut l'utopie, de l'homme juridique « régénéré »⁴³ est justement d'arriver à une prise directe, à savoir sans médiation aucune, de la décision politique sur le droit, réduit à une fonction instrumentale, et sur l'application des règles dont le droit se compose. La volonté politique doit en d'autres termes se transformer *eo ipso* en règle juridique appliquée, c'est-à-dire en réalité vécue. Au Moyen Âge les juristes (surtout italiens) entendaient identifier droit et politique pour soumettre cette dernière à la science juridique : la politique devait être « ancilla juris ». Ils voulaient utiliser leur savoir technique « comme politique du droit »⁴⁴. Le fondement épistémologique de ce programme juridico-politique – qui devenait aussi une *forma mentis* et donc un élément psychologique du juriste en tant que tel – était l'idée que l'expérience devait se confier à la science (du droit) pour réaliser « son édification »⁴⁵. C'est à travers ce puissant moyen de la *Scientia Juris* entendue comme *interpretatio* que la *jurisdictio* devient le formidable instrument de la construction de la primauté sociale et politique des juristes. Cette suprématie est 'codifiée' dans une très claire expression du juriste bolonais Azzone, judicieusement rapportée par Paolo Grossi : « Iuris professores per orbem terrarum [scientia juris] facit solemniter principari »⁴⁶.

Dans l'identification moderne entre politique et droit, entre ordre juridique et loi de l'État, il y a, au contraire, la revanche du politique fondé sur une claire volonté d'anéantissement de la médiation patriarcale de la magistrature. Il y a là la tentative utopiste de construire un autre mode de l'être juriste, de réaliser ainsi une mutation anthropologique de la *forma mentis* des opérateurs du droit. Il y a dans cette opération, culturelle avant que politique, la volonté de réaliser la certitude du droit par une voie

⁴³ J'emprunte évidemment ici l'expression à M. OZOUF, *L'homme régénéré. Essai sur la Révolution française*, Gallimard, Paris 1989.

⁴⁴ R. AJELLO, *L'esperienza critica del diritto. Lineamenti storici. I. Le radici medievali dell'attualità*, Jovene, Naples 1999, p. 323-326.

⁴⁵ Selon la formule, à mon avis très pointue, de P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 1995, p. 151-153.

⁴⁶ « [La science du droit] donne solennellement aux juristes la suprématie sur le monde » : P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale, op. cit.*, p. 153 (la citation est tirée de la *Summa Institutionum*, Papiae 1506).

alternative à la garantie métaphysique de la *Scientia Juris* et de l'honnêteté présumée du magistrat.

À l'époque des Lumières radicales (je pense surtout aux deux beaux livres de Margaret Candee Jacob⁴⁷ et de Jonathan Israel⁴⁸), et notamment durant la période révolutionnaire, il est bien certain que cette opération obtint des succès. Toutefois, même dans ces vicissitudes si cruciales pour leur identité et décisives pour l'entière expérience juridique occidentale, les magistrats ont réussi à s'en sortir tout de même, démontrant que l'on peut bien dire à propos de la médiation patriarcale ce que Martin Heidegger disait pour la métaphysique : on ne peut point se débarrasser d'elle comme l'on boit un verre d'eau !

IV - L'État absolu : création de l'esprit féminin des juristes ou signe viril de la revanche du Politique-Souverain ?

Cette persistance à travers le parcours historique de l'Occident médiéval, moderne et contemporain du pouvoir juridictionnel entendu comme pouvoir politique occulte, nous conduit à concevoir l'image du pouvoir judiciaire sous l'aspect d'une femme fatale (et c'est d'ailleurs le leitmotiv de l'iconographie de la justice, souvent représentée précisément comme une femme, parfois aux yeux bandés⁴⁹). En observant de près la *forma mentis* des juristes-magistrats et les effets socio-institutionnels qu'elle produit, on serait tenté de rapprocher cette identité à la structure psychologique féminine, selon l'image qui nous a été transmise par une longue tradition qui dérive du récit biblique.

L'illustration sans doute la plus extraordinaire de cette structure est dans les nombreux tableaux qui représentent l'histoire de Judith et Olopherne (Caravaggio ou Artemisia Gentileschi en sont, certes, parmi les

⁴⁷ M. C. JACOB, *The Radical enlightenment : pantheists, freemasons and republicans*, G. Allen and Unwin, London-Boston-Sydney 1981 (je me suis servi de l'édition italienne : *L'Illuminismo radicale : panteisti, massoni e repubblicani*, Il Mulino, Bologne 1983).

⁴⁸ J. I. ISRAEL, *Radical Enlightenment. Philosophy and the Making of Modernity 1650-1750*, Oxford University Press, Oxford 2001, traduction française par P. HUGUES, C. NORDMANN et J. ROSANVALLON, *Les Lumières radicales. La philosophie, Spinoza et la naissance de la modernité 1650-1750*, Édition Amsterdam, Paris 2005.

⁴⁹ Pour la première image, cf. A. PROSPERI, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Einaudi, Torino 2008 ; pour la deuxième, voir la fresque de Paul Gervais intitulé *La Loi, la Justice, la Vérité*, située dans la Salle des Illustres de la mairie de Toulouse.

Le gouvernement divisé des juges

plus splendides) ou celle de Samson et Dalila. L'idée de fond que le récit biblique et ces peintures qui l'illustrent nous communiquent est que le vrai pouvoir, le pouvoir ultime est dans l'esprit des femmes, qui suppléent la force physique par un niveau de ruse bien supérieur à celui de l'homme. Dans cette vision traditionnelle, la duperie et la tromperie sont les armes secrètes de femmes cyniques et sans scrupules, mais capables de se faire passer pour des créatures délicates et cajoleuses. La séduction et le désir sont les ingrédients nécessaires à ces sirènes, leurs appâts destinés au mâle. Ce stéréotype sera perpétué dans l'anthropologie du christianisme à travers la vision misogyne des Pères de l'Eglise qui, à partir de saint Augustin, identifient souvent la séduction féminine à l'« astuce du diable », pour induire l'homme, moins impur, lui, au péché⁵⁰.

La femme est toujours celle qui met en œuvre la machination pour circonvenir un homme puissant et fléchir son pouvoir pour atteindre le but qu'elle a, bien gardé, dans son sein. On a beau se méfier, elle réussit dans tous les cas, d'une manière ou d'une autre, à obtenir le résultat qu'elle souhaite. Car elle possède les instruments du pouvoir occulte. Elle reste derrière les coulisses et oriente l'action des protagonistes du jeu dans la direction qu'elle veut. Elle garde à ce propos un considérable degré d'élasticité pour pouvoir changer l'action au dernier moment en l'adaptant à une réalité en permanente évolution. Cette flexibilité lui sert aussi pour éviter toute responsabilité et se conserver toujours, pour ainsi dire, dans un état virginal.

On serait tenté de penser, *ex contrario*, que l'un des fondements de la monarchie absolue est justement la tentative de construire un pouvoir politique fort, masculin, bien visible et si l'on veut même quelque peu phallocratique, qui puisse réaliser cet ouvrage très difficile de contrecarrer le débordement du pouvoir juridictionnel de la magistrature, pouvoir féminin par excellence, et donc occulte par définition. La métaphore du mariage entre le roi et la Couronne et la persistance de la loi salique⁵¹, poutre-mâîtresse de la monarchie absolue, qui interdisait aux femmes l'accès au

⁵⁰ Sur le rapport entre le diable et le sexe féminin, déjà « méchant par sa nature » (selon la célèbre définition du père dominicain Jakob SPRENGER auteur avec Heinrich Institor KRAMER du célèbre traité *Malleus Maleficarum* publié en 1487), dans l'histoire –entre autres religions– du christianisme, cf. A.M. DI NOLA, *Il diavolo*, Newton Compton, Milan 1987, *ad indicem*, et spécialement p. 238 et 250 (édition de 1987).

⁵¹ D. RICHET, *La France moderne: l'esprit des institutions*, Flammarion, Paris 1973 (nouvelle édition 1991), p. 47-50.

trône⁵², peuvent être mieux comprises à la lumière de cette perspective⁵³. L'observation des images du Léviathan et sa surprenante identité avec Hobbes lui-même nous restitue une partie plutôt méconnue de cette réalité. Le Léviathan est représenté comme un très bel homme, un vrai mâle dirait-on, en pleine exhibition de sa force virile⁵⁴.

On peut relever là une impasse logique de notre raisonnement, car on sait que la contribution des juristes et de la pensée juridique à la formation de l'État moderne a été fondamentale⁵⁵, et se justifie –comme l'on a vu plus haut à propos de la nette préférence de Montesquieu pour les monarchies sur les républiques– avec la nécessité d'éliminer la responsabilité des officiers. Si tout le système repose sur la figure du roi et si le roi n'est responsable que devant Dieu à travers sa propre conscience individuelle, on ne pourra jamais attribuer aucune faute au corps des fonctionnaires qui dépendent du monarque lui-même. A moins de vouloir soutenir qu'après plusieurs siècles de pénible construction de leur pouvoir (juridictionnel occulte), les juristes aient voulu faire une action si autodestructive pour eux, nous nous trouvons là face à une évidente contradiction en termes : si l'État monarchique-absolu est le « chef d'œuvre de l'idéologie juridique »⁵⁶, comment alors expliquer qu'il se soit révélé le rempart viril destiné à contrecarrer le pouvoir féminin-occulte de la magistrature ? Voilà une très bonne et difficile question à poser.

⁵² É. VIENNOT, *La France, les femmes et le pouvoir*. 1. *L'invention de la loi salique. V^e-XVI^e siècle*, Perrin, Paris 2006 ; R. E. GIESEY, *Le rôle méconnu de la loi salique. La succession royale, XIV^e-XVI^e siècles*, Les Belles Lettres, Paris 2007.

⁵³ Cf. R. DESCIMON, « Les fonctions de la métaphore du mariage politique du Roi et de la République. France, XV^e-XVIII^e siècles », *Annales E.S.C.*, n° 6, nov.-déc. 1992, p. 1127-1147.

⁵⁴ H. BREDEKAMP, *Stratégies visuelles de Thomas Hobbes. Le Léviathan, archétype de l'État moderne. Illustrations des œuvres et portraits*, Éditions de la Maison de Sciences de l'Homme, Paris 2003.

⁵⁵ Cf., entre autres auteurs, A. PADOA SCHIOPPA, « Il ruolo del diritto nella genesi dello Stato moderno: modelli, strumenti, principi », in AA.VV., *Studi di Storia del Diritto*, Pubblicazioni dell'Istituto di Storia del Diritto Italiano dell'Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, vol. II, Giuffrè, Milan 1999, p. 25-77, puis republié dans *Idem, Italia ed Europa nella storia del diritto*, Il Mulino, Bologne 2003, p. 315-363. Voir aussi le volume collectif, édité par le même auteur, *Justice et législation. Les origines de l'État moderne en Europe, XIII^e-XVIII^e siècle*, PUF, Paris 2000. Moi-même j'ai adhéré à cette position dans mon livre récent F. DI DONATO, *La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, Il Mulino, Bologne 2010, chap. II, p. 103-151.

⁵⁶ Comme j'ai eu l'occasion de soutenir *ibidem*, p. 105.

Le gouvernement divisé des juges

La réponse est naturellement complexe. On peut certainement avoir recours à la théorie des effets pervers, à savoir des conséquences non-intentionnelles des actions politiques. Il y a là aussi, comme dans beaucoup de cas dans l'histoire des phénomènes humains, une *serendipity* qui altère et dénature le but de l'action mise en place pour atteindre à un but déterminé⁵⁷.

Mais il y a aussi un autre aspect à considérer. Il tient à l'essence même de l'esprit féminin du pouvoir occulte en rapport à un pouvoir masculin qu'il entend dominer secrètement par voie de séduction. Du point de vue féminin l'exercice du pouvoir occulte est un signe d'intérêt pour un homme et du coup on peut dire que la nécessité de mettre en place un pouvoir occulte grandit ou s'affaiblit au fur et à mesure de l'augmentation ou de la chute de l'intérêt pour l'objet du désir. La médiation patriarcale de la magistrature s'est développée en France dans le cadre d'une civilisation étatique qui a beaucoup dû à la monarchie absolue. Les juristes français dès le Moyen Âge ont commencé un parcours qui les a portés à s'intégrer progressivement aux structures étatiques et ainsi une véritable métamorphose anthropologique s'est produite en eux. La compréhension de ce parcours, qui créera les conditions de la naissance du *mos gallicus* à partir du XVI^e siècle, est décisive pour cerner les contours de notre problème. En effet, la magistrature française, tout en provenant de la même structure mentale culturelle et psychologique des jurisconsultes traditionnels, a inauguré et déployé une nouvelle saison de l'histoire du droit européen : elle n'a pas fait obstacle à l'esprit des institutions, mais au contraire a été mise dans les conditions de favoriser tous comptes faits la civilisation étatique. Cela n'a pas empêché la dialectique, même acharnée par moment, avec la couronne et l'entourage ministériel, mais tout en restant dans le cadre de la royauté. C'est pour cela qu'en dépit de toutes apparences – comme aurait compris génialement Madame d'Épinay en 1771⁵⁸– la

⁵⁷ Ce phénomène est désormais bien connu dans les sciences sociales : cf. R. K. MERTON et E. BARBER, *The Travels and Adventures of Serendipity. A Study in Sociological Semantics and the Sociology of Science*, Princeton University Press, Princeton 2004.

⁵⁸ Dans une célèbre lettre envoyée à l'abbé Ferdinando Galiani, elle affirmait qu'« il est certain que depuis l'établissement de la monarchie française, cette discussion d'autorité, ou plutôt de pouvoir, existe entre le roi et le parlement. Cette indécision même fait partie de la constitution monarchique; car si on décide la question en faveur du roi, toutes les conséquences qui en résultent le rendent absolument despote. Si on la décide en faveur du Parlement, le roi à peu de chose près, n'a pas plus d'autorité, que le roi d'Angleterre ; ainsi, de manière ou d'autre,

dialectique politico-institutionnelle entre magistrature et couronne était essentielle à la survivance de la monarchie absolue. Partant d'un autre point de vue, le leader de la robe parlementaire, l'avocat Louis-Adrien Le Paige, avait soutenu la même chose, en affirmant que magistrature et monarchie, nées ensemble, ensemble étaient destinées à finir⁵⁹. Prophétie exacte qui allait se réaliser pendant la première phase de la Révolution.

en décidant la question, on change la constitution de l'État » : cf. É. CARCASSONNE, *Montesquieu, op. cit.*, p. 456-457. Pour l'importance de cette position et son rattachement au contexte de la culture politique de son temps, je renvoie à mes livres : F. DI DONATO, *L'ideologia dei robins, op. cit.*, p. 52 ; *Idem, La rinascita dello Stato, op. cit.*, p. 145-146, 228 et 486.

⁵⁹ « Il est impossible –écrit-il– de citer une époque où le Royaume ait existé sans magistrats » : Bibliothèque de la Société de Port-Royal (BPR), Paris, fonds Le Paige, *ms. LP 569=211*. « On sait bien que le Parlement tient à la constitution de l'Etat ; que c'est un corps qui ne meurt point et qui ne peut mourir, parce qu'on ne peut le supprimer ouvertement sans changer la forme du gouvernement; que quels que soient ses membres, il aura toujours les mêmes droits et les mêmes devoirs à remplir tant qu'il subsistera » : BPR, *LP 539=33*, f. 7. Plusieurs pièces justificatives peuvent être données à cet égard : BPR, *LP 580-ter=204* : « Le Parlement [...] est le ministre essentiel [des lois]. Il n'est ministre essentiel qu'autant qu'il l'est par la nature de la monarchie qui constitue son essence... Une économie aussi ancien[n]e q[ue] la monarchie » ; BPR, *LP 539=93 e 94*: la stabilité et la fonction politique du Parlement étaient donc fondée selon Le Paige sur « ces traditions aussi anciennes que l'Etat ». On peut dire que toute l'immense œuvre de Le Paige (les imprimés ainsi que les milliers de manuscrits qui sont conservés dans ses archives privés) visait à démontrer ce principe de simultanéité et par conséquent à prophétiser la « révolution » (c'est exactement celui-ci le mot textuel utilisé à plusieurs reprises par notre avocat : voir à titre d'exemple représentatif le manuscrit BPR, *LP 534=33*) au cas où la monarchie aurait décidé avec un coup de majesté, qui aurait été suicidaire, de supprimer le Parlement, suprême garant de la légalité. L'existence de la magistrature était donc fondée sur « un principe qui marié avec notre histoire fait sentir cette vérité et prouve en même temps combien le Parlement est nécessaire au Souverain. Ce principe consiste en ce dogme historique: que le Parlement est en même temps devenu la Cour du Roy. Par delà naît cette difficulté d'abroger le Parlement sans exciter dans tout le Royaume un bouleversement général, sans mettre une multitude d'officiers dans la nécessité de désobeir aux ordres momentanées du Prince pour ne pas violer le serment qu'ils luy ont prêté et ses loix qui en ordonnent l'exécution, enfin sans changer toute la constitution de l'Etat ce qui est peut-être tout à fait impossible quand on veut l'exécuter sur le champ, quand ce n'est pas à une multitude de causes secondaires qui préparent pendant des siècles ces sortes de Révolutions » : BPR, *LP 42*, cc. 568-569 (11) ; « A quel[l]es suites ne sera-t-on exposés? [...Ces nouveautés] formeront autant de crises ou de révolutions, parce qu'il n'y aura plus pour frein ni loix qui s'y opposent ni tribunal qui les réclame et qui résiste en se sacrifiant pour elles » : BPR, *LP 530=9* ; cfr. L.-A. LE PAIGE, *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement; sur le droit*

Le gouvernement divisé des juges

Et voilà expliqué le paradoxe pour lequel la femelle-magistrature se tient étroitement liée en France (mais on peut dire de même dans tous les monarchies absolues) au mâle-État qui essaye de dominer par le biais des instruments occultes de la juridiction politique.

V - La perpétuation métamorphique de la juridiction politique dans le cadre positiviste

A - L'effritement du légicentrisme et la résurgence de la médiation patriarcale

C'est d'ailleurs à partir de cette nécessité de poser un obstacle (ou tout de même un contrôle) à l'interprétation libre des juristes-magistrats, l'*interpretatio*, que la célèbre expression « juge bouche de la loi » a définitivement changé de signification pendant la période révolutionnaire sur la base des suggestions qui s'étaient développées pendant l'époque des Lumières : de l'idée que la loi n'existe que dans la mesure où un juge en révèle le sens, on passe à l'idée (sardonique par rapport à la précédente) que le juge n'est qu'un simple déclarateur du sens qui est inhérent à la volonté politico-juridique objectivée dans le texte de la loi⁶⁰.

Dans le contexte et le langage des robins de l'Ancien Régime, définir le magistrat avec la métaphore « bouche de la loi » signifiait plutôt le considérer comme « bouche de Dieu », car la loi était considérée comme expression de la *Voluntas*, voire le *Verbum*, de Dieu⁶¹. C'était précisément la tâche confiée au magistrat, seul interprète autorisé à tirer le sens de la loi à travers l'instrument ésotérique de la *Scientia Juris*. Du coup le magistrat ne portait pas la responsabilité de son action. C'était Dieu lui-même qui parlait à travers les *sacerdotes juris*. Pour le juriste de l'Ancien Régime, la magistrature est à proprement parler un « sacerdoce civil » et

des Pairs, et sur les loix fondamentales du Royaume, 2 vol., aux dépens de la Compagnie, Amsterdam [mais Paris] t. I, 1753; t. II, 1754 (= BNF, LD-4. 2563 ; BPR, LP 534=29 e LP 2133-2135); *Id.*, *Principes sur le gouvernement monarchique*, chez Jean Nourse, Londres [mais Paris] 1755. Sur toute cette problématique, tout-à-fait centrale dans la compréhension de l'idéologie de robe, je renvoie à F. DI DONATO, *L'ideologia dei robins*, cit., p. 333-4, 343 e 347-50 ; *Idem*, *La rinascita dello Stato*, cit., p. 114.

⁶⁰ Voir plus haut, note 5.

⁶¹ Je renvoie pour l'approfondissement de ce point à mon livre : F. DI DONATO, *L'ideologia dei robins*, op. cit., p. 93-105 (chap. I, § 9 : « Les magistrats bouches de Dieu »).

« l'administration de la justice est un de ces prodiges de politique, qui peint le plus vivement à nos yeux la divinité »⁶².

Le droit moderne se charge justement de démanteler cette sacralisation juridique, inhérente à la médiation patriarcale. Et ce n'est pas par hasard qu'au procès de désacralisation de la monarchie légitimée par le droit divin⁶³ correspond le processus de sécularisation juridique, qui réalise le passage du droit de Dieu au droit de l'homme⁶⁴.

Toutefois il faut bien souligner le fait incontestable que l'« invention » du droit positif culminant dans la codification, d'abord du droit public et ensuite du droit privé, même dans les contextes où elle a le mieux réussi – et la France est sans aucun doute l'exemple le plus représentatif à ce propos⁶⁵ – n'a pas éliminé (mais peut-être seulement atténué) la double nature de la juridiction : « dire le droit » signifie pendant tout l'Âge moderne et encore aujourd'hui, à la fois tantôt décider sur une cause particulière tantôt exercer un certain poids sur l'action politique de ceux qui ont la responsabilité des choix de gouvernement (l'Italie de nos jours est à cet égard un 'laboratoire' très intéressant !). Il faut bien admettre en outre que la problématique des rapports entre le droit et le sacré est bien loin d'être complètement éteinte aujourd'hui⁶⁶. Sans compter – comme l'a écrit dans une synthèse admirable Jacques Krynen – que la « montée en puissance, en autorité, en responsabilité » du rôle de la magistrature dans le monde entier fait que la justice, *nolens volens*, soit chargée « d'une fonction de nature politique, puisque sur elle repose, en dernier ressort, la sauvegarde de l'État de droit et, plus que jamais, le maintien des valeurs »⁶⁷. La crise du légicentrisme qui

⁶² L.-A. LE PAIGE, *Lettre apologétique, critique et politique sur l'Affaire du Parlement*, s. l. [Paris] 1754 (= Bibliothèque de la Société de Port-Royal, *Lett.* 329), p. 99.

⁶³ Cf. J. W. MERRICK, *The Desacralization of the Monarchy in the Eighteenth Century*, Louisiana State University Press, Baton Rouge and London 1990.

⁶⁴ Cf. M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Du droit de Dieu au droit de l'Homme*, PUF (coll. « Leviathan »), Paris 2003.

⁶⁵ Cf. M. TROPER et L. JAUME (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, « Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de science politique », 2-4 mars 1989, Paris, LGDJ-Bruylant, 1994.

⁶⁶ Voir à cet égard plusieurs essais rassemblés par le soin de J.-L. THIREAU, *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, PUF, Paris 1997 ; et aussi l'ouvrage de P. CHIAPPINI, *Le droit et le sacré*, Dalloz, Paris 2006.

⁶⁷ J. KRYNEN, « Position du problème et actualité de la question », dans J. KRYNEN et J. RAIBAUT (dir.), *La légitimité des juges*, « Actes du colloque des 29-30 octobre 2003 – Université de Toulouse I », Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse 2004, p. 19-24 : 22.

Le gouvernement divisé des juges

« craque aujourd’hui de toutes parts » n’y est pas pour rien ; et ainsi « le juge se fait législateur »⁶⁸, car il est et il se sent « en première ligne pour faire face aux défis que soulèvent des changements sociaux de plus en plus rapides »⁶⁹. Voilà la raison pour laquelle aujourd’hui comme hier « les juges se voient [encore] volontiers en diseurs de droit, et dans tous les ordres juridictionnels, prétendent jouer un rôle de plus en plus actif et autonome dans la production des normes » avec une ouverture sur une « aspiration à une nouvelle légitimité fonctionnelle au nom de la défense de l’intérêt général »⁷⁰.

Tout cela, il faut bien l’admettre, ouvre « une époque où le droit ne se confond plus avec la loi », et par conséquent on ne doit pas être surpris si le pouvoir juridictionnel acquiert de nouveau, comme dans *l’ordo juris* de l’Ancien Régime, « des qualités qui lui permettent de rivaliser avec la loi »⁷¹. A l’époque de la *soft-law*, des droits subsidiaires, des normes-principes, à quoi s’attendre sinon à un élan spectaculaire de la fonction juridictionnelle ? Or cette vieille-nouvelle et belle condition comporte par elle-même « le risque d’une cléricatisation de la justice »⁷². Plus qu’un risque c’est plutôt une certitude, car c’est un déjà-vu et pas « un fantasme d’historien »⁷³. Faut-il rappeler alors que lorsqu’il y a des clercs on doit s’attendre tôt ou tard aussi à leur trahison⁷⁴ ? Il n’est pas inutile non plus de relancer le fameux

⁶⁸ J. POUMAREDE, « Faut-il élire les juges ? », dans le volume *La légitimité des juges*, *op. cit.*, p. 213-224 : 223.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 224.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 223.

⁷¹ J. KRYNEN, « Position du problème », *op. cit.*, p. 22.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Il faut aussi considérer que la confiance dans la « bonne foi » des juges (ou tout de même de leur large majorité) peut se justifier dans un contexte, comme le français, caractérisé par une structure étatique solide et qui a de son côté une forte tradition de confiance sociale : cf. A. PEYREFITTE, *La société de confiance. Essai sur les origines du développement*, Odile Jacob, Paris 1995 ; D. GAMBETTA (dir.), *Trust. Making and Breaking Cooperative Relations*, Basil Blackwell, Oxford 1988 ; L. RONIGER, *La fiducia nelle società moderne. Un approccio comparativo*, Rubbettino, Soveria Mannelli 1992 (traduction italienne d’un texte anglais inédit : *Towards a Comparative Sociology of Trust in Modern Societies*). Beaucoup plus problématique, semble-t-il, serait transposer *sic et simpliciter* cette disposition psychologique dans un contexte (par exemple l’italien) où il manque presque complètement ce substrat social et juridico-institutionnel et où la mentalité légale est assez peu introjectée. Or, si même le contexte étatique le plus solide (par exemple le français) se clive (et nous voyons là malheureusement se réaliser la prophétie de E.M. Cioran, snobé à son époque par les bien-pensants et traité de visionnaire), il est

vers (VI, 247) des *Satires* de Juvenal dans lequel il est contenu l'un des plus aigus et profonds paradoxes de l'histoire du droit toute entière : « *Quis custodiet ipsos custodes ?* »⁷⁵.

Est-ce qu'il est alors vraiment convenable de remettre le destin social dans les mains d'un groupe restreint de super-technocrates du droit (ou de l'économie d'ailleurs : la logique de fond ne change guère) et de leur confier « un rôle essentiel [...] dans la production [même] d'un *ius commune* pour le XXI^e siècle »⁷⁶ ? L'expérience occidentale ne nous montre pas par hasard qu'il vaut mieux au contraire accepter l'« harmonie des dissonances » sociales et gouverner l'évolution socio-culturelle à travers une action gouvernementale raisonnable et sage, mais unitaire dans le partage de valeurs communes que la souveraineté politique se charge d'incarner et représenter⁷⁷ ? Sans compter que la mentalité –ou si l'on veut l'idéologie juridique– n'a pas donné une bonne preuve de la capacité de gestion efficace d'une organisation structurelle complexe comme l'État contemporain⁷⁸. Et l'on comprend aisément le pourquoi : le pouvoir du juriste-interprète se nourrit de l'émiettement normatif et de la multiplication des niveaux de production des sources du droit. Plus ses sources et ces niveaux sont nombreux et plus la nécessité de leur coordination à travers la médiation interprétative augmente. Le pluralisme normatif pose d'emblée des problèmes de certitude du droit et dans la pulvérisation des sources de production l'ampleur discrétionnaire de l'interprète devient sans limites. Une situation pareille engendre sans cesse des conflits et multiplie

évident qu'il va se produire parallèlement une rapide débâcle des mécanismes de la confiance collective et que cet effritement va comporter presque d'emblée une suppléance politique de la part de la juridiction. Qui sinon les juges pourrait être appelé à combler le vide laissé par la disparition ou du moins par la réduction du pouvoir politique ? L'histoire n'est pas censé se répéter deux fois de la même manière ; mais le risque que la médiation patriarcale des pontifes du droit puisse resurgir (qu'importe si sous forme de nouveaux spectres ?) est là, et il ne faut pas se le cacher.

⁷⁵ M. TROPER, « Le bon usage des spectres », *op. cit.*, p. 239, reprend et discute très pertinemment la question à partir justement de cette perspective. Sur ce sujet, cf. le beau volume *Juger le juges. Du Moyen Âge au Conseil Supérieur de la magistrature*, AFHJ, La Documentation française (collection « Histoire de la Justice »), Paris 2000.

⁷⁶ J. POUMAREDE, « Faut-il élire les juges ? », *op. cit.*, p. 224.

⁷⁷ Cf. S. MAFFETTONE, *Valori comuni*, Il Saggiatore, Milan 1989.

⁷⁸ Que l'on observe les résultats affreux dans le (désespéré) cas italien : cf. P. PELLIZZETTI et G. VETRITTO, *Italia disorganizzata. Incapaci cronici in un mondo complesso*, Dedalo, Bari 2006.

Le gouvernement divisé des juges

l'acharnement social. Cela alimente la juridiction et avec elle le pouvoir interprétatif des interprètes autorisés⁷⁹. C'est le classique cercle vicieux...

Aussi bien dans l'ancien droit que dans le cadre juspositiviste –et peut-être pour certains aspects même grâce à lui– les juristes-magistrats-interprètes trouvent les bons et subtils arguments pour justifier et légitimer leur désinvolte liberté dans le traitement des textes de loi. Ainsi ont-ils réussi désormais à rendre quasiment pacifique l'idée que « l'interprétation de normes préétablies ne peut se limiter à une application purement passive de règles générales et abstraites à des cas particuliers. Elle suppose toujours une part d'innovation, non seulement des solutions ponctuelles, mais aussi, souvent, d'interprétation des textes conduisant à des règles nouvelles qui, à force de se répéter, par ralliements ou par l'autorité reconnue à des « précédents », deviennent progressivement de véritables normes. Le juge s'érige alors en une sorte de rival du législateur »⁸⁰.

Ainsi la résurgence de la médiation patriarcale dans l'État contemporain rend la réponse à la (très bonne) question posée par Krynen sans alternative : « Devenus [à nouveau] interprètes autonomes d'un droit de

⁷⁹ C'est pour cette raison que j'ai quelques perplexités à suivre entièrement l'idée selon laquelle ce serait « l'idéologie partagée de la majorité des juges dans les États occidentaux » pousser les juges à exercer « avec grande modération » leur pouvoir discrétionnaire : cf. M. TROPER, *Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ?* dans *Idem, Pour une théorie juridique de l'État, op. cit.* (dans l'édition italienne que j'ai consulté, p. 119). Peut-être un peu trop conditionné par ma vision d'historien et par ma nationalité italienne, je reste toutefois assez méfiant envers l'idée qu'il y ait des contraintes capables d'imposer aux magistrats une réelle modération dans l'usage de leur pouvoir. Que l'idéologie juridique soit elle-même le rempart qui empêche les juges d'« utiliser 'à fond' leur pouvoir » et qui rend ardu de faire prévaloir dans les jugements leur valeurs et leur vision personnelle du monde me semble bien difficile à croire. Le positivisme des juges me paraît en effet un pseudo-positivisme qui joue plutôt le rôle d'un écran qui sert à masquer et blinder leur *ybris* tendanciellement effrénée. Il est notoire, comme M. Troper lui-même l'affirme avec la plus grande clarté, que les juges « dissimulent leur pouvoir » de manière à ce que leurs décisions « paraissent imputables non à eux-mêmes et à leur volonté, mais à la volonté d'une autorité supérieure ou au droit objectif » (*ibidem*, p. 117). De ce point de vue, la liberté de l'interprète est totale malgré que des contraintes soient objectivement existantes : cf. M. Troper, « La liberté de l'interprète », dans *L'office du juge*, « Actes du Colloque organisé par le Professeur Gilles Darcy, le Doyen Véronique Labrot et Mathieu Doat », Paris 29 et 30 septembre 2006, Sénat, Palais du Luxembourg, Paris s.d. [ISBN : 978-2-11-126648-3 ; ISSN 1249-4356] ; ce volume contient plusieurs essais intéressants le thème abordé ici.

⁸⁰ J.-L. BERGEL, « Introduction générale » à *L'office du juge, op. cit.* dans la note précédente, p. 12.

plus en plus protéiforme, devenus aussi pourvoyeurs de normes individuelles et collectives, les magistrats ne risquent-ils pas de se présenter ou d'être perçus au XXI^e siècle tels des prêtres de la justice, comme se considéraient eux-mêmes ceux de l'Ancien Régime ? »⁸¹.

Cette situation s'est compliquée avec l'avènement et l'expansion des démocraties, car, en bref, dans le contexte démocratique la formation de la règle de droit n'est plus seulement un acte de volonté, mais bien évidemment aussi un acte de responsabilité⁸². On peut penser que cela aussi dérive du tournant révolutionnaire, la Révolution ayant été moins une question d'affirmation du principe d'égalité que du principe de la transparence dans l'exercice du pouvoir et par conséquent de l'urgence du contrôle et de l'affirmation de la responsabilité par rapport à l'exercice de toute fonction publique⁸³.

B - La surenchère démocratique du pouvoir politique

En effet, la modalité électorale du choix de ceux qui ont la responsabilité de gouverner provoque une sorte de surenchère naturelle des pouvoirs politiques vis-à-vis de la juridiction. Les juges n'étant pas électifs, le pouvoir gouvernemental a beau jeu d'affirmer qu'ils se trouvent désormais dans une position d'infériorité quant à leur légitimation consensuelle. Comme il arrivait dans l'Ancien Régime pour les gravures satyriques commandées par le milieu parlementaire contre la couronne et l'entourage ministériel⁸⁴, la

⁸¹ J. KRYNEN, « Position du problème », *op. cit.*, p. 22.

⁸² Pour la théorie de la décision juridictionnelle comme acte de volonté et pas de connaissance, voir les ouvrages de M. TROPER cités plus haut, note 6 et notamment l'essai intitulé « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? » dans *Idem, Pour une théorie juridique de l'État, op. cit.* (édition italienne, p. 114).

⁸³ Je renvoie, pour le développement de cette idée, critique des thèses égalitaristes (comme celle soutenue par exemple par Maurizio Fioravanti, l'un des disciples parmi les plus connus de Paolo Grossi) à mes écrits : F. DI DONATO, *La rinascita dello Stato, op. cit.*, p. 401-413 ; *Idem, La costituzione fuori del suo tempo, op. cit.*, p. 902-920.

⁸⁴ Cf. P. WACHENHEIM, « L'image de Louis XV à travers l'estampe séditieuse et satirique », dans « Annales du Centre Ledoux », t. II : *Imaginaire et métier artistique à Paris sous l'Ancien Régime*, édité par le soins de D. RABREAU, Paris-Bordeaux 1998, p. 87-102 ; *Idem*, « L'iconographie polémique des parlementaires sous le règne de Louis XV », in « *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science juridique*, nn. 25-26, 2005-2006, p. 7-70. La grande thèse de cet auteur, sous le titre *Art et politique, langage pictural et sédition dans l'estampe sous le règne de Louis XV*, thèse en 2 volumes soutenue sous la direction de Daniel

Le gouvernement divisé des juges

stratégie actuelle de la magistrature pour combler ce vide dans le consensus populaire vise à activer les circuits avec la (vidéo-)presse et par ce biais à établir un contact direct et populiste avec l'opinion publique, souvent galvanisée par des jugements moraux très vite diffusés (on fera remarquer en passant qu'il s'agit une fois de plus d'une forme de liaison « médiatique » renouvelée).

On peut entrevoir là une ligne de partage des eaux tracée à l'intérieur de la magistrature entre ceux qui, se tenant en-deçà de la scène des juges médiatisés, ne parlent qu'à travers leurs arrêts dont l'écho s'arrête dans les quatre parois du Palais et ceux qui, au contraire, utilisent la fonction juridictionnelle (souvent la fonction d'enquête) pour monter sur la scène médiatique et –comme il arrive de plus en plus– de faire le grand saut dans la compétition politique tout court, tirant profit de la notoriété acquise grâce au « travail » des juges de choc⁸⁵.

Mais, au-delà de ces distinctions, dans leur ensemble les juges résistent (célèbre est la phrase du procureur général de Milan, Francesco Saverio Borrelli, à l'époque du pool *mani pulite* « résister, résister, résister ! ») dans la défense à outrance de leur identité qui est en même temps le triomphe de l'ambiguïté. *Mani pulite* s'est surtout *mani libere* : les juges ne veulent pas être liés par des contraintes⁸⁶. Ils pensent toujours leur légitimation en fonction

RABREAU, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, UFR d'Histoire de l'art et d'archéologie, 2004, malheureusement attend encore sa publication.

⁸⁵ Le cas du juge Antonio Di Pietro (et d'autres parmi ses collègues du groupe milanais connu comme « mani pulite ») est trop notoire pour être rappelé ici à côté d'autres cas plus récents, comme celui de l'actuel maire de la ville de Naples, Luigi De Magistris, ancien magistrat du parquet et chargé d'enquêtes, qui ont occupé la scène médiatique pour longtemps, contribuant à créer les personnages-juges. Mais il y a des cas moins connus, mais encore plus graves pour les conséquences qu'ils peuvent engendrer sur le rapport correct entre fonction juridictionnelle et fonction politique dans un État démocratique : un magistrat du parquet dans le département de Bari dans les Pouilles a laissé de but en blanc ses fonctions d'enquêteur, démissionnant de la magistrature pendant qu'il conduisait l'instruction d'un dossier particulièrement délicat sur la corruption politique, pour se présenter en même temps aux élections régionales : il a bien sûr utilisé toutes les informations strictement réservées qu'il connaissait par le biais de son office dans la campagne électorale pour frapper fort sur ses adversaires politiques et les couvrir de honte, démolissant leur réputation bien avant qu'on arrive à prononcer un arrêt définitif de condamnation envers eux.

⁸⁶ C'est bien cette analyse historiquement prouvée qui me fait nourrir quelques perplexités vis-à-vis des arguments, par ailleurs très subtils et raffinés, élaborés par M. TROPER, « Le bon usage des spectres », *op. cit.*, p. 245, qui souligne le poids des contraintes objectives –notamment « la hiérarchie des juridictions » et « la

de leur savoir et pas en fonction d'un service à rendre aux citoyens. Ils se sentent moins fonctionnaires de l'État que corps inspiré par une force supérieure. Leur structure psychologique profonde et inavouée reste encore le fondement métaphysique et dans une certaine mesure religieux de la technique juridique, au fond de la *Scientia Juris*. Bien plus qu'une simple application normative, déterminée par la comparaison entre un fait et une valeur, leur jugement est encore perçu et vécu –avant tout par eux-mêmes– comme un arbitrage sapiential appuyé sur « une bénédiction divine »⁸⁷.

Ainsi on peut conclure que la magistrature judiciaire est encore divisée – comme l'a écrit très exactement Alain Bancaud– « entre politique et sacerdoce »⁸⁸. L'analyse des structures mentales et culturelles des magistrats contemporains confirme qu'ils sont le plus souvent les parfaits héritiers de leurs ancêtres et que –comme la recherche prosopographique de Pierre Bourdieu, dans un livre que trop souvent les juristes snobent, l'a très bien démontré– ils sont souvent la simple reproduction familiale et onomastique de leurs pères, grand-pères et ancêtres selon un mécanisme d'auto-reproduction bien connu et bien expérimenté⁸⁹.

nécessité de la motivation»– sur l'activité des magistrats, ce qui serait censé empêcher ou limiter le risque de gouvernement des juges. Je ne peux pas oublier la limpide et persuasive démonstration de F. LEONARDI, *Il cittadino e la giustizia*, Marsilio, Padoue 1968, qui étudia l'inversion de l'argumentation juridique dans la motivation d'un acte juridictionnel (le juge décide préalablement sur la base de ses convictions personnelles et seulement *après* avoir conçu sa décision s'attèle à trouver dans le droit en vigueur la motivation qui lui semble la plus adéquate). Il faut ajouter que dans un moment comme le nôtre, caractérisé par la polysémie normative et la pluralité toujours plus fragmentée des ordres juridiques, cette pratique redonne vigueur, bien que cela puisse paraître invraisemblable dans un contexte positiviste, au brocard d'Azzone qui, avec la typique morgue vantarde du jurisconsulte qui se sentait sûr de soi et maître du monde, affirmait sans vergogne que « omnia in corpore iuris inveniuntur » (« dans le corps du droit tout peut être retrouvé »). En d'autres termes, nous risquons de reproduire une idéologie du jurisconsulte fondée sur l'idée que le droit est tellement infini (et chaotique) que l'on peut tirer de ce *mare magnum* de l'ordre (ou plus correctement du désordre) juridique n'importe quelle norme pour justifier la décision qu'un jurisconsulte a l'intention d'assumer. Il me semble que nous nous trouvons là face à des conditions qui sont tout sauf que le résultat souhaité par le système du droit positif !

⁸⁷ A. BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce*, *op. cit.*, p. 285.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ P. BOURDIEU, *La noblesse d'État*, *op. cit.* Selon BANCAUD, *op. cit.*, p. 21, la « prédisposition à l'hérédité professionnelle » des magistrats « s'explique moins par le népotisme que par le fait que le corps judiciaire a fondé son autonomie sur la

Le gouvernement divisé des juges

Ambiguïté on a dit. La capacité des magistrats de se retirer au moment opportun dans « la prudence technicienne », de réaliser la « souplesse dans la rigueur », d'arriver à déterminer la « diversité dans l'unité », la « conciliation malheureuse et la fuite sacerdotale », permet à la magistrature de s'adapter presque à toutes les saisons politiques avec une surprenante « adhésion loyale à tous les régimes »⁹⁰. Ainsi elle survit aux tempêtes de tout changement politique et à chaque fois est à même de relancer ses atouts avec une systématique œuvre de récupération⁹¹. Tout cet équipement culturel et axiologique fait que la magistrature ait absorbé –dès le Moyen Âge– dans son essence biologique la structure mentale de l'Église, ce qui permet à l'une et à l'autre de gérer sagement « le changement dans la continuité »⁹².

C - Les séquelles de la pensée magique dans la juridiction positiviste

L'une des preuves auto-évidentes de la permanence de ce caractère métaphysique sous-jacent à la surface positiviste se trouve là où on ne la devinerait jamais. Voici ce que M. Michel Dobkine, le directeur de l'ENM déclarait à 250 nouveaux auditeurs judiciaires dans son discours d'ouverture le 30 janvier 2006 : « La technique vous devrez la maîtriser. [...] Mais] l'être du juge relève aussi du for intérieur » et dans la fonction juridictionnelle il y a encore « un résidu de la pensée magique »⁹³. Lui a fait écho un responsable de l'École : « Ne vous faites pas d'illusion, dit-il, le port de la robe ne vous protégera pas. Elle vous exposera. Il faut que vous soyez un peu blindé ».

Que la fonction judiciaire soit, depuis toujours, blindée c'est-à-dire protégée par le strict secret, voilà qui est notoire aux historiens du droit qui ne veulent pas être des hagiographes des *idola fori*. L'imposition du secret sur tous les actes de juridiction a toujours été –dès l'époque de Philippe Le Bel– l'une des revendications les plus senties et réclamées des hommes de

spécificité d'un savoir-faire, d'un art, qui échappe à l'objectivation et auquel on s'initie de manière privilégiée par l'exemple familial ».

⁹⁰ J'emprunte toutes ces expressions, très appropriées, à A. BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire, op. cit.*, p. 180, 189, 225, 268, 274.

⁹¹ Voir plus haut, texte correspondant à la note 40.

⁹² A. BANCAUD, *La haute magistrature judiciaire, op. cit.*, p. 111-119. Il y a une phrase très incisive de Portalis, citée par BANCAUD (p. 111), qui illustre parfaitement cet oxymoron conceptuel : « Il faut changer –dit le père du code civil–, quand la plus funeste de toutes les innovations serait, pour ainsi dire, de ne pas innover ».

⁹³ Compte rendu dans *Le Monde* du 2 février 2006, p. 3.

robe⁹⁴. La force politique de la magistrature comme « grand corps de l'État » (pour reprendre l'heureuse expression de Françoise Autrand⁹⁵) commence justement quand le Parlement obtient du roi ce privilège de pouvoir opposer le secret à quiconque. Dès lors commencera un cheminement qui se terminera avec un paradoxe suprême : l'opposition du secret au roi lui-même. Au XVIII^e siècle un grand magistrat italien, Niccolò Fraggianni, l'un des *togati*, les hommes de robe, parmi les plus influents du royaume de Naples, pouvait écrire sans crainte : « Arduum nimis est Principes meruisse secretum »⁹⁶.

Dès lors la magistrature a continué à accumuler son pouvoir de façon strictement entrelacé aux *arcana juris*. Ces derniers, en dépit des idéaux révolutionnaires et positivistes, sont devenus de plus en plus le fondement théorique et pratique de l'action des juges contemporains. Qu'il s'agisse de la jurisprudence du magistrat singulier ou de la politique institutionnelle menée par le corps judiciaire dans son entier, toujours la défense des *arcana juris* et des instruments particuliers de la *forma mentis* juridique a été centrale dans l'action de la magistrature.

Il est impressionnant de constater combien depuis deux siècles le langage revendicatif et protestataire des juges n'a pas changé, au point que, si l'on met en regard deux déclarations provenant de deux magistrats protagonistes de la lutte contre le pouvoir politique, à l'époque de Louis XV et aujourd'hui, on aurait du mal à les distinguer, si aucune des deux n'était signée. Un exemple ? Le voici : « Les magistrats revendiquent le droit de discuter les lois » et notamment celles qui sont en train d'être approuvées. Si la mauvaise qualité de ces lois n'arrive pas à produire des « effets négatifs », c'est grâce uniquement aux « interprétations des juges ». Qui parle comme cela ? un La Roche-Flavin ? un Bertaut de Fréauville ? un abbé Pucelle ? un Carré de Montgeron ? un Louis-Adrien Le Paige ? Ils auraient bien pu ! Personne ne se serait étonné devant une citation pareille dans un livre d'histoire sur l'un des acteurs du combat parlementaire au XVII^e ou XVIII^e siècle. Eh bien, elle ne l'est pas du tout ; elle est sortie de la bouche du

⁹⁴ Cf. T. SAUVEL, « Histoire du jugement motivé », dans *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, année LXI, LGDJ, Paris 1955, p. 5-53.

⁹⁵ F. AUTRAND, *Naissance d'un grand corps de l'État. Les gens du Parlement de Paris 1345-1454*, Publications de la Sorbonne, Paris 1981.

⁹⁶ Bibliothèque Nationale de Naples, *Promptuarium excerptorum*, ms. I.D.58, c. 139r; cf. F. DI DONATO, *Esperienza e ideologia ministeriale*, op. cit., t. I, p. 482.

Le gouvernement divisé des juges

président de l'ANM (Association nationale des magistrats italiens) le 4 janvier 2003⁹⁷ !

Certes, aujourd'hui la question est devenue un peu plus complexe. Il ne faut ni négliger ni sous-estimer l'argument –qui a l'air de mettre en échec le savoir et la méthode historique tout-court, notamment celle qui se fonde sur la longue durée– de ceux qui soulignent la profonde différence qu'il y a entre le système juridico-politique actuel et celui dans lequel la médiation patriarcale de la magistrature avait le champ libre. Il est évident que l'on ne pourrait pas ignorer les différences, même profondes, qu'il y a entre notre système et celui de l'Ancien Régime ni le fait incontestable que l'ordre juridique positiviste pose à l'activité des juges des limites et des bornes qui étaient impensables dans l'ancien *ordo juris*.

Même des publicistes et théoriciens du droit très ouverts aux contributions de l'histoire, dont Michel Troper est l'exemple plus représentatif actuel, insistent beaucoup sur cette distance entre les deux mondes, distance qu'il est nécessaire de sauvegarder si l'on ne veut pas risquer de compromettre les multiples avantages offerts par le système du droit positif et faire un saut en arrière vers un monde juridique sans garantie et sans contrôle⁹⁸. Ne pas opérer une correcte et objective distinction entre différentes réalités historiques ne sert pas à clarifier les choses, au contraire les complique, confond les idées et rend terne l'objet de la réflexion. La tâche principale de l'historiographie est –comme l'affirmait Pasquale Villari, un grand historien italien du XIX^e siècle– de clarifier le passé pour mieux nous faire connaître le présent, car à l'histoire nous ne demandons autre chose qu'elle nous explique la vie⁹⁹. Et il est évident que cette opération intellectuelle demande préalablement d'effectuer toujours la distinction entre le plan du passé et celui du présent pour éviter toute sorte d'anachronisme.

Cette position méthodologique pousse toutefois dans notre cas de figure à évaluer comme très faible ou carrément inexistant le risque d'un « gouvernement des juges » dans les États constitutionnels et démocratiques

⁹⁷ Compte rendu dans *Corriere della Sera*, 5 janv. 2003, p. 4.

⁹⁸ Voir à cet égard M. TROPER, *La storia delle istituzioni e la teoria del diritto*, essai de préface à mon livre *La rinascita dello Stato*, *op. cit.*, p. 11-19.

⁹⁹ Cité par R. AJELLO, *Eredità medievali*, *op. cit.*, p. 69. Il lui faisait écho Gaetano Salvemini, autre éminent maître de la recherche historique soutenant que dans le domaine de l'histoire « toute recherche vise à résoudre le problème fondamental de savoir de quelle façon une situation présente déterminée est arrivée à être telle qu'elle est ; on arrive ainsi à une certaine clarté, à savoir à l'intégrité morale de l'esprit » (*ibidem*, p. XI).

actuels, s'appuyant sur l'incommensurable diversité qu'il y a *ictu oculi* entre le système ontologique de l'*ordo juris* et le système contemporain du droit positif. Au même temps on craint le système électif des juges car ce serait l'argument décisif pour légitimer ouvertement le débordement politique de la juridiction¹⁰⁰. Donner aux juges aussi la légitimation consensuelle par élection voudrait dire légitimer le déchaînement des *arcana juris* sans plus aucune contrainte valide, en un mot la tyrannie absolue de l'appareil judiciaire sans que l'on puisse ériger aucun contre-pouvoir efficace.

VI - Conclusion. Un choix décisif pour notre époque : perfectionnement de la démocratie juridique ou retour à la médiation techno-patriarcale ?

Voilà le carrefour face auquel nous nous trouvons aujourd'hui. Il serait bien dommage à ce propos de tourner le dos à l'expérience que l'observation de l'histoire nous peut apprendre. Sans pour autant retomber dans le vieux et désormais non-crédible *historia magistra vitae*, qui est le slogan de l'idéalisme d'antan, une culture politique raisonnable et sage ne saurait tout de même pas se passer de considérer ce que l'observation critique du passé nous apprend.

Ainsi nous connaissons très bien les effets et les conséquences d'une société gouvernée par l'appareil judiciaire ou du moins dans laquelle le pouvoir des juges a un poids considérable sur les affaires politiques ou qui sont susceptibles de produire des effets sociaux, institutionnels, économiques et, *lato sensu*, culturels. Nous savons par cœur ce qu'il arrive dans un contexte dominé par les *arcana juris* et par la médiation patriarcale. Nous n'avons point d'alibis. Si nous choisissons la voie des juristes-interprètes comme pivots de l'ordre social et politique, nous savons dès le début à quoi nous sommes en train de nous vouer. Rien n'empêche de faire le choix. Mais nous ne pouvons pas ignorer quelles seront les conséquences de ce choix. La médiation patriarcale est incompatible avec la démocratie en n'importe quelle forme. Elle est incompatible aussi avec la rationalité économique visant une répartition des ressources fondée sur l'efficacité des résultats. Le fait que ces valeurs ne soient pas encore pleinement réalisées ne nous autorise pas, me semble-t-il, à suspendre notre cheminement vers la réalisation de la démocratie juridique. Bien au contraire nous devons

¹⁰⁰ M. TROPER, « Existe-t-il un danger de gouvernement des juges ? », *op. cit.*, p. 329-346 ; *Idem*, « Le bon usage des spectres », *op. cit.* En sens contraire, cf. J. KRYNEN (sous la direction de), *L'élection des juges. Étude historique française et contemporaine*, Puf, Paris 1999.

Le gouvernement divisé des juges

prendre conscience –et le correct usage de l’histoire peut nous aider à cet égard– de l’augmentation des périls pour mieux pouvoir réagir contre eux.

Plusieurs auteurs provenant de différents contextes politiques – américains¹⁰¹, ou italiens¹⁰², ou français¹⁰³– constatent que le pouvoir des juges est en expansion et qu’il y a –notamment mais pas uniquement dans le pouvoir souvent débordant et incontrôlé des juges constitutionnels– un risque que ce pouvoir finisse par se substituer de fait à celui des élus, en s’insinuant dans les vides et les blocages de l’activité gouvernementale, toujours plus souvent paralysée par les *veto* croisés des forces politiques (ou des factions, toujours plus minuscules, à l’intérieur des partis : il y a là le phénomène inquiétant de l’émiettement des forces représentatives dans les sociétés occidentales). Le problème que les nouvelles formes des *arcana juris* posent ici est donc celui de la démocratie juridique ou autrement dit de la compatibilité d’un pouvoir judiciaire soustrait à tout contrôle avec les procédures de transparence indispensables à l’existence et au développement de la démocratie dans les États contemporains¹⁰⁴.

L’expérience historique du combat permanent entre magistrature et pouvoir souverain¹⁰⁵ nous montre que l’aspiration politique des juges est intrinsèque à la nature de la juridiction. Ce n’est pas une question de contingences particulières. La question est structurelle et concerne l’essence organisatrice de l’État de droit telle qu’elle a été conçue en Europe

¹⁰¹ Par exemple ceux qui sont cités plus haut note 23.

¹⁰² A. PIZZORNO *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, Roma-Bari 1998 ; M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Economica-PUAM, Paris-Aix-en-Provence 1990.

¹⁰³ S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, « Actes du Séminaire international », Université de Paris I, 13 novembre 1998-28 mai 1999, Publications de la Sorbonne, Paris 2001.

¹⁰⁴ Plusieurs auteurs manifestent, par exemple, de plus en plus, une tendance à penser que la plus dangereuse de ces formes de pouvoir politico-juridique sans contrôle soit la technocratie de Bruxelles, à savoir les bureaucrates fonctionnaires de l’Union européenne.

¹⁰⁵ Pour un *excursus* historique de ce phénomène, centrale non seulement dans l’histoire du droit mais dans l’histoire de la société dans son ensemble, cf. mon récent essai : F. DI DONATO, *Le conflit entre magistrature et pouvoir politique dans la France moderne*, in Maria Elena da Cruz Coelho e Maria Manuela Tavares Ribeiro (eds.), *Parliaments: The Law, the Practice and the Representations. From the Middle Ages to the Present Day – Parlamentos: a lei, a prática e as representações. De Idade Média à Actualidade*, « Texts presented in the 60th Congress of ICHRPI International Commission for the History of Representative and Parliamentary Institutions », Lisboa-Coimbra 1-5 septembre 2009, édité par l’Assembleia da Republica, Lisboa 2010, p. 259-292.

occidentale dès le Moyen Âge. Le problème est donc inhérent à la civilisation étatique elle-même. Nous savons que le pouvoir politico-juridictionnel des juges, même quand il paraît battu ou mis hors du jeu, ne meurt jamais. Comme un volcan, il peut rester longuement dans un état qui semble inactif, mais qui est prêt à exploser à nouveau dès que les conditions favorables se représentent. En bons clercs, les hommes de robe savent attendre. Le cas de la résurrection à l'improviste du Parlement de Paris après le très long règne de Louis XIV qui l'avait acculé et pratiquement réduit au silence¹⁰⁶, nous suggère que la fonction juridictionnelle résiste à toutes les vicissitudes. Elle a résisté même à l'attaque mortelle de Robespierre qui lança, dans un discours prononcé à l'Assemblée constituante le 10 novembre 1790, un véritable cri de bataille : « Le mot jurisprudence doit être rayé du vocabulaire d'un peuple libre »¹⁰⁷.

C'est sans doute un pur hasard si, un peu plus de deux siècles après, un haut magistrat –le même qui a ouvert avec ses confidences cet essai– a involontairement répliqué au tristement célèbre avocat révolutionnaire avec une autre affirmation de poids : « La plupart des gens –m'a dit-il– pensent que nous faisons une juridiction. Mais nous ne faisons pas une simple juridiction. Nous faisons une jurisprudence ! ».

Reste alors, en conclusion, le problème de fond et de toujours. Que faire ? Ecrasés entre des hommes politiques (souvent ouvertement malhonnêtes), faibles et timides, incapables de faire face à la complexité des défis qui surgissent et la perspective d'un retour en arrière vers le gouffre de la médiation patriarcale incontrôlée et incontrôlable de l'oligarchie juridique, quelle voie de sortie entrevoyons-nous ? La question reste ouverte, car il n'y a pas une réponse univoque à des problèmes de cette complexité. L'historien peut assez facilement trouver son échappatoire quand il s'agit de tourner le discours vers l'avenir. Il ne s'occupe que du passé. Ne voulant toutefois fuir ses responsabilités, ne serait-ce que de citoyen intéressé au destin de la *Res publica* dans laquelle il vit, et voulant tout de même proposer une conclusion conforme au discours historique

¹⁰⁶ Cf. H. EL ANNABI, *Le Parlement de Paris sous le règne personnel de Louis XIV. L'Institution, le Pouvoir et la Société*, Publications de l'Université de Tunis, Tunis 1989 ; J. J. HURT, *Louis XIV and the Parlements. The Assertion of Royal Authority*, Manchester University Press, New York 2002. Pour l'inopinée 'résurrection' du Parlement au lendemain de la mort du roi-soleil, je renvoie à mon livre F. DI DONATO, *L'ideologia dei robins, op. cit.*, chap. I, spécialement p. 55-59 et aux ouvrages cités *ibidem*, p. 698.

¹⁰⁷ Cité par M. TROPER, « La force des précédents et les effets pervers en droit », in *Idem, La théorie du droit, le droit, l'État, op. cit.*, p. 163-172 : 166.

Le gouvernement divisé des juges

mené jusqu'ici, il peut proposer quelques considérations de clôture, provisoires et problématiques comme il faut dans un discours qui est censé être scientifique. Ces considérations se fondent sur deux points-clé :

1 - En premier lieu on peut appliquer au thème du rapport entre juridiction et souveraineté, à savoir entre la magistrature et les autres pouvoirs (législatif et gouvernemental) la solution classique du moindre mal : une fois fixé le point de repère de la liberté démocratique comme valeur fondamentale et non négociable, on peut bien constater que dans le déclin des valeurs politiques abstraites dans les situations concrètes de l'expérience historique, il vaut mieux être aux prises avec un pouvoir despotique visible qu'avec une tyrannie occulte. Le premier en effet peut (quoiqu'avec difficulté) être combattu et vaincu ; le deuxième pas, car on ne le reconnaît même pas comme un danger. On pourrait s'amuser à pousser jusqu'au bout le paradoxe et se demander s'il vaut mieux vivre dans un système dominé par des hommes politiques corrompus ou dans un autre dominé par des magistrats honnêtes et inflexibles. En lecteurs dévots du président bordelais, nous n'aurons aucun doute sur la solution à préférer. Il ne s'agit pas ici, bien évidemment, d'un discours scientifique tout-court, mais de lignes de tendance idéologiques dans la formation desquelles jouent un rôle décisif les héritages culturels de chacun. L'idée que je propose se fonde sur l'observation que la corruption politique, qui produit sans aucun doute des effets de dévastation sociale gigantesque, est toutefois moins dangereuse (tout en l'étant par elle-même en absolu) de la 'vertueuse' tyrannie politique d'une oligarchie de soi-disant détenteurs de la Vérité, et avant tout des hiéocrates des appareils judiciaires. Cette tyrannie désintègre en racine toutes libertés, même résiduelles et met l'entier corps social et chaque individu qui le compose dans les pires conditions possibles dans lesquelles peut aller se trouver un être humain : l'esclavage complet et indiscutable vis-à-vis d'un manipulateur de prêtres laïques –peu importe s'il sont juristes, économistes, sociologues ou psycho-socio-analystes– qui prétendent être toujours de la part du Vrai, tout simplement appliquant à l'histoire les dogmes de leurs disciplines et de leur *forma mentis*.

2 - La deuxième observation est tirée d'un regard en parallèle entre la théorie juridico-politique et les faits historiques. La montée du conflit entre magistrature et pouvoir politique –nous en avons un exemple évident dans l'expérience italienne des derniers vingt ans– a renforcé le lien idéologique et corporatif de la magistrature. Cela a déterminé une nette atténuation des

tensions et des conflits, qui étaient nombreux et profonds, à l'intérieur du corps des juges¹⁰⁸. Il est d'ailleurs normal que quand un corps est attaqué de l'extérieur sa tendance naturelle est de serrer ses rangs pour faire bloc contre l'ennemi commun. Au-delà des feux d'artifices qui n'ont servi qu'à remplir les pages des journaux et des magazines, le beau résultat que cette action du pouvoir politique contre la magistrature a produit, a été l'effet pervers d'exalter la défense corporatiste des juges et de consolider encore plus les fondements classiques de l'idéologie de robe. Or, tout cela devrait donner lieu à une réflexion de sagesse : les probabilités d'une réforme du système judiciaire se réduisent sensiblement quand le pouvoir politique lance ouvertement des menaces agitant le spectre du gouvernement de juges entendu comme un danger réel et imminent, seulement à cause du fait que des magistrats ont poursuivi des comportements illégaux de certains hommes politiques puissants. Cette sorte de millénarisme moderne qui utilise le terrorisme verbal cause beaucoup plus de problèmes qu'il en prétend résoudre. Les possibilités de parvenir à une vraie et utile réforme du pouvoir judiciaire augmentent quand le conflit cède le pas à un climat de collaboration loyale entre les pouvoirs qui se partagent la souveraineté de l'État. Dans ces époques d'apaisement des conflits et des rancunes vont émerger à nouveau les différentes positions à l'intérieur de la magistrature. Cette dialectique interne est assurément la plus utile du conflit. Comme expliquait déjà dans les années soixante-dix du siècle dernier Giorgio Freddi, le politologue italien spécialiste des tensions qui se produisent à l'intérieur de la magistrature, ce conflit assume « une qualité spéciale, car il attaque les valeurs institutionnelles en même temps qu'il élabore une idéologie d'opposition à celle que l'on veut supplanter ; ce qui rend nécessaire une ébauche théorique qui soit à même de donner une explication convaincante du passage du conflit originaire, limité aux moyens et aux instruments de l'organisation [judiciaire], au système des valeurs institutionnelles qui remplissent la fonction primaire de légitimer l'organisation elle-même »¹⁰⁹.

Cela implique, en premier lieu, que la réforme de la magistrature, ainsi que celle du système judiciaire et de l'entière organisation structurelle de la

¹⁰⁸ Qu'il y avait des profonds fissures et des nombreux frottements à l'intérieur de la magistrature avant l'époque du conflit ouvert entre les juges et le pouvoir politique est démontré par la recherche de G. FREDDI, *Tensioni e conflitto nella magistratura. Un'analisi istituzionale dal dopoguerra al 1968*, Laterza, Rome-Bari 1978.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 23.

Le gouvernement divisé des juges

justice, soit considérée comme une réforme stratégique de l'État entier. En effet, une récente étude de la Banque mondiale a démontré que le service-justice constitue aujourd'hui environ 50 % de la richesse d'une nation¹¹⁰.

La France –à la différence d'autres pays, comme l'Italie– a un système judiciaire assez solide, justement à cause du fait que, sans doute par l'effet entre autre du poids du tournant révolutionnaire, elle a su stériliser le conflit entre la juridiction et la souveraineté, tenant fixe le principe de la primauté/responsabilité du pouvoir politique et par conséquent de la centralité de la loi comme source première du droit. En France la liaison hiérarchique entre le parquet et le ministre de la Justice se justifie pleinement car elle assure le contrôle parlementaire sur les éventuels abus de la magistrature d'enquête. A son tour un ministre qui utiliserait mal son pouvoir vis-à-vis d'un juge 'incommodé' paierait un prix très élevé au terme du contrôle électoral. En Italie, au contraire, un système pareil donnerait sans cesse lieu à des abus qui, au lieu d'être sanctionnés par le corps électoral seront vraisemblablement accueillis avec un grand consentement, et le parti du ministre usurpateur très probablement gagnerait les élections !

Or, toute la question est de savoir si la France veut maintenir les poutres-maîtresses de son système qui a donné de bons résultats jusqu'ici ou si au contraire elle tombe dans une hystérie qui la portera à revenir sur ses pas et à retomber dans la médiation patriarcale. Après avoir écrasé l'infâme, s'agit-il maintenant d'embrasser son bourreau ? L'impression, lisant certains écrits récents qui indiquent dans la magistrature le seul gilet de sauvetage possible dans l'effritement du légicentrisme, est qu'au lieu d'eupériser l'Italie on est en train d'italianiser l'Europe. Un signal très inquiétant vient de la technicisation toujours plus violente et agressive des études juridiques. Dans les écoles de droit, les matières de formation 'culturelle' (l'adjectif est décidément péjoratif dans le lexique de la majorité des juristes de droit positif) se réduisent de plus en plus jusqu'à disparaître presque dans

¹¹⁰ *Where is the Wealth of Nations? Measuring Capital for the 21st Century*, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, Washington, DC 2006 (ISBN-10: 0-8213-6354-9; ISBN-13: 978-0-8213-6354-6; et ISBN: 0-8213-6355-7; DOI: 10.1596/978-0-8213-6354-6), spec. p. XVIII, 13 et *passim*. Les conclusions de cette étude sont révolutionnaires : élaborant une quantité impressionnante de données, les auteurs ont vérifié que de la richesse globale d'une nation seulement 5 % provient des ressources naturelles, 20 % de la production des marchandises et des services (industrie, tourisme etc.), 25 % des systèmes de formation et 50 % de la qualité et efficacité des systèmes judiciaires. Ces derniers deux pourcentages sont considérés comme des « intangible assets » (cf. *ibidem*, p. 87 et s.).

certains cas. Cela complique les choses et rend plus difficile procéder à une réforme de la justice qui éloigne le risque du retour de la médiation patriarcale et de l'instauration du « gouvernement des juges » sous des formes nouvelles, douces et rassurantes. Que signifierait autrement la diffusion de concepts comme celui de *soft law* ? Par ailleurs, si les nouveaux juristes sont imbus de normativisme technocratique et deviennent des simples répliquant, aveugles et sourds aux mutations de l'histoire et de la culture, comment pourrait-on espérer dans l'effritement du bloc corporatiste de la magistrature en tant que structure mentale et institutionnelle consolidée ?

Il ne resterait plus alors qu'à compter sur un caprice du destin. Qui sait si, au bout du compte, un fait nouveau ne se produira pas, permettant, par une sorte de *Serendipity* que personne ne pouvait prévoir, une explosion du « soi divisé » du grand corps de l'État ? D'ailleurs quand les conditions ne permettent plus l'utilisation des instruments de la raison que reste-t-il sinon espérer dans l'avènement des effets pervers-vertueux ? S'il est vrai que Dieu ne joue jamais aux dés, il peut arriver que l'histoire des hommes, oui. Qui peut exclure *a priori* que nous ne puissions être sauvés un jour du spectre de la nouvelle dictature des diseurs du droit, construite sous les formes apparemment souples de la légitimation jurisprudentielle, à travers les désunions qui vont se produire à l'intérieur du grand corps de l'État ?

DEUXIEME PARTIE
JUGES CONTRE JUGES : LES FORMES NOUVELLES
DES DESUNIONS AU XX^E SIECLE

DU « BON JUGE » AUX « JUGES ROUGES »

par Jean-Claude Farcy,
chercheur associé au Centre Georges Chevrier (Dijon)

Le 14 mars 1898, Clemenceau publie en première page de *L'Aurore*, sous le titre « Un bon juge », un article relevant l'acquittement d'une fille mère poursuivie pour vol d'un pain dans une boulangerie. Rapidement, toute la presse –à de rares exceptions près– va reprendre l'expression pour qualifier le président du tribunal de Château-Thierry qui a prononcé ce jugement. Le « phénomène Magnaud »¹ est né. Le 25 octobre 1975, le magazine *Paris-Match* porte en couverture un photomontage des visages de six juges « contestataires » sous le titre « Ils veulent une nouvelle justice. On les appelle les juges rouges ». Au premier plan, comme à l'avant-garde, figure le juge d'instruction Patrice de Charrette qui avait, un mois auparavant, placé en détention préventive un patron à la suite d'un accident du travail mortel. L'expression de « juges rouges » reste associée à l'action de quelques magistrats pendant cette seconde moitié des années 1970.

Il n'est pas indifférent de remarquer que ce sont les médias qui qualifient et donnent toute leur ampleur à ces juges iconoclastes, le président Magnaud, bien isolé au tournant des XIX^e-XX^e siècles, les « juges rouges » moins seuls, car soutenus par le jeune Syndicat de la magistrature. Faisant figure de fortes têtes², ces juges sont d'autant plus célèbres qu'ils paraissent en rupture avec le comportement de toute la magistrature et que, surtout, à l'encontre de celle-ci, ils rendent une justice humaine, indulgente aux miséreux et n'oubliant pas de sanctionner les délits des puissants. Alors qu'ils trouvent un écho des plus favorables dans les classes populaires, les élites critiquent vivement ces juges politisés, oubliant devoir de réserve et impartialité pour rendre une justice de classe.

¹ R. MAJETTI, « Le phénomène Magnaud », *La Revue socialiste*, t. 37, 1903, p. 651-662. L'expression est reprise par François GENY, *Méthodes d'interprétation et sources*, Paris, LGDJ, 1919, t. 2, Epilogue, chap. II. Une passade de jurisprudence : « Le phénomène Magnaud », p. 287-307.

² Expression de Jean-Paul JEAN, *A vous de juger*, Paris, B. Barrault, 1988, p. 34.

Par leurs actes en rupture de la pratique judiciaire ordinaire à leur époque, Magnaud et les juges rouges³ suscitent de forts remous au sein de la magistrature. Au-delà de ce constat révélateur des clivages au sein du corps, il est utile d'analyser leur volonté de rendre une justice différente, plus proche des justiciables, prenant en compte la réalité des inégalités sociales dans une jurisprudence qui veut corriger l'application stricte du droit par l'appel à l'équité. Ces « moments de rupture » étant éphémères –ils restent moins d'une dizaine d'années sur le devant de la scène– on s'interrogera enfin sur les raisons de leur apparition comme sur leur portée pour la justice, les juges et le droit.

I - Quand les « fortes têtes » suscitent un tollé dans la magistrature

Qu'il s'agisse du président Magnaud ou des « juges rouges » des années 1970, ces magistrats sont d'emblée placés par les médias en marge de leur corps. Ne les qualifie-t-on pas également de « petits juges » pour dire qu'ils sont situés au bas de l'échelle du corps, souvent en butte aux vexations de leur hiérarchie et donc aussi proches du « petit peuple » qu'ils voient souvent venir à la barre de leur tribunal ? Une telle représentation du petit juge est confortée par l'hostilité que ce dernier rencontre dans le reste de la magistrature, même si le rejet est moindre à la fin du XX^e siècle qu'à son début.

A - Le bon juge Magnaud, favorable aux déshérités

Magnaud, président du tribunal de Château-Thierry depuis 1887, sort de l'anonymat en relaxant le 4 mars 1898 Louise Ménard. La prévenue, une journalière de bonne réputation, élevant seule son enfant de deux ans, ayant à charge sa mère, et étant sans travail, reconnaissait avoir volé un pain chez le boulanger, après épuisement de la nourriture donnée par le bureau de

³ Certains considèrent Magnaud comme l'ancêtre des juges rouges : Christophe RADE, Sébastien TOURNAUX, « Retour sur le "phénomène" Magnaud et l'influence d'un magistrat hors norme sur l'évolution du droit du travail », in Emmanuelle BURGAUD, Yann DELBREL et Nader HAKIM (dir.). *Histoire, théorie et pratique du droit. Études offertes à Michel Vidal*, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2010, p. 865-876. Magnaud développe des idées et un programme politique –quand il sera élu député– souvent proche du socialisme, cf. Roland WEYL, Monique PICART-WEYL, « Socialisme et justice dans la France de 1895 : le bon juge Magnaud », *Quaderni Fiorentini*, n° 3-4, t. 1, 1974-1975, p. 367-382.

Du « bon juge » aux « juges rouges »

bienfaisance. Plus que le dispositif du jugement, ce sont les attendus, longuement développés qui retiennent alors l'attention :

« Attendu qu'au moment où la prévenue a pris un pain chez le boulanger P..., elle n'avait pas d'argent et que les denrées qu'elle avait reçues étaient épuisées depuis trente-six heures.

Que ni elle, ni sa mère n'avaient mangé pendant ce laps de temps, laissant pour l'enfant les quelques gouttes de lait qui étaient dans la maison ;

Qu'il est regrettable que dans une société bien organisée, un des membres de cette société, surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute ;

Que, lorsqu'une pareille situation se présente et qu'elle est, comme pour Louise Ménard, très nettement établie, le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi ;

Attendu que la faim est susceptible d'enlever à tout être humain une partie de son libre arbitre et d'amoindrir en lui, dans une grande mesure, la notion du bien et du mal ;

Qu'un acte, ordinairement répréhensible, perd beaucoup de son caractère frauduleux, lorsque celui qui le commet n'agit que poussé par l'impérieux besoin de se procurer un aliment de première nécessité, sans lequel la nature se refuse à mettre en œuvre notre constitution physique...

Que, si certains états pathologiques, notamment l'état de grossesse, ont souvent permis de relaxer comme irresponsable les auteurs de vols accomplis sans nécessité, cette irresponsabilité doit, à plus forte raison, être admise en faveur de ceux qui n'ont agi que sous l'irrésistible impulsion de la faim ;

Qu'il y a lieu, en conséquence, de renvoyer la prévenue des fins des poursuites, sans dépens, et ce, par application de l'article 64 du code pénal. »

Les commentaires de presse, à commencer par le premier, celui de Clemenceau dans *l'Aurore*, ne tarissent pas d'éloges sur l'humanité de ce verdict. En fait, le président Magnaud avait déjà, précédemment, rendu des jugements sortant de l'ordinaire. Il avait ainsi condamné, en 1887 et 1893, la compagnie des chemins de fer de l'Est pour cause de pertes de marchandises, en stigmatisant ses « procédés odieux qu'on ne saurait trop flétrir ne tendant à rien moins qu'à fléchir le bon droit devant la puissance de l'argent »⁴. Il avait également relaxé, à plusieurs reprises, en 1889 et février 1898, des vagabonds, auteurs de vols simples ou de bris de lanternes

⁴ Henry LEYRET, *Les jugements du président Magnaud*, Paris, P.-V. Stock, 1900, p. 175. Les attendus du jugement dénoncent la pratique des recours jusqu'à la Cassation pour décourager ses victimes.

commis dans le but de trouver un abri en prison, estimant que l'intention de nuire n'existait pas. En 1890, il est censuré pour excès de pouvoir par la Cour de cassation pour avoir refusé le serment d'un garde-chasse, naguère condamné. Mais il est vrai que la popularité que lui donne la relaxe de Louise Ménard le conduit ensuite à multiplier les jugements « novateurs » dans les matières les plus diverses, en faisant preuve d'une attention et d'une indulgence particulière pour les déshérités et les faibles et d'une sévérité pour ceux qui portent atteinte à leurs intérêts. En janvier et mars 1899 il acquitte deux mendiants, Chiabrande et Dubost (ce dernier ayant à son casier 43 condamnations) en « s'appuyant sur [des] principes à la fois juridiques et humains », voyant en eux des « malheureux »⁵ et non des délinquants. Magnaud se veut également le défenseur des femmes, condamnant un père naturel à verser une pension alimentaire jusqu'à la majorité de son enfant⁶, relaxant les délits d'adultère en dénonçant « une loi si partielle et d'un autre âge »⁷, et accordant le divorce par consentement mutuel⁸. On ne s'étonnera pas qu'il accueille avec plaisir à son tribunal, en 1901, la première femme avocate, formulant le vœu « que les femmes arriveront bientôt aux fonctions judiciaires »⁹.

Sa jurisprudence est également favorable aux ouvriers. En matière d'accidents du travail, il condamne un employeur alors même que la loi de 1898 n'est pas encore applicable¹⁰. Des patrons sont également sanctionnés lors de renvois abusifs de grévistes ou de syndiqués, Magnaud se faisant le défenseur du droit de grève qu'il comprend dans un sens élargi puisque l'un de ses attendus indique que ce droit « appartient non seulement à l'ouvrier lui-même, mais à tous ceux qui, même sans faire partie du prolétariat, prennent sa défense et cherchent par leurs conseils éclairés et désintéressés à améliorer leur sort »¹¹. On comprend qu'un tel jugement lui ait valu une lettre chaleureuse de l'Union des syndicats de la Seine : « Monsieur le président, les travailleurs étant habitués depuis si longtemps à voir rendre des jugements iniques par la magistrature à la dévotion de la classe bourgeoise et capitaliste, vous félicitent une fois de plus pour vos si

⁵ *Idem*, jugement du 20 janvier 1899, p. 40.

⁶ *Idem*, jugement du 23 novembre 1898, p. 103

⁷ Henry LEYRET, *Les nouveaux jugements du président Magnaud*, Paris, Schleicher frères, 1903, p. 82. Jugement du 6 février 1903.

⁸ *Idem*, jugement du 12 décembre 1900, p. 88.

⁹ *Idem*, allocution prononcée à l'audience du 21 février 1901, p. 108.

¹⁰ *Idem*, jugement du 7 novembre 1900, p. 136.

¹¹ Henry LEYRET, *Les nouveaux jugements du président Magnaud*, *op. cit.*, jugement du 7 décembre 1899, p. 164.

Du « bon juge » aux « juges rouges »

justes jugements »¹². Manifestement, le président du tribunal de Château-Thierry doit sa popularité à des jugements qui tranchent avec la jurisprudence courante perçue comme trop fidèle à une législation favorable aux classes dominantes. Clemenceau ne s’y est pas trompé en le qualifiant de « bon juge » : autant par ses verdicts que par ses motifs fortement argumentés, il rendait une justice qui paraissait novatrice et humaine aux yeux de nombre de ses contemporains, notamment au sein des catégories populaires et parmi ceux qui voulaient améliorer leur sort. On retrouve, en partie, une position semblable à celle de Magnaud dans les années 1970.

B - Dans les années 1970, des juges contre les notables ?

Alors qu’au début du XX^e siècle, Magnaud se rendait célèbre pour son humanisme et son indulgence envers les pauvres, dans les années 1970, les juges faisant l’actualité s’en prennent surtout aux notables et aux puissants.

Le juge Pascal et l’affaire de Bruay-en-Artois : le petit juge et le notaire

Le nom du juge Pascal est lié à l’affaire de Bruay-en-Artois¹³. Chargé de l’instruction au tribunal de Béthune depuis 1957, Henri Pascal, un des premiers adhérents au Syndicat de la magistrature, est de permanence lorsqu’on découvre le corps sans vie de la fille d’un mineur, Brigitte Dewèvre, le 6 avril 1972. La présence, à proximité de la victime, de la voiture du notaire de Bruay, Pierre Leroy, célibataire âgé de 37 ans, habitant chez sa mère, oriente les soupçons vers ce notable. Pour les familles de mineurs « Il n’y a qu’un bourgeois pour avoir fait ça »¹⁴. Le juge d’instruction place le notaire sous mandat de dépôt. Perquisition au domicile de Leroy et reconstitution n’apportant pas d’éléments probants, le procureur de la République demande la mise en liberté provisoire du notaire, avant même que l’avocat de ce dernier ne l’ait demandé, ce qui suscite l’indignation parmi les proches de la victime et la population. Le refus de Pascal les rassure et lui donne l’auréole de « petit juge » résistant courageusement à sa hiérarchie. Selon les mots du père de la victime, ce juge, « c’est un petit qui n’a pas peur des gros »¹⁵.

¹² *Idem*, p. 167.

¹³ INA.fr, rétrospective d’affaire Brigitte Dewèvre : <http://www.ina.fr/economie-et-societe/justice-et-faits-divers/video/RCC9710242693/retrospective-d-affaire-dewevre.fr.html>

¹⁴ Pascal CAUCHY, « *Il n’y a qu’un bourgeois pour avoir fait ça* ». *L’affaire de Bruay-en-Artois*, Paris, Larousse, 2010, 206 p.

¹⁵ *Idem*, p. 39.

Jean-Claude Farcy

Dans ce contexte local d'une forte opposition sociale entre bourgeoisie et mineurs, l'instruction devient l'enjeu d'une lutte de classes. L'activisme des maoïstes de la *Gauche prolétarienne* renforce cet aspect : représentés sur place par quelques mineurs et un professeur de philosophie du lycée de Bruay (F. Ewald) et renforcés ponctuellement par des expéditions de militants de la capitale sur le terrain du crime, soutenus par des intellectuels médiatiques (Foucault, Sartre), ils traduisent dans un journal édité sur place –*Pirate*– les paroles de haine contre le notaire, créent un *Comité Vérité et Justice de Bruay* appelant à soutenir le juge Pascal et déposent même une plaque sur les lieux du crime avec l'inscription : « A cet endroit, Brigitte Dewèvre, fille de mineur, a été assassinée par la bourgeoisie de Bruay ».

Sur le plan judiciaire, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Douai doit trancher le conflit entre Pascal et le procureur de Béthune. Le 30 mai 1972, elle rejette la mise en liberté de Pierre Leroy, compte tenu des présomptions, mais demande qu'on réunisse preuves et indices matériels. Le 28 juin, la chambre criminelle de la Cour de cassation annule cet arrêt, mais rejette la requête en suspicion légitime contre le juge Pascal, tout en ordonnant le dessaisissement de tous les magistrats instructeurs de Béthune dans cette affaire désormais confiée à un juge et à des policiers de la capitale. Après la relaxe en 1976 d'un autre suspect, l'affaire, non élucidée, sera classée en 1981.

Elle présente l'intérêt de bien situer le contexte de ces années 1970 quand, à l'exemple de Pascal, d'autres juges, affichant comme lui leur volonté de respecter strictement la loi, vont contester l'impunité des « gros », pour reprendre l'expression des mineurs de Béthune.

Quand les juges rouges mettent les patrons en prison

C'est justement à ce même tribunal de Béthune que, le 29 septembre 1975, Patrice de Charrette, en charge de l'instruction depuis un an, inculpe, pour homicide involontaire, infractions aux règlements de la sécurité du travail et du travail temporaire, Jean Chapron, directeur de l'usine *Huile, Goudrons et Dérivés* de Vendin-le-Vieil, une filiale des *Charbonnages de France*, et le place sous mandat de dépôt¹⁶. L'ordonnance de mise en détention provisoire est prise à la suite de la mort d'un ouvrier intérimaire, invalide,

¹⁶ INA.fr, voir les deux rétrospectives 1) <http://www.ina.fr/economie-et-societe/justice-et-faits-divers/video/RCC99005288/retrospective-sur-l-affaire-chapron.fr.html> ; 2) <http://www.ina.fr/economie-et-societe/justice-et-faits-divers/video/CAA7601980101/retro-affaire-chapron.fr.html>

Du « bon juge » aux « juges rouges »

Roland Guillaume, écrasé par un wagon, en travaillant de nuit, dans un emplacement mal éclairé et sur une voie en pente :

« Attendu qu'en employant un travailleur temporaire sans qualification à une tâche d'ouvrier spécialisé, dans un secteur où les conditions de travail sont particulièrement dangereuses, M. Chapron a directement occasionné le décès de cet ouvrier ; que ces faits ont apporté à l'ordre public un trouble considérable ; attendu en conséquence que la détention de l'inculpé est nécessaire pour préserver l'ordre public du trouble causé par l'infraction... ».

Si pour le juge cet accident, compte tenu de ses circonstances « n'est pas loin du meurtre par préméditation »¹⁷, l'incarcération de Chapron est perçue comme scandaleuse par les cadres de l'usine -qui se mettent en grève pour réclamer la libération de leur directeur- comme par les autorités au plus haut niveau. Le garde des Sceaux, Jean Lecanuet, dénonce au journal télévisé du 2 octobre le comportement du juge : « Je me bornerai à vous dire ceci : un magistrat doit être indépendant. Il ne doit pas rendre une justice de classe, c'est-à-dire favoriser les uns contre les autres. Il doit être impartial, il doit rechercher l'équité. Il n'a pas le droit de faire entrer ses convictions philosophiques, politiques ou syndicales dans le déroulement de son action judiciaire ». Un de ses prédécesseurs, Jean Foyer, publiera dans le *Figaro* du lendemain un article intitulé « Des juges contre la justice ». C'est une violente charge contre le Syndicat de la magistrature auquel appartient de Charrette, syndicat présenté comme « une organisation subversive gauchiste », noyautant, à partir de l'École nationale de la magistrature, les tribunaux, utilisant la justice comme « une arme de l'action psychologique » : « Il ne s'agit plus de faire justice –conception bourgeoise–, mais d'utiliser la justice comme instrument de la lutte des classes ». L'affaire Dewèvre comme l'incarcération de Chapron sont présentées comme autant de coups d'éclat de ces juges contestataires qualifiés de « conjurés » : « Il s'agit, en déshonorant, à travers un accusé, une catégorie sociale tout entière, de disloquer la société et d'indigner les honnêtes gens contre ses abominables vices... On habitue peu à peu l'opinion à l'idée que les notaires assassinent les filles d'ouvriers, que les chefs d'entreprise par cupidité se moquent de la vie et de la santé de leurs collaborateurs, que les policiers sont corrompus, j'en passe et des meilleures ».

¹⁷ Journal télévisé FR3 Nord-Pas-de-Calais, 24 mars 1977 (<http://www.ina.fr/economie-et-societe/justice-et-faits-divers/video/RCC99005288/retrospective-sur-l-affaire-chapron.fr.html>)

Les termes employés sont révélateurs du climat de ces années encore marquées par l'ébranlement des journées de mai-juin 1968 et le raidissement des élites conservatrices qui s'en suit. Sur intervention directe du ministère de la Justice, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Douai se réunit exceptionnellement un samedi, le 4 octobre, pour statuer sur l'appel de l'ordonnance rendue par Charrette et remettre l'inculpé en liberté.

D'autres incarcérations suite à des accidents mortels du travail engageant la responsabilité patronale auront lieu, mais en petit nombre. Toujours dans la mise en cause des « puissants », un autre magistrat adhérent au Syndicat de la magistrature, Étienne Ceccaldi, substitut à Marseille, fera l'objet d'une promotion sanction (nommé procureur à Hazebrouck le 9 mai 1976), à la suite de ses réquisitions dans une affaire d'entente illicite entre pétroliers et visant à l'inculpation de 43 dirigeants dont les PDG des grandes compagnies. Cette sanction sera à l'origine de la première grève lancée le 10 juin 1976 par le syndicat : 550 magistrats répondront à son appel. Quant aux autres juges présents sur la couverture rouge du *Paris-Match* d'octobre 1975, tous membres du syndicat, ils ont eu des démêlés avec leur hiérarchie et la Chancellerie à la suite de leur contestation de certaines pratiques de la justice. Nicole Obrego, substitut à Troyes, avait, en 1969, protesté auprès du président pour sa décision de retrait d'un juge taxateur sur pression des avoués, mécontents de l'application stricte de la taxe à leur égard. Hubert Dujardin, juge d'instruction à Lille, se voit retirer cette fonction en janvier 1975 pour avoir accepté la présence d'un journaliste du *Nouvel Observateur* dans son cabinet. L'hebdomadaire, sous le titre « Le Saint-Just de Lille », avait respecté l'anonymat des parties, mais pas celui du magistrat dont la photo apparaissait en couverture. Joël Menez, substitut chargé de l'exécution des peines, présent lors de la révolte à la centrale de Loos en 1974, avait protesté contre le matraquage d'un détenu.

L'action de ces juges -leurs « coups d'éclat » selon Jean Foyer- est donc étroitement associée au Syndicat de la magistrature, au point que dans l'opinion et pour les autorités, « juges rouges » et syndicat tendent à se confondre¹⁸. Ce dernier développe une réflexion dans laquelle les juges faisant l'actualité s'inscrivent, même s'ils apparaissent parfois comme des

¹⁸ Pour la postérité ensuite, suivre les textes de Marc ROBERT, *On les appelle les juges rouges*, Paris, Téma-Éditions, 1976, 168 p. ; Alain BANCAUD, « On les appelait les "juges rouges" ». Petite histoire de la rupture et de ses limites », in *Le droit figure du politique. Études offertes au professeur Michel Miaille*, Université de Montpellier, 2008, p. 727-752.

Du « bon juge » aux « juges rouges »

électrons libres, et la défense des contestataires lui donne l'occasion, notamment lors de ses congrès annuels, de critiquer, dans ces années 1970, une magistrature restée dans son ensemble trop soumise aux élites et aux gouvernants, en plaidant pour une justice rendue « Au nom du peuple français »¹⁹.

C - Réactions de pairs : un corps désuni ?

On aura remarqué dans l'évocation du Bon juge et des juges rouges la part prépondérante des tribunaux de province. Château-Thierry, « un modeste tribunal de province »²⁰, et Béthune –juges Pascal et Charrette– font l'actualité alors que la capitale n'est jamais citée. Le plus souvent, on a donc de « petits juges », par leur jeunesse, leur position de début de carrière (substitut, juge d'instruction)²¹, la hiérarchie judiciaire étant à l'opposé hostile, appelée à sanctionner, sans trop d'états d'âme, les éclats des contestataires. Un des premiers axes de lutte du Syndicat de la magistrature²² est d'ailleurs de dénoncer l'emprise de la hiérarchie sur le corps et la justice, hiérarchie accusée de servilité en enterrant les affaires sensibles impliquant notables et pouvoir et, plus largement, en asservissant l'ensemble du corps à une justice routinière, et finalement en captant la justice à son profit. Il faut dire que la dite hiérarchie le lui rend bien, quand elle célèbre l'indépendance et l'homogénéité de la magistrature, cette « unité que nous considérons comme notre bien le plus précieux »²³. C'est dire que les épisodes traités sont révélateurs des dissensions au sein du monde judiciaire.

Magnaud, soutenu par une grande partie de la presse et de l'opinion, reste bien isolé parmi ses pairs. La hiérarchie de son ressort lui est hostile. Dès le jugement relaxant Louise Ménard prononcé, le procureur général près la Cour d'Amiens fit appel *a minima*, ce qui suscita un tollé dans

¹⁹ Titre de l'ouvrage publié en 1974 par le syndicat : Syndicat de la magistrature, *Au nom du peuple français...*, Paris, Stock, 1974, 245 p.

²⁰ *Le Matin*, 16 mai 1902.

²¹ Magnaud est certes président, mais d'un petit tribunal, et a un traitement égal à celui qu'il avait avant comme juge d'instruction, et qui deviendra même inférieur quand ce dernier sera réévalué.

²² «... un des premiers grands cris du Syndicat de la Magistrature a été de réclamer la suppression de la hiérarchie », *Au nom du peuple français*, p. 13.

²³ Discours du premier président de la Cour de cassation Maurice AYDALOT , octobre 1973, cf. http://www.courdecassation.fr/institution_1/occasion_audiences_59/debut_annee_60/annees_1970_3338/octobre_1973_9917.html

l'opinion et même à la Chambre des députés où le garde des Sceaux doit se défendre d'être intervenu. Un ancien président du Conseil, Goblet, alors député de la capitale, vient assurer la défense de Louise Ménard. Dans ce contexte, la Cour est contrainte de confirmer le jugement rendu par le tribunal de Château-Thierry, mais « sans adopter les motifs des premiers juges », acquittant au bénéfice du doute, dans l'impossibilité de dire « s'il y a eu de la part de l'inculpée une intention frauduleuse »²⁴. La Cour d'Amiens infirmera ensuite la plupart des jugements de Magnaud, exprimant même à l'occasion sa lassitude de devoir sanctionner, périodiquement, sa jurisprudence. À l'audience du 12 mai 1900 l'avocat général Pironneau finit par la dénoncer en ces termes : « ... nous éprouvons le besoin de vous dire, pour le soulagement de notre conscience, combien la méchante rédaction des motifs de certains jugements déferés à votre examen nous surprend, nous afflige et nous excède. Il n'est jamais permis aux juges d'attaquer les personnes, d'associer à ces attaques, en quelque sorte, la nation elle-même, le « peuple français » au nom de qui se rend la justice... Quand donc, Messieurs, verrons-nous s'éteindre ce cratère en ébullition qui s'est formé depuis peu dans le pays du bon La Fontaine »²⁵. À la fin de la même année, le procureur général de la Cour justifie le refus de toute marque de faveur donnée à Magnaud (avis sur les palmes académiques) par les dispositions de l'intéressé « les plus inconciliables avec la bonne administration de la justice. Violent, entêté, susceptible, il cherche toutes les occasions d'entrer en lutte avec les juridictions supérieures : la cour d'appel est obligée de réformer ses jugements, soit au civil soit au correctionnel, dans une proportion excessive ; sa correspondance avec M. le Premier Président, témoigne d'une méconnaissance regrettable des devoirs de déférence et de convenance en un mot, il est à l'état d'insurrection morale... »²⁶. Inutile d'ajouter que les appréciations des chefs de Cour dans ses notices individuelles sont des plus négatives. Dès 1894 le procureur général le présente comme à l'état d'insurrection morale et dans celle de 1896, il le décrit comme « violent, passionné, indiscipliné », le qualifiant de « mauvais magistrat qui abuse de l'inamovibilité ». En 1900, les deux chefs de Cour donnent la même appréciation lapidaire : « caractère très autoritaire qu'il exagère jusqu'à la dureté. Emballé à froid, il professe des opinions très

²⁴ Henry LEYRET, *Les jugements du président Magnaud*, *op. cit.*, p. 23.

²⁵ Archives nationales, BB/6(II)/1039. Dossier personnel, lettre de l'avocat général Pironneau au procureur général, le 21 mai 1900.

²⁶ *Idem*, rapport du procureur général de la Cour d'Amiens au garde des Sceaux, le 24 novembre 1900.

Du « bon juge » aux « juges rouges »

avancées qu'il manifeste de la manière la plus intempestive, se mettant de parti pris en état d'insurrection morale ». Avec de telles notes, on comprend que sa carrière ait connu quelques aléas. L'avancement demandé lui est systématiquement refusé, sous des prétextes divers, et quand, après son mandat législatif (il est élu député de la Seine en mai 1906), il demande sa réintégration dans la magistrature, il lui faudra attendre un an avant d'être nommé juge au tribunal de la Seine où ses marges de manœuvre sont des plus réduites. Si le procureur de cette juridiction reconnaît –notice individuelle de 1912– qu'il remplit ses fonctions, selon la formule consacrée, « avec l'exactitude et le zèle désirables », même s'il paraît « tombé au dernier rang » après ses heures de gloire à Château-Thierry, le président le juge comme « un magistrat pitoyable qui n'entend rien au devoir moral du magistrat et qui ignore tout de la loi qu'il a reçu pour mission d'appliquer »²⁷.

Au-delà même de son ressort, on ne voit guère de magistrats apprécier sa jurisprudence. Certes, l'opinion est nuancée chez les représentants du ministère public, lors des discours prononcés à l'audience solennelle de rentrée des Cours en octobre 1900, quand est reprise la discussion sur la question de la responsabilité pénale en cas d'extrême misère. En fidèles représentants de l'exécutif, les avocats généraux qui parlent de ce thème dans les Cours d'Agen, Nancy et Pau prennent surtout en compte les débats parlementaires sur l'état de nécessité et les projets de modifier en conséquence l'article 64 du code pénal²⁸. Ils présentent favorablement ces projets. Mais à Agen, Mazeau est plutôt sévère pour les « sentimentalistes » que Magnaud a suivis pour rechercher la renommée, critiquant son jugement « qui ne témoigne pas précisément d'une très grande habileté »²⁹. À Nancy et Pau, Marchand et Chassain ne veulent retenir des attendus du jugement Menard que la seule question des conditions de la responsabilité pénale. En revanche, dans les discussions à la *Société générale des prisons*, tant sur l'état de nécessité en 1900 que sur la loi de pardon en 1901, les magistrats présents sont, en général, des plus critiques. Tellier, conseiller à la Cour de Douai estime que suivre Magnaud sur ce plan serait provoquer

²⁷ *Idem*, notice individuelle d'octobre 1912.

²⁸ A l'origine, il y a la pétition adressée à la Chambre par Magnaud tendant à faire reconnaître comme cause d'irresponsabilité pénale, à la suite de la démence et à côté de la contrainte, l'état d'extrême nécessité (texte cité dans Henry LEYRET, *Les jugements du président Magnaud*, *op. cit.*, p. 69)

²⁹ Oscar-Pierre MAZEAU, *La magistrature et la criminologie*, 16 octobre 1900, Agen Impr. Moderne, 1900, 31 p. (cité par Henry LEYRET, *Les nouveaux jugements*, *op. cit.*, p. 4-5).

« l'encouragement à la paresse et au vagabondage », affirmant qu'ayant vu comparaître devant lui plusieurs voleurs de pain, il s'est trouvé en face de gens « qui étaient les auteurs de leur misère »³⁰. Jolly, juge d'instruction à la Seine, accepte le dispositif du jugement, mais non « les attendus, longuement et complaisamment développés qui stigmatisent notre organisation sociale et condamnent sévèrement, sans circonstances atténuantes, la société ! »³¹. Les mêmes critiques sont reprises lors du débat sur la loi de pardon, le substitut Morizot-Thibault admettant que Magnaud « peut être un homme extrêmement humain », « mais, au moment où il monte sur le siège de juge, il doit se souvenir que le magistrat doit respecter la loi parce qu'il est chargé de l'appliquer et que tout serait compromis s'il en inspirait le mépris aux particuliers »³². Plus éloquents encore sont les avis de magistrats, publiés anonymement dans la presse, et donc laissant libre cours aux sentiments probablement les plus répandus dans la magistrature. Signé « un ancien magistrat », l'article du *Correspondant* publié en mars 1901 est une violente charge contre Magnaud, le « sectaire », le « réformateur impatient et combatif, un tirailleur d'avant-garde, qui serait plus à sa place à l'extrême gauche dans nos assemblées législatives que dans la calme et impartiale atmosphère de nos prétoires »³³. La même réprobation prévaut dans la doctrine. *Dalloz* et *Sirey* ne publient que le premier jugement, et l'on sait comment F. Génys scellera pour longtemps le sort de la jurisprudence Magnaud en la qualifiant de « passade »³⁴, de « pur sentiment » et de « crise d'impressionnisme judiciaire »³⁵.

L'argumentation des adversaires de Magnaud se développe dans quatre directions, dès le lendemain de l'acquittement de Louise Ménard. D'abord, face à une opinion très favorable à ses jugements, on affirme que Magnaud n'a pas le monopole de la justice humaine. À la *Société générale des Prisons*, l'avocat général Brégeault assure que « cela se fait tous les jours ». On évoque alors le classement sans suite par le parquet ou les non-lieux délivrés par le juge d'instruction pour des délits de misère. Henri Robert, avocat à la Cour de Paris, fera néanmoins remarquer qu'on ne voit guère cette commisération se manifester à l'audience des flagrants délits et que

³⁰ *Revue pénitentiaire*, janvier 1901, séance de la Société générale des prisons et de la législation criminelle du 19 novembre 1900, p. 55.

³¹ *Idem*, p. 57.

³² *Revue pénitentiaire*, février 1902, p. 181.

³³ *Le Correspondant*, 27 mars 1901, année 1901, 1, p. 1102-1112.

³⁴ François GENYS, « Une passade de jurisprudence : le « phénomène Magnaud », *op. cit.*

³⁵ *Idem*, p. 307.

Du « bon juge » aux « juges rouges »

Magnaud a peut-être eu tort de « battre la grosse caisse », mais que son action a « réveillé dans le cœur des magistrats certains principes qui semblaient être endormis à jamais... »³⁶. La violation de la loi écrite focalise toutes les critiques. Morizot-Thibault reproche aux juges de Château-Thierry de pardonner « en déchirant le texte de la loi »³⁷. Le magistrat du *Correspondant* en fait le cœur de son argumentation : Magnaud « viole la loi écrite au profit de ce qu'il considère comme la meilleure loi naturelle »³⁸. Il lui reproche également ses considérants « parasites » qui pointent la responsabilité de la société dans la délinquance. En prétendant ainsi dire son fait à la société, en diluant la responsabilité des prévenus, il « fait de ses jugements un prétexte à polémiques, de son siège une tribune d'où il menace et écrase quiconque professe des opinions différentes des siennes, déchaîne les passions et pousse, sans s'en douter, je le veux bien, à la guerre des classes »³⁹. En outre, cet « homme de parti » est tout le contraire du magistrat « qui fuit le bruit », guérit la misère par l'aumône : Magnaud cherche le moindre prétexte « pour appuyer de toutes ses forces sur la chanterelle »⁴⁰. En somme, il fait figure en son temps, de « héraut solitaire en guerre ouverte avec les siens »⁴¹.

Ce n'est plus le cas avec les juges contestataires des années 1970. Sans doute, les critiques à leur égard sont les mêmes que celles faites au président Magnaud : recherche de la popularité, politisation, viol de la loi, balance de la justice en faveur des faibles. Certes également retrouve-t-on les appréciations négatives de la hiérarchie sur leur action, quelques notes individuelles assassines en témoignant comme celle présente au dossier de Patrice de Charrette : « Ce magistrat est dangereux pour la justice et pour les justiciables »⁴². La hiérarchie multiplie les avertissements faute de pouvoir, légalement et sous la pression du Syndicat de la magistrature ayant le soutien de l'opinion, faire plus. Par exemple, Hubert Dujardin, traduit devant le Conseil supérieur de la magistrature en décembre 1974, se voit retirer l'instruction, alors que le directeur des services judiciaires, représentant du garde des Sceaux avait réclamé la révocation. Mais à défaut

³⁶ *Revue pénitentiaire*, janvier 1901, p. 60.

³⁷ *Revue pénitentiaire*, février 1902, p. 181.

³⁸ *Le Correspondant*, *op. cit.*, p. 1103

³⁹ *Idem*, p. 1112.

⁴⁰ *Idem*, p. 1103.

⁴¹ Jacques FOUCART, *Le Mythe du "bon juge" de Château-Thierry. Le président Magnaud*, Amiens, Bibliothèque municipale d'Amiens, 2000, p. 53.

⁴² *Justice*, n° 120-121, juin-septembre 1988, 20 ans de syndicalisme judiciaire.

de cette mesure extrême⁴³, les techniques habituelles sont utilisées pour entraver la contestation, notamment en agissant sur le déroulement de carrière. Oswald Baudot, substitut à Marseille, auteur d'une harangue aux jeunes magistrats (« Soyez partiaux... pour maintenir la balance entre le fort et le faible ... ») adressée en 1974 sous pli fermé à une centaine de ses collègues, terminera ses 35 années de carrière comme premier substitut, alors que l'accès à ce poste se fait généralement en moins de dix ans. Il reste que le contexte, par rapport au début du XX^e siècle, est très différent : cette fois, les juges rouges sont certes peu nombreux à faire l'actualité, mais ils ont l'appui d'une partie notable de la magistrature comme l'a montré la première grève dans l'institution judiciaire en 1976.

Cette différence informe sur le degré d'homogénéité et de cohésion de la magistrature aux époques concernées. Si, dans les deux cas, le corps affiche son unité sans faille par la voix de la hiérarchie qui parle en son nom, les contestataires remettent fortement en question la magistrature et la justice de leur temps. On l'a noté pour les années 1970, avec les premiers programmes du Syndicat de la magistrature voyant dans le principe hiérarchique le vice fondamental de l'institution. On le voit également dans le discours de Magnaud qui a bien conscience qu'il a pour lui « la presque complète hostilité de la magistrature »⁴⁴. Interrogé sur l'affaire Thérèse Humbert (une escroquerie de grande ampleur) par *Le Matin* en 1902, il n'est pas tendre pour cette « magistrature qui en est arrivée à se laisser bernier depuis quinze ans à l'aide de subtilités juridiques », estimant qu'elle s'est rendue moralement complice, signant ainsi « elle-même sa déchéance ». Opposant l'application mécanique de la loi pour condamner « à plusieurs mois de prison un pauvre diable sans ressources sur la route ou demandant un morceau de pain » aux lenteurs de la procédure pour « les escarpes de haut vol », il en tire la conclusion « que la réforme et la simplification de ce rouage vermoulu de notre organisation sociale qu'est la magistrature, ainsi que celle des codes qui forment son arsenal, s'imposent à tous égards... »⁴⁵. Il n'hésite pas d'ailleurs à critiquer la magistrature dans ses attendus, comme dans celui qui figure dans le jugement d'un délit de chasse prononcé

⁴³ Appliquée seulement pour le juge Jacques Bidalou, suspendu en 1980 (une de ses décisions invitant les parties à citer le chef du gouvernement pour entendre ses explications sur les conséquences de sa politique économique), révoqué en février 1981, amnistié, réintégré dans la magistrature et à nouveau révoqué, définitivement, en 1986.

⁴⁴ *Le Figaro*, 10 décembre 1900, art. de Jules Huret.

⁴⁵ *Le Matin*, 16 mai 1902.

Du « bon juge » aux « juges rouges »

en décembre 1901 : « Qu'à la vérité, la jurisprudence toujours disposée, puisqu'elle est l'œuvre de la magistrature, à renchérir sur les sévérités légales et à aggraver la situation des prévenus, se refuse à admettre la bonne foi en ce qui concerne les délits de chasse... »⁴⁶. C'est donc, au-delà des clivages apparaissant dans la magistrature, une autre justice qui est revendiquée par Magnaud comme par les juges rouges.

II - Une autre justice ?

Magnaud met en pratique cette autre justice, multipliant les attendus qui ont le don d'exaspérer ses pairs, mais qui se veulent avant tout en phase avec les mutations sociales de son époque. Il souhaite rendre une justice humaine tenant compte des inégalités sociales. De même, dans son manifeste intitulé significativement *Au nom du peuple français*, le Syndicat de la magistrature veut redonner toute sa force à la formule placée en tête du jugement. Il s'agit de restituer le pouvoir du juge au peuple et de rompre avec la fiction d'une justice indépendante, placée au-dessus des contradictions sociales.

Cette justice humaine, se voulant proche des justiciables, ne débouche-t-elle pas, comme le dénoncent ses détracteurs, sur une justice de classe en souhaitant corriger les inégalités ? En faisant appel à l'équité pour prolonger le pouvoir d'interprétation du droit, ne s'écarte-t-elle pas de la légalité, emportant le soupçon de violer la loi ? On a déjà rencontré ces questions au fil des réactions suscitées lors de ces deux « éruptions » contestataires.

A - Une justice proche des justiciables ?

Toute la culture du juge repose sur la modération « garantie essentielle de l'impartialité » pour le signataire de l'article déjà cité du *Correspondant*. Cette vertu va de pair avec la discrétion : « Le bon juge, c'est précisément celui qui fuit le bruit, qui, comme les peuples sages, n'a pas d'histoire... ». À l'encontre de ce « devoir de réserve », conçu de manière très extensive, Magnaud et les juges rouges utilisent les médias dans leur stratégie de rupture, affirmant hautement que le juge doit sortir de ses palais et abolir la distance sociale qui le sépare des justiciables pour mieux rendre justice.

Stratégie de rupture et utilisation des médias

C'est peu dire que ces quelques juges veulent ôter à la justice son bandeau. Sans forcément rechercher la popularité, ils s'en accommodent et

⁴⁶ Archives nationales, BB/6 (II)/1039, jugement du 20 décembre 1901.

s'en servent dans leur combat pour une autre justice. Magnaud a multiplié les interviews et les articles dans les journaux parisiens (*Le Matin*, *Le Figaro*) et la presse locale, réagissant immédiatement aux critiques faites à ses jugements. *L'Illustration* et la *Vie illustrée* lui consacrent des reportages photo et les caricaturistes de *l'Assiette au Beurre* lui dédient « respectueusement » le numéro d'avril 1901 qui stigmatise la magistrature sous le vocable de Tapinophages (dévoreurs d'humbles gens). À Jules Huret, journaliste du *Figaro* venu le rencontrer à Château-Thierry, il montre avec fierté et émotion les paquets de lettres empilés sur son bureau : « ... elles venaient de tous les coins de la France et de tous les pays du monde ; elles émanaient de toutes les classes sociales, d'hommes et de femmes de toutes conditions, ... de tout le monde et de partout, mais d'aucun magistrat... On lui écrivait comme on aurait écrit aux saints, ou au bon Dieu ! »⁴⁷. Lisant longuement une lettre d'un vagabond le remerciant de l'avoir remis sur le droit chemin, Magnaud a les larmes aux yeux, autant par sensibilité à l'égard de la condition des malheureux que « par l'évocation attendrie de sa justice et de sa bonté » note le journaliste. Sans nul doute, le bon juge a une haute idée de son action et apprécie sa récente popularité. Elle lui vaut les foudres de ses pairs, même à titre posthume : un de ses biographes, magistrat à la cour d'appel d'Amiens, n'a pas de mots assez durs pour dénoncer ce « président-drapeau, sa fanfare et ses foudres »⁴⁸. Mais sans cette popularité, Magnaud n'aurait sans doute jamais pu développer pendant plusieurs années une jurisprudence dans des domaines variés, mettant en lumière l'archaïsme de la législation en la matière. Il n'aurait sans doute jamais envoyé des pétitions à la Chambre des députés pour proposer d'amender l'article 64 du code pénal ou de remplacer par une réprimande la condamnation de délits mineurs et excusables (loi de pardon). Et l'eût-il fait, que, sans son aura médiatique, ces projets ne seraient sans doute jamais venus en discussion.

Dans l'affaire de Bruay-en-Artois, le numéro de *Paris-Match* du 20 mai 1972 peut titrer : « Le petit juge a maintenant toute la France pour auditoire ». Là encore, la médiatisation de l'affaire entre dans la stratégie du juge qui s'en prend au secret de l'instruction, dans le cadre d'une conception de la justice démocratique, sous contrôle du peuple : « Le droit pour le public de voir fonctionner sa justice découle de cette vérité indiscutée que, rendue au nom du peuple français, elle est bien « sa » justice. Le justiciable n'est pas au service de la justice, c'est la justice qui est au service du justiciable. Nous devons donc, nous magistrats, accomplir notre travail

⁴⁷ *Le Figaro*, 10 décembre 1900.

⁴⁸ Jacques FOUCART, *Le Mythe du "bon juge"*, op. cit., p. 185.

Du « bon juge » aux « juges rouges »

autant que possible sous les yeux du public, afin que, si l'on admet que celui-ci peut nous critiquer, il puisse le faire en pleine connaissance de cause. Il doit pouvoir se rendre compte des conditions dans lesquelles sa justice est rendue, et pour cela il doit pouvoir examiner et contrôler notre travail, aussi bien pendant que nous l'accomplissons que lorsqu'il est terminé et que nous lui présentons ce que nous avons fait. Toute œuvre exécutée par un homme doit pouvoir être jugée sur pièces et critiquée par les autres hommes »⁴⁹. Mise en pratique, cette conception, censée écarter ainsi les pressions de notables voulant entraver la marche de l'instruction, aboutit à une collaboration étroite avec la presse (les journalistes campent au palais de justice de Béthune) et au discours du juge Pascal sur les marches du palais devant quelque 2 000 personnes, plaidant en faveur d'une « justice à ciel ouvert ». Mais il se contente de rendre publiques les étapes de la procédure sans rien dire sur le fond de l'affaire, ce qui explique l'échec de la requête en suspicion légitime à son encontre.

Quant aux juges rouges, ils utilisent également les médias pour justifier leur action, acceptant les interviews de la télévision⁵⁰, le Syndicat de la magistrature organisant des journées portes ouvertes, des débats publics, distribuant des tracts pour démythifier la justice et le métier de juge. On sait comment Hubert Dujardin a accepté, dans cet esprit, la présence pendant trois jours d'un journaliste du *Nouvel Observateur* dans son tribunal. L'organe même du syndicat, *Justice*, et les deux volumes *Au nom du peuple français* (1974) et *Justice sous influence* (1980) donnent au public une vision tout à fait nouvelle du fonctionnement de la justice en dévoilant les diverses techniques de manipulation utilisées par la hiérarchie comme les astuces de procédure pour orienter le traitement d'une affaire. Jamais jusqu'alors des juges n'avaient montré, aussi précisément, la réalité concrète de la justice et du travail des magistrats⁵¹.

Ce recours aux médias, commun à tous les épisodes cités, dépasse de loin le souci de popularité : il vise expressément à abolir la distance sociale entre justice et justiciables.

⁴⁹ Henri PASCAL, *Une certaine idée de la justice*, Paris, Fayard, 1973, p. 62.

⁵⁰ Cf. le reportage télévisé sur les juges rouges de Béthune, 24 juin 1978, INA.fr, <http://www.ina.fr/economie-et-societe/justice-et-faits-divers/video/CAB7800706301/juges-rouges.fr.html>

⁵¹ A l'exception, partielle, de CASAMAYOR, *Les Juges*, Paris, Le Seuil, 1973, 189 p. (Magnaud est évoqué, p. 160-164).

Magistrature : distance ou proximité sociale ?

Or cette distance est grande. Sans évoquer les nombreux discours de rentrée devant les cours d'appel et plaidant dans ce sens pour préserver l'indépendance et l'impartialité du juge, et en dépit de quelques orateurs demandant une plus grande ouverture au monde, force est de constater le conservatisme de la magistrature sur ce plan, aisément justifié par une pratique professionnelle qui impose du recul face aux prétentions des plaideurs. Comme le dit le conseiller Tellier lors de la discussion sur l'état de nécessité à la *Société générale des prisons*, le grand avantage du magistrat du parquet (pour classer les délits de misère) c'est que « Le silence du cabinet prévaut contre les entraînements faciles ; la foule est souvent injuste et cruelle : le désir de la satisfaire fausse la notion de réelle justice »⁵². Comme on a, encore au début du XX^e siècle, des juges en majorité notables, très liés par leurs origines et relations sociales aux classes possédantes, cette distance va de pair avec une certaine condescendance, voire du mépris à l'égard des classes populaires. Le substitut Morizot-Thibaut repousse l'idée d'une réprimande pour les délits excusables, car si elle convient parfaitement pour sanctionner les manquements des professionnels de la justice « à l'épiderme sensible », appliquée « à un ouvrier, à un homme de la campagne, c'est-à-dire à un justiciable à la peau dure, il ne la sentira jamais... ».⁵³

Or la plupart des actes des juges contestataires ont justement porté sur les problèmes sociaux : jugements en faveur des déshérités de Magnaud, droit du travail privilégié par les juges rouges⁵⁴. En réponse à Barthou qui lui reproche de transformer « ses sentences en autant de thèses sociales et de réquisitoires contre la société »⁵⁵, Magnaud, réplique que « La première qualité d'un juge, à mon sens, est d'être un homme, et un homme de son temps, qui, loin d'être le dévot d'un formalisme traditionnel, s'efforce de ne rien ignorer du monde divers qui l'entoure, de discerner la variété des sentiments qui règnent à chaque degré de l'échelle sociale, et d'en faire délibérément état dans ses décisions »⁵⁶. Et, de fait, ses jugements abondent en attendus prenant argument de la condition des prévenus pour motiver relaxes ou verdicts d'indulgence. Au magistrat du parquet qui a fait appel

⁵² *Revue pénitentiaire*, janvier 1901, p. 56.

⁵³ *Revue pénitentiaire*, février 1902, p. 182

⁵⁴ Pierre CAM, « Juges rouges et droit du travail », *Actes de la recherche en sciences sociales*, janvier 1978, p. 2-27.

⁵⁵ *La Petite Gironde*, 11 avril 1901.

⁵⁶ *Le Matin*, 1^{er} mai 1901.

Du « bon juge » aux « juges rouges »

de l'acquittement Louise Ménard, il réplique « Je me demande si l'Avocat général de la Cour d'Amiens, qui s'est montré si sévère pour Louise Ménard, était resté trente-six heures sans manger avant d'écrire son réquisitoire, je me demande s'il se serait montré si sévère ! »⁵⁷. Dans le jugement Chiabrando, il plaide en faveur d'un juge capable de se mettre à la place du justiciable pour mieux comprendre ses motivations : « Attendu que, pour équitablement l'apprécier, le juge doit, pour un instant, oublier le bien-être dont il jouit généralement afin de s'identifier, autant que possible, avec la situation lamentable de l'être abandonné de tous... »⁵⁸.

Cette justice du cœur –qui conduit logiquement Magnaud à proposer de modifier le code pénal dans le sens de l'acquittement ou de l'excuse pour les délits de misère– est aussi celle que préconise dans les années 1970 le juge Pascal, en justifiant ainsi sa volonté de rendre justice en pleine lumière, en critiquant tout ce qui dans la procédure creuse le fossé entre magistrats et justiciables : « Avoir du cœur, voilà tout simplement la grande qualité nécessaire à tout magistrat... Avoir du cœur, c'est avant tout savoir se mettre à la place des autres... Le juge est avant tout un homme : s'il ne peut pas comprendre les autres hommes, il ne doit pas être juge... Quand le juge a affaire à un manœuvre maçon, il doit s'efforcer de raisonner et de sentir comme un manœuvre maçon ; quand il a affaire à un garçon de seize ans, il doit s'efforcer de raisonner et de sentir comme un garçon de seize ans ; de même quand il a affaire à une vieille dame et ainsi de suite »⁵⁹.

On retrouve, en partie, cette volonté d'une justice proche du peuple, parmi les juges rouges et dans les publications du Syndicat de la magistrature pendant les années 1970. La meilleure illustration en est donnée par la harangue à des magistrats qui débute d'Oswald Baudot : « Soyez partiaux. Pour maintenir la balance entre le fort et le faible, le riche et le pauvre, qui ne pèsent pas d'un même poids, il faut que vous la fassiez un peu pencher d'un côté. C'est la tradition capétienne. Examinez toujours où sont le fort et le faible, qui ne se confondent pas nécessairement avec le délinquant et sa victime. Ayez un préjugé favorable pour la femme contre le mari, pour l'enfant contre le père, pour le débiteur contre le créancier, pour l'ouvrier contre le patron, pour l'écrasé contre la compagnie d'assurance de l'écraseur, pour le malade contre la sécurité sociale, pour le voleur contre la police, pour le plaideur contre la justice »⁶⁰.

⁵⁷ Interview de Jules Huret, *Le Figaro*, 9 décembre 1900.

⁵⁸ Henry LEYRET, *Les jugements du président Magnaud*, op. cit., p. 39.

⁵⁹ Henri PASCAL, *Une Certaine idée de la justice*, op. cit., p. 205.

⁶⁰ *Justice*, n° 120-121, juin-septembre 1988, p. 11-12.

Une telle justice rencontre les aspirations permanentes des justiciables – que l'on retrouve tout au long de l'histoire de la justice– en faveur non seulement d'une proximité géographique des tribunaux, mais également d'une proximité sociale du juge (ce qui implique des formes simplifiées) allant de pair avec un règlement pacifique des litiges, privilégiant la médiation à la sanction⁶¹. Impliquant la prise en compte des inégalités sociales, elle est accusée par ses détracteurs de conduire à une justice de classe.

B - Une justice de classe ?

Il y a sur ce plan unanimité pour attribuer le stigmatisme à Magnaud, Pascal et aux juges rouges. Au premier, si l'on veut bien admettre l'humanité de ses décisions dans la relaxe de la voleuse de pain et des vagabonds et mendiants véritablement miséreux, sa condamnation des employeurs et sa jurisprudence hostile aux propriétaires dans les affaires de chasse sont très mal accueillies. Mais surtout, par sa mansuétude envers les humbles, il est rangé au rang des agitateurs socialistes qui s'en prennent à l'ordre social. N'a-t-il pas l'outrecuidance de dénoncer la société dans ses attendus ? Pour le magistrat écrivant dans *Le Correspondant*, il pousse « à la guerre des classes »⁶². À la fin du XX^e siècle encore, un de ses biographes, magistrat, l'accusera de pratiquer « une justice de classe à rebours »⁶³. Le juge Pascal s'est attiré les mêmes foudres quand il a placé en détention préventive le notaire Leroy, d'autant plus que le contexte de lutte de classes à Bruay-en-Artois, en 1972, ne pouvait que se prêter à l'accusation de parti pris en faveur des habitants des corons contre la bourgeoisie locale. On connaît les réactions suscitées, quelques années après, par l'incarcération de Chapron par le juge de Charrette. Là encore l'opposition de condition entre la victime de l'accident et le patron de l'usine conduit le garde des Sceaux à protester contre « une justice de classe ».

S'agit-il alors, pour ces juges rouges d'aller vers une forme de « justice populaire » ? Les débats au sein du Syndicat de la magistrature, dans les années 1970, ont bien montré les interrogations sur une justice « bourgeoise », instrument de domination de classe sur le « prolétariat », pour reprendre le vocabulaire de l'époque. Dans *Au nom du peuple français*, il

⁶¹ Guillaume METAIRIE, *La justice de proximité : une approche historique*, Paris, P.U.F., 2004, 160 p.

⁶² *Le Correspondant*, 27 mars 1901, 1901, 1, p. 1112.

⁶³ Jacques FOUCART, *Le Mythe du "bon juge"*, *op. cit.*, p. 173.

Du « bon juge » aux « juges rouges »

est rappelé avec insistance que la loi n'est pas neutre, de même que son application, au constat d'un régime de faveur pour les groupes socio-dominants alors que les exclus, appartenant aux catégories défavorisées, sont lourdement sanctionnés. Mais dans cette phase de « radicalisation »⁶⁴ du syndicat, la contestation de la légitimité du pouvoir et du droit, reste à l'état de motion. Les quelques actes de rupture des années 1970 ne remettent pas réellement en question la légalité. Le juge de Charrette a motivé en droit son ordonnance de placement en détention de Chapron, faisant appel au motif traditionnel en la matière, celui de « l'ordre public », notion très extensible certes, mais couramment utilisée.

En fait, il faut davantage voir dans l'action de ces magistrats –de Magnaud aux juges rouges- l'aspiration à rendre une justice démocratique, égale pour tous, en prenant en compte la réalité d'une société divisée en classes aux intérêts divergents ou à tout le moins marquée par de fortes inégalités. Ce qui implique, à leur sens, deux choses : agir pour faire évoluer la législation vers une réduction des inégalités et juger en ayant conscience de la réalité sociale, par le biais de l'interprétation du droit. Au premier chef, Magnaud donne l'exemple en proposant à la Chambre des députés plusieurs pétitions qui formeront autant de projets de loi (ses textes sont repris presque dans leur intégralité à ce stade). Il suivra cette logique en acceptant un mandat législatif, sous la pression de Clemenceau, en 1906, mandat pendant lequel ses projets de réforme (dont celui de la magistrature) n'aboutiront pas. De même, le Syndicat de la magistrature critique les projets de loi attentatoires aux libertés individuelles, prend de multiples contacts et organise des manifestations communes avec les associations et syndicats ouvriers pour faire évoluer la législation. Loin de rester confinés dans leur tour d'ivoire, ces juges ne craignent pas d'entrer dans les débats politiques et sociaux pour faire avancer leur conception d'une justice démocratique.

Quant à leur fonction de juger, elle vise d'une part à intégrer la responsabilité sociale dans l'appréciation des faits et des mobiles des justiciables et, d'autre part, à tenir la balance égale entre chacun d'eux, quelle que soit sa condition sociale. Magnaud justifie la première intention dans la réponse donnée au *Figaro* lors d'une enquête sur le droit de punir : « Le juge chargé d'appliquer la peine au nom de la société qui poursuit la répression d'un manquement à la loi ne doit pas se contenter de rechercher, outre l'intention coupable, les causes d'irresponsabilité ou les circonstances

⁶⁴ Alain BANCAUD, « On les appelait les "juges rouges". Petite histoire de la rupture et de ses limites », *op. cit.*, p. 728.

atténuantes directes, mais examiner encore si l'acte punissable ne serait pas le résultat, tout au moins indirect, de quelque lacune sociale. Et si, dans sa conscience, il estime que la société n'a pas fait tout ce qu'elle pouvait ou devait faire, la faute du poursuivant ne saurait manquer d'amoinrir, à ses yeux, celle du poursuivi, et parfois même de la supprimer »⁶⁵. Ce principe est à la base du jugement Menard comme de ceux relatifs au délit de mendicité, dans lesquels il argumente longuement sur l'insuffisance des établissements de bienfaisance. Ce faisant, il va à l'encontre de la jurisprudence de ses pairs qui, selon lui, sont, en raison de leur origine sociale, trop sévères à l'égard des miséreux.

Il les accuse d'ailleurs, en outre, d'être trop favorables aux gens de leur milieu, renversant ainsi l'argument de la justice de classe. L'affaire Salvez est à cet égard édifiante. Un notaire de son ressort avait pris la fuite après avoir détourné 50 000 francs au préjudice de ses clients. Sa famille ayant remboursé en partie ces derniers, la chambre des mises en accusation d'Amiens rendit une ordonnance de non-lieu. Le 14 décembre 1900, Magnaud connaît une affaire similaire, celle d'un colporteur, Joseph Salvez, coupable d'avoir détourné soixante francs à son employeur. Magnaud se déclare incompetent (l'abus de confiance au préjudice d'un employeur est passible des assises) avec des attendus stigmatisant la justice partielle de la cour d'appel, rappelant le non-lieu accordé au notaire : « Attendu que cette mansuétude envers un inculpé de haute marque ne peut manquer de s'étendre à l'humble prévenu qui, dans une misère profonde, s'est laissé aller à dissiper une petite somme et qui, au lieu de se soustraire aux recherches par la fuite comme le premier, s'est au contraire volontairement constitué prisonnier... Attendu, au surplus, que la culpabilité d'un homme ne saurait dépendre de la plus ou moins grande situation de fortune... »⁶⁶.

C'est au fond l'idéal démocratique, celui d'une justice égale pour tous, sans immunité pour les notables et les puissants, qui anime Magnaud. Cet idéal se retrouve à l'évidence dans les années 1970, les juges rouges s'en tenant également à l'application de la loi pour tous (alors, affirme-t-on, que la bourgeoise viole ce principe quand les siens sont en cause), avec la même prise en compte du droit des défavorisés. Dans ce cadre, se pose aussi la question du rôle du droit et du juge comme possible acteur de changement social, de réduction des inégalités.

⁶⁵ Henry LEYRET, *Les jugements du président Magnaud*, op. cit., p. 323.

⁶⁶ Henry LEYRET, *Les nouveaux jugements du président Magnaud*, op. cit., p. 70-71.

Du « bon juge » aux « juges rouges »

C - Le rôle du juge : la loi, son interprétation et l'équité

Les détracteurs des juges contestataires leur ont fortement reproché de s'écarter de la législation, de violer la loi et ne pas respecter les principes fondamentaux du droit, pour rendre une justice sentimentale, certes généreuse, mais inspirée de leur seule conscience. C'est, dit-on, la porte ouverte à l'arbitraire et à l'anarchie judiciaire, chaque magistrat finissant par rendre justice en fonction de ses convictions religieuses ou de ses opinions politiques. Ces critiques sont particulièrement développées à l'égard de la jurisprudence Magnaud, mais elles sont également faites lors de certaines décisions prises par les juges rouges, même si ces derniers font surtout parler d'eux par leurs interventions sur le fonctionnement de l'institution judiciaire.

Magnaud prononce-t-il des jugements violant la loi ? La réponse doit être nuancée. Généralement, ses décisions sont fortement argumentées, les textes discutés et la référence aux principes du droit, constante. Il y a presque toujours dans ses motivations une analyse scrupuleuse de la loi et du contrat⁶⁷. Tel est le premier jugement qui l'a rendu célèbre, où il fait application de l'art. 64 du code pénal. Mais, à l'occasion, cela ne l'empêche nullement de faire la critique de la loi, pour indiquer ses lacunes ou pour en souligner la trop grande sévérité. Ainsi, à titre d'exemple, du délit d'adultère : dans un jugement du 6 février 1903, il fustige les prescriptions « tellement surannées » du code pénal, exprimant le vœu de « faire disparaître du code une infraction de cette nature », notamment en raison de « l'odieuse différence de traitement, édictée par le législateur, entre l'homme et la femme », estimant de « son devoir très net... de laisser tomber en désuétude, jusqu'à son abrogation inévitable, une loi si partielle et d'un autre âge »⁶⁸. Refusant en l'espèce d'appliquer la loi, il lui arrive aussi d'aller au-delà du législateur, quand il prononce, autre exemple, le divorce pour consentement mutuel : « Que si le divorce par consentement n'est pas encore inscrit dans la loi, le tribunal, pour bien apprécier la situation respective des époux, ne doit pas moins tenir le plus grand compte de l'expression de cette volonté, deux êtres ne pouvant être malgré eux enchaînés à perpétuité l'un à l'autre »⁶⁹.

⁶⁷ Roland WEYL, Monique PICART-WEYL, « Socialisme et justice dans la France de 1895 : le bon juge Magnaud », *op. cit.*, p. 380.

⁶⁸ Henry LEYRET, *Les nouveaux jugements du président Magnaud*, *op. cit.*, p. 81-82.

⁶⁹ *Idem*, p. 88.

Plus encore que les aspects surannés de la législation, Magnaud s'en prend à la jurisprudence en vigueur dont il critique en termes violents le caractère étroit et routinier, le formalisme et le conservatisme, parlant de « servilisme jurisprudentiel »⁷⁰, comprenant parfaitement que ses décisions « aient suscité les colères de la magistrature, troublée dans la quiétude de son fromage juridique tombant en déliquescence... »⁷¹. Dans ses attendus, il n'a pas de mots assez durs pour dénoncer la jurisprudence « obscurcissant et compliquant, comme à plaisir, les textes les plus simples et les plus clairs », affirmant que « le juge a le devoir de s'insurger » contre elle⁷². Il a sur ce point l'appui d'une partie de la doctrine, à en juger par les interventions de plusieurs professeurs de droit aux séances de la Société générale des prisons en 1900, remarquant, comme Garçon, à propos de l'art. 64 du code pénal, combien la Cour de cassation « gênée par ce texte qui exige la perte de la liberté morale, n'a pu dégager dans notre jurisprudence la théorie du délit nécessaire », alors que les pays étrangers l'ont adoptée depuis longtemps⁷³. Saleilles, sur le même sujet, abonde dans le même sens : « si la magistrature avait usé de tous les pouvoirs qui lui appartiennent, nous n'aurions pas besoin d'ajouter un seul mot à l'art. 64 »⁷⁴. Ces critiques sont de toutes les époques et on les retrouve naturellement chez les juges des années 1970, à l'exemple d'un des fondateurs du Syndicat de la magistrature, Pierre Lyon-Caen qui estime qu'une des sources du conservatisme de la magistrature réside dans « l'enseignement du droit [qui] repose beaucoup sur l'analyse des précédents, l'étude de la jurisprudence. À l'évidence, nous sommes davantage tournés vers le passé que vers l'avenir »⁷⁵. La harangue d'O. Baudot appelait à « mépriser les coutumes, les circulaires, les décrets et la jurisprudence » et à consulter « le bon sens, l'équité, l'amour du prochain plutôt que l'autorité ou la tradition ».

L'équité, la jurisprudence Magnaud y est étroitement associée, le premier jugement qui l'a rendu célèbre ayant été perçu par l'opinion comme une sentence de pure équité. Nombre de ses attendus y font référence et sont souvent cités, en sa faveur ou comme pièce à charge : « Attendu que le mot

⁷⁰ Lettre envoyée à un numéro des *Annales de la Jeunesse laïque*, 1902 (Archives nationales, BB/6 (II) 1039).

⁷¹ *Le Matin*, 1^{er} mai 1901.

⁷² Henry LEYRET, *Les nouveaux jugements du président Magnaud*, *op. cit.*, p. 45-46.

⁷³ *Revue pénitentiaire*, décembre 1900, p. 432.

⁷⁴ *Revue pénitentiaire*, janvier 1901, p. 73.

⁷⁵ Laurent GREILSAMER, Daniel SCHNEIDERMAN, *Les juges parlent*, Paris, Fayard, 1992, p. 292.

Du « bon juge » aux « juges rouges »

d'équité se rencontre si rarement dans le code où il est souvent en lutte contre le droit, devant lequel il succombe presque toujours, qu'il est du devoir du juge de ne pas le laisser échapper et d'en faire usage dans la plus large mesure quand, par hasard, il est prononcé »⁷⁶. Il tend à placer cette notion d'équité au cœur de son action judiciaire, sans renier le droit positif, mais pour adapter ses dispositions, souvent périmées selon lui, aux conditions sociales et aux mœurs de son époque. Le président du tribunal de Château-Thierry, répliquant à Barthou qui l'accuse de se transformer en justicier, pose une question éclairante sur le fond de sa pensée : « Le désir de rendre la justice juridique doit-il prévaloir sur celui de rendre la justice équitable, conforme au droit naturel, ainsi qu'à l'esprit et aux idées d'amélioration sociale de son temps ? »⁷⁷. En ce sens, s'il est souvent considéré comme ayant pratiqué une justice prétorienne abusant de l'équité, on a pu aussi considérer que « son apport est d'avoir révélé, en un temps où le juge n'était qu'un rouage d'application de la loi, la créativité de son jugement et sa puissance d'interpellation de la société »⁷⁸.

D'une certaine façon, « l'insurrection morale » du président Magnaud marque sinon une rupture du moins un affranchissement à l'égard de la primauté de la loi en vigueur depuis la Révolution française. Sans doute serait-il exagéré d'évoquer un retour à l'arbitraire de la justice d'ancien régime, mais on retrouve, à chaque fois, l'équité au cœur de l'idéologie de la magistrature quand celle-ci tend à affirmer son pouvoir de juger à l'encontre du pouvoir politique dont une législation est contestée⁷⁹.

On peut alors se demander si ces périodes contestataires qui mettent en avant le modèle d'une justice démocratique, répondant pleinement aux aspirations des justiciables, ont eu une réelle influence. Les actes de rupture, vécus comme tels par ces magistrats, ont-ils amorcé, sinon constitué, des ruptures réelles dans la justice ou ne sont-ils l'expression que d'une conjoncture particulière ?

⁷⁶ Henry LEYRET, *Les nouveaux jugements du président Magnaud*, op. cit., p. 46.

⁷⁷ *Le Matin*, 1^{er} mai 1901.

⁷⁸ Denis SALAS, « Le bon juge Magnaud », in Loïc CADIET, *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 857-862.

⁷⁹ Jacques KRYNEN, *L'État de justice, France, XIII^e-XX^e siècle. I. L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009, 326 p. (6. La querelle de l'interprétation, p. 139-190).

III - Juges contestataires et contexte

S'interroger sur le pourquoi et l'impact de ces « insurrections » passagères permet d'en prendre la mesure au regard de l'ensemble de l'institution judiciaire et de la place de celle-ci dans une société qu'elle modèle tout en reflétant son évolution. Fortement médiatisés, les épisodes étudiés ne sont-ils restés que des épiphénomènes, d'autant plus marquants dans l'actualité qu'ils étaient exceptionnels et marginaux ? Répondre à cette question implique au préalable d'avancer quelques hypothèses sur les facteurs susceptibles d'expliquer l'apparition d'un juge Magnaud comme des juges rouges : les replacer dans le cours de l'histoire est aussi une façon de prendre la pleine mesure de leur originalité comme de leur influence ultérieure.

A - Le contexte de l'émergence des contestations

Le cas de Magnaud, isolé parmi ses pairs, a conduit à rechercher des préoccupations personnelles à son action. On trouve dans sa notice personnelle de 1892 une allusion à un de ses parents qui l'aurait déshérité, en 1884, au profit d'une congrégation en rétorsion à ses opinions républicaines et anticléricales. En faire le point de départ de sa révolte contre la magistrature est hasardeux, d'autant qu'il est alors simple juge d'instruction. Qu'il s'oriente vers une justice favorable aux humbles peut s'expliquer par son mariage avec une filleule de George Sand. On avance également l'emballlement de la popularité : auréolé par l'écho donné à la relaxe de Louise Menard, il aurait alors multiplié les jugements remettant en question la jurisprudence admise.

Au-delà des aléas de sa vie personnelle, il faut prêter davantage attention à sa carrière judiciaire. Le procureur général d'Amiens le qualifie pour la première fois « en état d'insurrection morale » dans sa notice de 1894 en relevant plutôt un incident de carrière : « Il y a deux phases dans la carrière de M. Magnaud. Dans la première, de 1881 à 1887, sa conduite, loin de donner lieu à la moindre critique, mérite des éloges ; depuis 1887 et particulièrement depuis l'échec qu'il a subi pour un poste de conseiller, il se montre violent et passionné. Il recherche toutes les occasions d'entrer en lutte avec les juridictions supérieures... ». Il est probable que ces vexations, pour un homme imbu de sa personne et au caractère bien trempé, n'étaient pas faites pour entretenir des relations harmonieuses avec sa hiérarchie. Gascon, né à Bergerac, fils d'un directeur départemental de l'enregistrement, Magnaud a abandonné le barreau pour entrer dans la magistrature à 32 ans,

Du « bon juge » aux « juges rouges »

comme substitut à Doullens où il est nommé à la fin de décembre 1880. Républicain convaincu –vote négatif au plébiscite de 1870, participation à la guerre dans l’armée de la Loire– il est assez représentatif de cette génération de magistrats républicains entrés massivement dans le corps lors des épurations du début des années 1880 : il est nommé justement lors de la vague de démissions dans le parquet consécutive aux décrets contre les congrégations. Par ses origines familiales et sa fortune modeste, il s’apparente également aux « nouvelles couches » qui commencent timidement, à partir de ces années, à prendre place dans la magistrature à l’occasion des épurations⁸⁰. Il reste quelques mois à Doullens, puis devient juge d’instruction successivement à Montdidier (mai 1881), Senlis (octobre 1883) et Amiens (juin 1885). Il accède à la présidence du tribunal de Château-Thierry en octobre 1887.

Ses convictions politiques lui font apprécier le mouvement d’humanisation de la législation pénale qui se développe dans les décennies 1880-1890 et dont le sénateur Bérenger –qui se dit « très sympathique à M. le président Magnaud et à ses idées » tout en n’approuvant pas la forme et l’éclat donnés à certains de ses jugements⁸¹– est l’un des promoteurs. Les lois sur la déchéance de la puissance paternelle (1889) et la répression des violences à enfants (1898) témoignent d’un souci de protection de l’enfance dite en danger qui se retrouve dans la jurisprudence de Château-Thierry, laquelle ne se fait pas faute de stigmatiser les maisons de correction, écoles de perdition⁸². Les lois de 1885 sur la libération conditionnelle et de 1891 sur le sursis s’inscrivent parfaitement dans la philosophie pénale de Magnaud, lequel souhaite la prolonger, on l’a vu, par l’absolution pour les délits commis en état nécessité ou les délits mineurs (proposition de réprimande). Sa jurisprudence s’inscrit dans le mouvement plus général de cette « République des faibles »⁸³ qui tout en réprimant sévèrement la récidive (loi

⁸⁰ Vincent BERNAUDEAU, « Un séisme professionnel : l’épuration de la magistrature au début de la III^e République (France, années 1880-1910) », in Hervé LEUWERS (dir.), *Juges, avocats et notaires dans l’espace franco-belge. Expériences spécifiques ou partagées (XVIII^e-XIX^e siècle)*, Bruxelles, Archives générales du Royaume, 2010, p. 139-159.

⁸¹ *Revue pénitentiaire*, janvier 1902, p. 61.

⁸² « les maisons de correction en raison du contact des enfants vicieux qui y sont placés ne sont presque toujours que des écoles de démoralisation et de préparation tout à la fois à des crimes et à des délits ultérieurs », jugement du 10 juin 1898 (Henry LEYRET, *Les jugements du président Magnaud*, op. cit., p. 122.)

⁸³ Annie STORA-LAMARRE, *La République des faibles : les origines intellectuelles du droit républicain, 1870-1914*, Paris, A. Colin, 2005, 219 p.

de relégation outre-mer de 1885) fait preuve d'indulgence envers la délinquance primaire. Son originalité est de vouloir aller plus loin dans ce soutien aux humbles et aux faibles (femmes, ouvriers, exclus), ce qui le rapproche des radicaux et des socialistes.

Peut-être y est-il incité par la conjoncture politique et sociale de la dernière décennie du XIX^e siècle. À la suite de la crise boulangiste (1889) et du scandale de Panama (1892), les gouvernements républicains modérés font aussi preuve d'une grande fermeté à l'égard du mouvement ouvrier, usant de la force pour mettre fin aux grèves et portant atteinte aux libertés publiques dans la répression des anarchistes. D'autre part, l'affaire Dreyfus met en lumière les tergiversations des modérés comme leur volonté d'empêcher la justice de revenir sur le verdict prononcé par le Conseil de guerre de Rennes en 1894. Alors que la chambre criminelle de la Cour de cassation admet le pourvoi en révision de Dreyfus, le gouvernement réalise un véritable « coup d'État judiciaire » en la faisant dessaisir. La cassation par l'ensemble de la Cour –toutes chambres réunies– du jugement militaire est une manifestation forte et nouvelle de la volonté d'indépendance de la plus haute juridiction à l'égard du pouvoir politique. L'action de Magnaud se situe aussi dans le contexte d'un affaiblissement relatif du pouvoir politique par rapport au pouvoir judiciaire.

Les coups d'éclat des « juges rouges » se réalisent dans une toute autre conjoncture, même s'ils prolongent, d'une certaine façon, l'ébranlement né de la contestation étudiante et ouvrière de mai-juin 1968. On avancera en ce sens, la naissance du Syndicat de la magistrature, en 1968. Plutôt réformiste les premières années, le syndicat se radicalise au début des années 1970, poussé par ses éléments qui s'inspirent directement du mouvement de 1968 : critique de la justice comme instrument de domination de la classe bourgeoise, tendance à politiser l'action juridique, lutte contre le principe hiérarchique (la mise en cause de toutes les institutions d'autorité est un des traits majeurs des contestations politiques issues de 1968), fonctionnement du syndicat sur le mode de la démocratie directe (ce qui laisse une grande liberté aux actions individuelles des « juges rouges » que le syndicat avalise ensuite) et aussi désir de se rapprocher du peuple.

Pour les mouvements radicaux –« gauchistes » selon l'expression de l'époque–, dont les militants, jeunes, sont en majorité issus des élites sociales ou des couches moyennes, la référence au peuple est omniprésente. Cette volonté d'aller au peuple⁸⁴, de lui redonner sa place dans toutes les

⁸⁴ Rémi GUILLOT, *Innovations judiciaires et appels au peuple. Ce que Mai 68 a fait au droit. Le cas du juge Pascal dans « l'affaire de Bruay-en-Artois »*, Congrès

Du « bon juge » aux « juges rouges »

institutions se retrouve au niveau de la justice, dans le Syndicat de la magistrature comme dans le Mouvement d'action judiciaire, ainsi que chez les juges rouges que nous avons cités. L'affaire de Bruay-en-Artois en donne l'exemple le plus éclairant avec l'intervention sur place des maoïstes et de leur journal *La Cause du peuple* soutenant l'instruction transparente, « à ciel ouvert », du juge Pascal. On retrouve la même attitude dans l'intérêt porté par les juges rouges au droit du travail comme le dit Patrice de Charrette : « ... je crois que ce qui nous a intéressés, c'est que c'était en prise directe sur la réalité... Cela a été une découverte pour moi, qui étais très éloigné des réalités du monde ouvrier, j'étais dans un milieu où les problèmes des ouvriers, c'était vraiment l'inconnu complet... Dans le fond, le droit du travail, c'est un domaine où tout est à faire ; ce que je veux dire par là, c'est que le droit du travail était appréhendé jusqu'à présent avec les catégories du droit civil, c'est-à-dire d'une façon extrêmement juridique, sans aucun contact avec la réalité ou presque... »⁸⁵. En même temps, ce désir d'aller au contact du peuple et de sa réalité au travail s'inscrit dans un mouvement plus ancien, accéléré à la Libération, de transformation de la législation sociale en droit social. Mais dans les années 1970, les juges contestataires se préoccupent surtout de la faiblesse des sanctions pénales en ce domaine, un domaine « où tout est à faire ».

La remarque est significative de l'état d'esprit de ces jeunes juges, commençant leur carrière à l'instruction ou comme substitut dans la région du Nord (Lille, Béthune). Leur contestation illustre les mutations en cours dans la magistrature. La plupart ont été formés à l'École nationale de la magistrature (ENM) qui a incontestablement favorisé une réflexion collective et donné naissance, compte tenu de la crise de recrutement de la magistrature, à une nouvelle génération de juges différents par leur origine sociale et leur formation. Alors que la magistrature traditionnelle était en osmose avec les élites et en particulier les notables locaux (par leur origine et leurs relations), les juges sortis de l'ENM sont les enfants de classes moyennes salariées, sans liens privilégiés avec le monde des juristes, ayant connu 1968 sur les bancs des facultés. La professionnalisation des magistrats s'accélère justement à cette époque. Alors qu'au milieu des années 1960, une toute petite minorité des juges était issue de l'ENM (7 % en 1966), de 1967 à 1970, l'École accueille en quatre ans, de 1967 à 1970 plus de magistrats qu'il

de l'Association française de sociologie, RT 13 Sociologie du droit et de la justice (en ligne http://www.melissa.ens-cachan.fr/IMG/pdf/Remi_GUILLOT.pdf)

⁸⁵ Pierre CAM, *Juges rouges et droit du travail*, op. cit., interview de Charrette, p. 2.

n'en est entré pendant les dix années précédentes⁸⁶. L'arrivée massive, dans la magistrature, de ces jeunes sans attaches familiales parmi les juristes, mais ayant connu les contestations étudiantes de 1968 et des années suivantes, explique largement la radicalisation du Syndicat de la magistrature et les initiatives individuelles des juges rouges⁸⁷. Or ces jeunes magistrats se sentent mal à l'aise dans un corps conservateur, hiérarchisé et soumis au pouvoir politique comme aux élites sociales. D'autant plus qu'entrés nombreux dans la magistrature, leur avancement de carrière est susceptible d'être retardé⁸⁸, ce qui n'est pas sans rapport avec la contestation, un temps, du principe hiérarchique...

On le voit, les mutations de la magistrature en cours dans les années 1970 sont autrement plus importantes qu'à l'époque du juge Magnaud. La différence entre les deux périodes suffit à rendre compte de l'isolement du bon juge alors que le « juge rouge » n'est pas seul, soutenu en outre par un syndicat. Elle contribue également à nuancer l'impact de ces contestations.

B - Une contestation dont la portée est limitée ?

Les réactions, dans le monde judiciaire comme au niveau du pouvoir politique, aux « coups d'éclat » de ces juges font douter de leur impact immédiat. On sait que nombre des jugements de Magnaud sont infirmés par la cour d'appel d'Amiens. Le président de Château-Thierry ne fait pas d'émule. Sa jurisprudence est fortement critiquée par ses pairs comme par la doctrine et F. Gény pourra écrire, à juste titre, qu'il s'agit d'une « passade », personne ne reprenant le flambeau après l'entrée de Magnaud à la Chambre des députés où d'ailleurs il échoue dans ses projets de réformer la magistrature comme dans ses projets de loi sur le pardon et d'abolition de la peine capitale. Il avait déjà proposé à la Chambre des députés, en vain, quand il était juge, cette loi sur la réprimande et une autre sur l'état de nécessité. Son entrée en politique –il est élu à Paris sous l'étiquette « radicale-socialiste »- est fortuite : cédant à la demande pressante de Clemenceau qui compte sur sa popularité pour battre un candidat nationaliste, Magnaud n'est pas du tout dans l'attitude du juge qui conscient des limites de son action, veut réformer le droit en devenant législateur. En fait, il aboutit au résultat inverse : devenu député de la gauche, il renforce

⁸⁶ Pierre CAM, *Juges rouges et droit du travail*, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁷ Alain BANCAUD, « On les appelait les "juges rouges". Petite histoire de la rupture et de ses limites », *op. cit.*, p. 729.

⁸⁸ Jean-Pierre MOUNIER, « Du corps judiciaire à la crise de la magistrature », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, n° 64, p. 20-29.

Du « bon juge » aux « juges rouges »

les critiques de ceux qui voyaient dans le bon juge un militant des thèses socialistes, et, redevenu simple juge au tribunal de la Seine, il perd toute l'influence qu'il avait comme président à Château-Thierry. Finalement, ses premiers jugements n'aboutissent qu'à des circulaires de la Chancellerie, comme celle du 2 mai 1899 en matière de vagabondage et mendicité, recommandant au parquet de classer sans suite quand l'intention délictueuse fait défaut⁸⁹. De même, les décisions des « juges rouges » sont, on l'a vu, rapportées ou réformées en appel. À son IX^e congrès en 1976, le Syndicat de la magistrature doit constater la portée bien réduite de ses tentatives de faire prévaloir l'équilibre entre le fort et le faible ou l'intérêt des personnes sur le droit des biens⁹⁰. Significative est l'affaire Chapron. Pour éviter toute contagion, le ministère de la Justice fait voter une modification du code du travail mettant un terme à la jurisprudence de la Cour de cassation sur la responsabilité pénale de l'employeur en exigeant désormais la preuve de sa « faute personnelle » (loi du 16 décembre 1976)⁹¹.

En revanche, à terme, le mouvement de pénalisation du droit du travail devient une réalité. Le constat est encore plus évident pour ce qui est de la jurisprudence Magnaud dont la plupart de ceux qui l'évoquent à notre époque reconnaissent et louent son rôle de précurseur en beaucoup de domaines. Mais ses décisions sont consacrées si tardivement qu'il est difficile de lui attribuer les réformes adoptées des dizaines d'années après sa présidence ! Qu'on en juge : l'adultère ne cesse d'être un délit qu'en 1975, le divorce par consentement mutuel est adopté la même année, l'état de nécessité n'est pris en compte dans la législation pénale qu'à partir du nouveau code pénal (art. 122-7) entré en vigueur en 1994 et la « loi de pardon », visant à remplacer une condamnation par une réprimande ne voit le jour qu'à l'extrême fin du XX^e siècle, sous la forme des alternatives aux poursuites dont dispose le parquet, tel le rappel à la loi. Autant dire que le triomphe des idées du président de Château-Thierry est posthume : elles sont manifestement adoptées hors de son influence, dans un contexte politique et social tout à fait différent de celui de son époque.

⁸⁹ Une autre circulaire du 20 février 1900 invite le juge à voir « le malheureux » dans le coupable, réclamant une application plus fréquente de la loi de sursis (citée par Henry LEYRET, *Les jugements du président Magnaud*, *op. cit.*, p. 330-334).

⁹⁰ Alain BANCAUD, « On les appelait les "juges rouges". Petite histoire de la rupture et de ses limites », *op. cit.*, p. 746-747.

⁹¹ Jean-Yves CHEVALLIER, « Bon sens et sens de l'histoire, ou les leçons d'une histoire de bon sens en matière d'accidents du travail et de responsabilité pénale des chefs d'entreprise », *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Paris, Economica, 1995, p. 111-123.

Ces mouvements de contestation menés par un ou quelques juges, sont-ils alors restés des épiphénomènes ne troublant que pendant quelques années la « torpeur de la magistrature » qu'ils dénoncent peu ou prou ? Peut-être que c'est justement dans l'institution judiciaire, dans ses rapports au politique, que leur influence immédiate doit être recherchée, si l'on prend soin de rappeler le contexte de leur action. Deux ans après les premiers jugements de Magnaud, un an après le refus de la Cour de cassation de s'incliner devant le « coup d'État judiciaire » qui a frappé sa chambre criminelle, l'avocat général Duboin y prononce à l'audience solennelle de rentrée un discours sur le thème de la législation sociale à la fin du XIX^e siècle, et le premier président nouvellement installé, Ballot-Beaupré, invite à interpréter « libéralement, humainement » la loi, et à rendre une justice « à la fois impartiale, égale pour tous, secourable dans la mesure du possible aux faibles et aux humbles... »⁹². Certes, le thème développé n'est pas tout à fait nouveau et les limites du « possible » sont indécises, mais on peut déceler en ces paroles comme l'écho de la jurisprudence Magnaud. Dans cette période de crise sociale et politique, le bon juge comme l'arrêt de 1899 de la Cour de cassation constituent de premiers pas allant dans le sens d'une revendication du pouvoir du juge dans la société. Mais il faut bien dire qu'ils ne seront guère suivis d'autres avant longtemps.

L'action des juges rouges a sans doute eu plus d'effet, notamment par le biais du syndicalisme qui a largement contribué à distendre les liens entre la magistrature, le pouvoir politique et les élites. Toutefois, on peut aussi remarquer que l'entrée de ses militants dans les sphères du pouvoir (cabinets ministériels, notamment à la Chancellerie) et leur promotion dans leur hiérarchie après 1981, ont souvent été vécues par les adhérents des années précédentes comme une forme de trahison, à tout le moins sur le mode du désenchantement devant les promesses non tenues. Elle a atténué les critiques à l'égard du pouvoir socialiste, alors que dans le même temps, une partie de la hiérarchie judiciaire « s'est mise à fronder »⁹³. On a déduit de cette évolution que le mouvement de contestation né dans les années 1970 avait été progressivement étouffé par le corps judiciaire, resté hiérarchisé et imposant sa culture de la loi⁹⁴. Mais le constat n'est pas exclusif d'une indépendance revendiquée à l'égard de l'exécutif et même des élites sociales (au regard de la sociologie nouvelle de la magistrature) :

⁹² Henry LEYRET, *Les nouveaux jugements du président Magnaud*, *op. cit.*, p. 12.

⁹³ Interview de P. LYON-CAEN, in *Les Juges parlent*, *op. cit.*, p. 316.

⁹⁴ Alain BANCAUD, « On les appelait les "juges rouges". Petite histoire de la rupture et de ses limites », *op. cit.*, p. 730.

Du « bon juge » aux « juges rouges »

en ce sens les juges d'instruction « chevaliers blancs » des années 1990 traitant les affaires de corruption politique⁹⁵ se situent bien dans le prolongement immédiat des juges rouges, quand il s'agit de ne plus tolérer l'immunité des « puissants » et des notables politiques.

*

* *

Ils font également la « une » des médias, comme leurs prédécesseurs dans les années 1970 et comme Magnaud à la fin du XIX^e siècle. On aurait tort cependant de n'y voir qu'un phénomène médiatique, ayant un caractère exceptionnel et revenant périodiquement sur le devant de la scène, mais restant finalement sans effet sur la justice. Certes, faisant figure de précurseurs, ils suscitent des réactions contradictoires : vilipendés par la hiérarchie et les autorités politiques, ils trouvent un écho enthousiaste dans l'opinion publique qui semble découvrir qu'une justice humaine, égale pour tous peut exister. Conscients du poids des inégalités sociales qui pèse sur les litiges et la délinquance, ils sont loin cependant de pratiquer une « justice de classe » comme l'affirment leurs détracteurs. Car c'est, au fond, l'idéal d'une justice démocratique et indépendante des « gros » comme des gouvernements que ces juges incarnent. Ils rencontrent là une aspiration profonde des justiciables que l'on retrouve tout au long de l'histoire de la justice.

Le fait est que ces juges sont une minorité, fortement agissante sans doute, mais souvent bien isolée dans un combat où elle s'épuise⁹⁶. Leur action naît généralement dans un contexte de crise : épuisement politique des républicains modérés à la fin du XIX^e siècle, ébranlement de mai-juin 1968, crise économique et sociale de la fin du XX^e siècle. Dans un climat propice à l'empathie envers les catégories populaires, ils sont partisans d'une justice proche des justiciables, transparente, prenant au pied de la lettre la formule consacrée qui rappelle qu'ils jugent « Au nom du peuple français ». Ce contexte où le pouvoir politique est affaibli leur permet de mettre en avant le pouvoir du juge, en critiquant l'anachronisme ou les lacunes d'une législation, comme son application routinière et injuste socialement, par leurs pairs. En proposant une interprétation du droit

⁹⁵ Violaine ROUSSEL, *Affaires de juges. Les magistrats dans les scandales politiques en France*, Paris, La Découverte, 2002, 309 p.

⁹⁶ On remarquera la fuite vers le politique –véritable terrain de lutte– de plusieurs juges d'instruction des années 1990.

Jean-Claude Farcy

faisant appel à l'équité, ils posent le problème des limites à ne pas franchir dans le respect du droit positif comme celui de remédier à l'obsolescence de la législation : à ce double point de vue, il leur était difficile de ne pas subir les foudres de leurs pairs et des autorités.

Révélatrice des tensions au sein de la magistrature, reflétant partiellement celles de la société, la contestation des « petits juges », aspirant à une justice démocratique, pose la question plus générale des capacités du juge à adapter le droit à l'évolution sociale, et donc la place de l'institution judiciaire dans l'équilibre des pouvoirs.

ASSOCIATIONS ET SYNDICATS DE MAGISTRATS DE L'ORDRE JUDICIAIRE DANS LA FRANCE DU XX^e SIECLE

par Béatrice Fourniel,
maître de conférences au Centre
universitaire Jean-François Champollion (CTHDIP)

Le syndicalisme dans la magistrature fut considéré, jusqu'à une époque très récente -la deuxième moitié du XX^e siècle- comme totalement impensable. Pour en être convaincu, il suffit de se référer au refus même des magistrats d'être « ravalés au rang de petits fonctionnaires » ou encore « à celui de "facteurs" »¹. Les raisons semblent multiples, parmi lesquelles l'existence du devoir de réserve imposé aux magistrats qui paraît à première vue incompatible avec un engagement syndical. Ce devoir est « une valeur centrale de l'éthique judiciaire et la contrepartie de son indépendance »². Signalons également que le mode de recrutement a été dirigé par « l'antique système des recommandations »³ jusqu'en 1906 avec la mise en place de la procédure de concours. Cette première expérience, inaugurée par le décret Sarrien⁴, fut néanmoins de courte durée, puisque le concours fut bien vite remplacé en 1908 par un examen professionnel qui, sans laisser totalement recourir au système de la recommandation, sauf dans de rares cas, ôtait une

¹ Jean-Pierre ROYER, Jean-Paul JEAN, Bernard DURAND, Nicolas DERASSE et Bruno DUBOIS, *Histoire de la justice en France*, PUF, 4^e édition, 2010, p. 1114. Les auteurs reprennent également les propos tenus par un professeur de droit s'écriant : « Les magistrats qui se syndiquent, c'est le pape qui a des gosses » ; Jean-Pierre ROYER (dir.), *La justice d'un siècle à l'autre*, PUF, 2003, p. 121 et p. 128, propos rapportés par Pierre LYON-CAEN, l'un des fondateurs du premier syndicat de magistrats : « Un conseiller technique du garde des Sceaux [...], M. Sadon, apostropha un jour une délégation du tout jeune syndicat de la magistrature en lui reprochant d'avoir ravalé les magistrats au rang de postier ! ».

² Jean-Pierre MOUNIER, « Du corps judiciaire à la crise de la magistrature », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, septembre 1986, p. 24. Ce devoir « est loin de n'être qu'un problème de statut [...] ». Selon l'auteur il garantit aussi « la cohésion, ou, si l'on préfère, [il met] à l'abri de toute les crises ».

³ Jean-Pierre ROYER et alii, *Histoire de la justice en France*, PUF, 4^e édition, 2010, p. 723.

⁴ 18 août 1906.

grande partie d'anonymat dans le recrutement des magistrats⁵. Ces pratiques construisaient une magistrature bourgeoise, bien souvent dynastique, au sein de laquelle les mouvements contestataires n'avaient pas leur place. L'instauration définitive de la procédure de concours en 1958 entraînera un véritable et profond changement dans le mode de recrutement qui participe sans conteste à l'arrivée du syndicalisme dans la magistrature.

Mais il faut également rappeler que la liberté syndicale établie en France en 1884⁶ ne s'est pendant longtemps pas appliquée aux « employés de l'État » dans leur ensemble⁷. Elle ne fut officiellement octroyée à ces derniers qu'en 1946⁸, bien que tolérée à partir de 1924. Les pouvoirs publics craignaient que la syndicalisation ne s'accompagnât de la réclamation du droit de grève, et imaginer les fonctionnaires rejoignant les ouvriers leur faisait redouter le spectre de la grève générale⁹.

La loi du 1^{er} juillet 1901 autorisant les associations aurait pu simplifier les choses. « Léon Duguit estimait [même] que la loi de 1884 aurait dû être abolie après 1901 »¹⁰. Le mode associatif permet d'ailleurs de contourner

⁵ Décret Briand du 13 février 1908. « L'examen professionnel instauré en 1908, s'il n'interdisait pas l'avènement tardif d'une certaine méritocratie, laissait toutefois encore planer un soupçon d'arbitraire politique », Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge : modes de recrutement et crise des vocations de 1830 à nos jours*, Droit et justice, PUF, 2008, p. 2.

⁶ Loi Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884.

⁷ Dans les premiers temps, il semble que « l'existence de groupements de fonctionnaires ne pouvait qu'attenter à la souveraineté de l'État, toute association professionnelle devait donc être interdite à ses employés » selon Jeanne SIWEK-POUYDESSEAU dans *Le syndicalisme des fonctionnaires jusqu'à la guerre froide*, Presses universitaires de Lille, 1989, p. 38.

⁸ La loi du 19 octobre 1946 reconnaît le droit syndical des fonctionnaires. Article 6 : « Le droit syndical est reconnu aux fonctionnaires. Leurs syndicats professionnels régis par le livre III du code du travail, peuvent ester en justice, devant toute juridiction [...] ». L'article 6 de la loi de 1946 sera repris dans l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut des fonctionnaires. Mais les magistrats ne sont bien évidemment pas encore concernés puisque l'ordonnance du 22 décembre 1958 les distingue des autres fonctionnaires, une des différences fondamentale étant leur inamovibilité, sensée assurer leur indépendance. Il faudra encore attendre une dizaine d'années pour que le syndicalisme « entre officiellement » dans la magistrature.

⁹ Pourtant, de nombreux syndicats de fonctionnaires s'étaient mis en place, malgré l'interdiction. Signalons la création en 1905 d'un syndicat des sous-agents des PTT, de la fédération nationale des instituteurs et institutrices publics, d'un comité central pour la défense du droit syndical, etc.

¹⁰ Jeanne SIWEK-POUYDESSEAU, *op. cit.*, p. 198.

Associations et syndicats de magistrats au XX^e siècle

quelques temps l'interdiction syndicale. Nous verrons que les deux principaux syndicats de magistrats étaient à l'origine des associations, lesquelles ressentirent le besoin de revêtir la forme syndicale afin de mieux défendre les buts qu'elles s'étaient fixées.

Ainsi, le premier syndicat de magistrats fut le Syndicat de la magistrature¹¹, officiellement fondé le 8 juin 1968¹², lors de l'assemblée générale extraordinaire de l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de justice¹³. Sa reconnaissance officielle ne sera réalisée que quatre ans plus tard, par l'arrêt « demoiselle Obrego » rendu par le Conseil d'État le 1^{er} décembre 1972.

La mise en place des mouvements associatifs puis celle du syndicalisme dans la magistrature ont été chacune concomitante d'une modification de la composition du corps judiciaire en lien avec la création de l'examen professionnel en 1908, puis, en 1958, du concours et du Centre national d'études judiciaires¹⁴, devenu Ecole nationale de la magistrature en 1970¹⁵. Les jeunes magistrats ne se seraient plus reconnus dans « les normes et le fonctionnement de l'institution »¹⁶, donnant ainsi naissance à une crise identitaire au sein du corps judiciaire.

Le syndicalisme n'a pas fait disparaître les associations et il se trouve aujourd'hui presque autant de groupements professionnels que de fonctions juridictionnelles. Ces multiples divisions sont vues d'un œil très critique par certains magistrats comme l'avocat général honoraire Pierre Lyon-Caen, l'un des membres fondateurs du SM : « la magistrature a été atteinte du mal bien français de la division et de la parcellisation. C'est le cas des regroupements existant par nature de fonction (association des juges des enfants, des juges de l'application des peines, des juges d'instance, des juges d'instruction...)

¹¹ Désormais SM.

¹² La décision de la transformation en syndicat aurait été décidée dès décembre 1967.

¹³ Désormais AAAAJ.

¹⁴ Ordonnance du 22 décembre 1958.

¹⁵ Loi du 10 juillet 1970. Désormais ENM.

¹⁶ Joël FICET, « Recompositions identitaires et mobilisation professionnelle de la magistrature française. Le rôle du syndicalisme judiciaire 1945-2005 », Communication au colloque international « Identifier, s'identifier », Université de Lausanne, 30/11/06-01/12/06, http://www.unil.ch/webdav/site/iepi/users/cplatel/public/atelier_5/Ficet.pdf, p. 1, consulté le 6 janvier 2012 ; voir aussi du même auteur « Regard sur la naissance d'un militantisme identitaire : syndicalisme judiciaire, identités professionnelles et rapport au politique dans la magistrature française. 1945-1986 », *Droit et société*, 2009/3, n° 73, p. 703-723.

comme des associations ou syndicats à vocation générale qui se sont multipliés : à côté du SM et de l'USM¹⁷, il en existe quatre autres, heureusement peu représentatifs (10,6 % au total). Mais la démagogie aidant, le risque de surenchère et d'émiettement constitue un danger potentiel non négligeable »¹⁸.

Dresser un tableau de l'évolution du mouvement associatif et syndical au cours du XX^e siècle, des prémices du syndicalisme dans les années 1911 à 1968 (I) aux divisions associatives et syndicales de 1968 à la fin du XX^e siècle (II), permet de montrer un aspect des désunions de la magistrature. Ces désaccords naissent bien souvent d'une volonté commune de défendre la fonction judiciaire mais selon des conceptions différentes.

I - Les prémices du syndicalisme

Pour Jean-Pierre Royer, « la structure syndicale, au sens d'un regroupement de personnes dans l'intention de défendre leurs intérêts professionnels, remonte dans le monde de la justice aux années 1920 »¹⁹. En effet, les syndicats de magistrats ne sont pas nés *ex-nihilo* mais bien à partir d'associations préexistantes. Il est même possible de rechercher l'origine du mouvement syndical dès 1911 avec la création de l'Association amicale de la Magistrature, principal regroupement de magistrats du début du XX^e siècle (A). Un mouvement associatif bien plus important et plus proche encore du syndicalisme se manifesterait après la seconde guerre mondiale sous la forme de l'Union fédérale des Magistrats²⁰ (B).

A - Première manifestation de défense d'intérêts professionnels

La première importante association générale de magistrats est fondée en mai 1911. Il s'agit de l'Association amicale de la magistrature, dont la chancellerie n'avait pas vraiment apprécié l'article 2 des statuts²¹ prévoyant, parmi les buts de l'Association, de « rechercher et poursuivre l'amélioration de la situation matérielle et morale de ses membres et soutenir leurs intérêts professionnels ». Les pouvoirs publics avaient estimé « que c'était là un

¹⁷ Union syndicale des magistrats.

¹⁸ Pierre LYON-CAEN, « La création du Syndicat de la magistrature : le point de vue de Pierre Lyon-Caen », *Les mauvais jours finiront*, Syndicat de la magistrature, La Fabrique éditions, Paris, 2010, p. 41.

¹⁹ Jean-Pierre ROYER et alii, *Histoire de la justice en France*, PUF, 4^e édition, 2010, p. 1113.

²⁰ Désormais UFM.

²¹ Ils paraissent au *Journal officiel* du 5 mai 1911.

Associations et syndicats de magistrats au XX^e siècle

objectif susceptible de conduire les magistrats "à se dresser contre l'autorité de [leurs] chefs". [...] "Si semblables associations prenaient un caractère syndical, notamment en entrant en lutte contre le gouvernement pour la défense des intérêts professionnels de leurs membres, la dissolution en serait demandée, sans préjudice des mesures disciplinaires qui pourraient être prises contre les sociétaires". CAC Fontainebleau, Versement 20020504, article 3. Note du 27 juin 1911 »²².

Le but premier de l'Association était la solidarité, comme le soulignent les premiers alinéas de l'article 2 de ses statuts²³. En effet, l'Association s'était adjoint une société de secours mutuels, la Mutuelle de la magistrature, réservée à ses membres. Celle-ci publie régulièrement un *Bulletin de l'Association* et un *Annuaire de la Magistrature*. Dans l'avertissement de l'*Annuaire* de 1933, le vice-président de l'Amicale rappelle que « cette publication est une tribune de propagande en faveur des idées de solidarité qui doivent unir tous les membres de la famille judiciaire » et encourage tous ceux qui le souhaitent « à adhérer encore plus nombreux à la "Mutuelle de la magistrature" et, une fois admis, à se lancer hardiment dans la voie d'un notable élargissement et d'une réorganisation totale, sur des bases vraiment solides, assurant une entr'aide réellement efficace »²⁴ de l'institution judiciaire telle qu'elle fonctionnait à cette date. Précisons que les discussions religieuses ou politiques demeuraient formellement interdites dans les réunions de l'Association ainsi que dans les articles publiés par le *Bulletin* périodique²⁵.

Cependant l'Association veillait à la défense de l'indépendance de la justice. Ainsi en 1914, lors d'un congrès réunissant quatre cents de ses délégués²⁶, furent formulés des vœux concernant la « situation morale et

²² Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge*, p. 78, note 2.

²³ « 1° Venir en aide, par l'attribution de secours, aux familles des sociétaires décédés ; 2° Consentir à ses membres participants, sur les fonds sociaux, aux conditions déterminées par le conseil d'administration, des avances motivées par les congés sans traitement, pour cause de maladie et pour tous les cas urgents, laissés à l'appréciation du comité ; 3° Fournir aux sociétaires, en instance de liquidation de retraite et ayant cessé leurs fonctions, des moyens d'existence, en leur faisant des avances sur les arrérages de leur pension ».

²⁴ Association amicale de la magistrature, *Annuaire de la magistrature*, 5^e année, 1933, p. 1.

²⁵ Article 25 des statuts de l'Association amicale de la magistrature.

²⁶ Vilfredo PARETO, *Traité de sociologie générale*, t. 12, Genève-Paris, 1968, p. 1465, 400 délégués représentant 1 900 membres participants. Notons qu'il y avait

matérielle du magistrat » mais aussi la volonté de « protéger les magistrats contre les ingérences des politiciens dans l'administration de la justice »²⁷. L'un des buts que l'Association s'était donné fut de garantir les magistrats contre l'« ingérence et du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif »²⁸, donc la défense de l'indépendance de la magistrature. Pourtant, l'Association amicale de la magistrature est restée dans les mémoires comme peu impliquée dans la défense des intérêts professionnels de ses adhérents.

En revanche, à l'issue de la première guerre mondiale, « de nombreux magistrats anciens combattants de retour de captivité ou très éprouvés par l'expérience de l'occupation allemande décident de se doter d'organisations professionnelles »²⁹. C'est ainsi que naissent l'Union professionnelle des magistrats de France et d'Outre-Mer et la Fédération des cours et tribunaux, créée à Aix-en-Provence³⁰. Au cœur des préoccupations et projets de toutes ces associations de magistrats se trouve l'indépendance de la magistrature qui restera un élément central des débats lorsque, au sortir de la seconde guerre mondiale, le mouvement associatif prendra une forme encore plus proche du syndicat avec le regroupement de ces trois associations en une Union fédérale des magistrats.

B - Les mouvements postérieurs à la libération : revaloriser la magistrature et réformer l'institution

La principale organisation de magistrats à partir de 1946 fut l'Union fédérale des magistrats³¹. Elle peut être considérée comme la « lointaine héritière de l'Association amicale de la magistrature » mais elle est aussi le résultat de la fusion intervenue en janvier 1946 entre l'Union professionnelle des magistrats de France et d'Outre-Mer et la Fédération des cours et tribunaux créée à Aix-en-Provence³². Sans se considérer comme un syndicat,

6 662 magistrats en poste au 1^{er} janvier 1914 selon la base tristan.u-bourgogne.fr:8080/4DACTION/W_R_annuaire_chrono.

²⁷ Vilfredo PARETO, *op. cit.*, p. 1465.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Union syndicale de la magistrature, *Au cœur de la justice*, p. 9.

³⁰ Cette association est qualifiée dans le rapport du 37^e Congrès de la SFIO du mois d'août 1945 de « groupement de magistrats de gauche, assez mal vu dans le milieu », élaborant un projet de réforme du pouvoir judiciaire ; Parti socialiste SFIO (France). Congrès national, *37^e Congrès national : 11, 12, 13, 14, 15 août 1945 : rapports / Parti socialiste*, Paris, Librairie du Parti, 1945.

³¹ Désormais UFM.

³² Union syndicale de la magistrature, *Au cœur de la justice*, Éditions Prospero, 2012, p. 9.

Associations et syndicats de magistrats au XX^e siècle

elle engage, selon Hervé Robert, « le processus de syndicalisation dans le corps judiciaire qu'elle réunit dans une représentation unique du siège et du parquet, [...] elle cristallise le sentiment de la nécessité d'une action solidaire aux fins de protection et de conquête de territoires d'expression »³³. Selon Joël Ficet, la naissance de l'UFM « répondait à une volonté de réhabilitation morale du corps, dans un contexte de stagnation des rémunérations, de faiblesse du recrutement³⁴ et de compromission des juges avec le régime de Vichy³⁵ »³⁶. Le qualificatif de « fédérale » semble judicieux au regard de la composition de l'Union, « tant il y avait de catégories de magistrats » réunis³⁷ pour « servir la justice et obtenir les moyens moraux et matériels d'accomplir leur fonction »³⁸. L'association qui regroupait 80 % des magistrats en 1965, a, de plus, rapidement compris « que la justice [...] était

³³ Hervé ROBERT, « Les syndicats de magistrats », site de l'Institut supérieur du travail, <http://istravail.com/article484.html>, 23 septembre 2010, consulté le 5 janvier 2010.

³⁴ « L'Occupation a porté un visible coup d'arrêt à l'augmentation constante du nombre de candidats et si satisfaisants que soient les chiffres de l'année 1941, ils ne doivent pas faire outre mesure illusion. Après trois sessions d'examen supprimées pour cause de conflit militaire, les deux sessions de 1941 ont vraisemblablement recueilli bien des candidats qui étaient en attente depuis 1939. [...] Dès l'année 1942 toutefois, les illusions ne sont plus permises. Entre rejet du régime de Vichy et méfiance à l'égard de sa Justice instrumentalisée, sans oublier l'éloignement des jeunes gens pour cause de Service du travail obligatoire (STO), les causes se sont certainement entremêlées pour détourner les jeunes diplômés des facultés de droit des carrières judiciaires. Dès 1942, en effet, la tendance s'inverse et le nombre des candidats à l'examen professionnel d'entrée dans la magistrature connaît à nouveau une diminution très sensible, laquelle ramène en 1944 et 1945 les potentialités du recrutement à un niveau bien inférieur aux années trente et, au vrai, beaucoup plus proche des basses eaux des années vingt ». Catherine FILLON, Marc BONINCHI et Arnaud LECOMPTE, *Devenir juge...*, p. 80.

³⁵ Sans être omise, cette « compromission » ne doit évidemment pas être généralisée car leur présence au sein même de l'administration a permis des actes de résistance de la part de magistrats français, Liora ISRAËL, « Résister par le droit ? Avocats et magistrats dans la résistance (1950-1944) », *L'Année sociologique*, PUF, vol. 59, 2009/1, p. 149 à 175.

³⁶ Joël FICET, « Recompositions identitaires et mobilisation professionnelle de la magistrature française. ... », p. 3 ; voir aussi du même auteur « Regard sur la naissance d'un militantisme identitaire : syndicalisme judiciaire, identités professionnelles et rapport au politique dans la magistrature française. 1945-1986 », *Droit et société*, 2009/3, n° 73, p. 703-723.

³⁷ Paulette VANPOULLE, « USM 1974... 2009 », *Nouveau pouvoir judiciaire*, n° 386, octobre 2009, p. 7.

³⁸ Union syndicale de la magistrature, *Au cœur de la justice...*, p. 9.

aussi l'affaire des avocats et des officiers ministériels »³⁹, ce qui l'a conduite à « étudier, dans une commission où ses représentants [ont uni leurs] efforts à ceux de l'Association nationale des avocats et de la Fédération des avoués de France, les conditions d'une formation commune des magistrats, des avocats et des avoués »⁴⁰.

L'UFM a oscillé entre revendications en lien avec l'amélioration du statut de la fonction publique qui a lieu à cette époque et désirs de maintenir un statut spécial pour les magistrats, avoir les avantages de la fonction publique mais conserver la liberté nécessaire à la fonction judiciaire⁴¹. S'il est bien difficile de résumer l'action de l'UFM en quelques mots, il faut cependant insister sur son intervention en faveur de la « création d'une école de la magistrature, [de] la simplification des grades, [de] la publicité de la notation des juges, [de] la désignation par élection des représentants de la profession auprès des autorités »⁴².

Les statuts de l'UFM lui donnaient pour but de « réunir dans un étroit sentiment de solidarité tous les membres adhérents pour assurer l'indépendance du pouvoir judiciaire, troisième pouvoir de la République française, et la défense de la situation morale et matérielle des magistrats ». La notion de « pouvoir » judiciaire est importante car l'UFM en revendiquait l'existence et refusait « d'accepter l'idée d'une simple autorité de justice »⁴³. L'Union s'est d'ailleurs dotée dès janvier 1946 de son propre organe de presse intitulé *Le pouvoir judiciaire*⁴⁴ dont le contenu s'avère rapidement très proche du discours syndical. Progressivement, un clivage s'est dessiné au sein même de l'UFM, qui resta pourtant toujours unie, entre les partisans de la syndicalisation, minoritaires, la jugeant plus efficace pour la défense des intérêts du mouvement et ses nombreux détracteurs qui les considéraient comme trop politisés. « La question de l'opportunité de la syndicalisation

³⁹ « Le Congrès de l'Union Fédérale des Magistrats. (Lyon, 17-19 mai 1965) », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 17, n° 4, octobre-décembre 1965, p. 925.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Le pouvoir judiciaire*, n° 19, septembre-octobre 1947.

⁴² Union syndicale de la magistrature, *Au cœur de la justice*, p. 17.

⁴³ *Ibid.*, p. 13.

⁴⁴ Titre « sans équivoque mais bien présomptueux » selon Hervé ROBERT, « Les syndicats de magistrats », <http://istravail.com/article484.html>, 23 septembre 2010, consulté le 30 novembre 2011.

Associations et syndicats de magistrats au XX^e siècle

réapparait en 1953, en 1958, en 1968 et 1972, [...] l'idée [étant] présente dès la naissance de l'organisation »⁴⁵.

Même si elle était apolitique, l'UFM prit indirectement position dans les grands débats des années 1970 comme, en 1973, lors de la discussion de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse qui confiait un nouveau rôle au juge et qui divisait les adhérents eux-mêmes. Le président de l'UFM estima qu'il avait « le devoir [...], de [se] faire l'interprète auprès [du garde des Sceaux, Jean Taittinger], des nombreux collègues qui [lui avaient] écrit cet été pour [lui] dire combien ils étaient choqués, voire indignés, du rôle réservé aux magistrats par le texte soumis au Parlement »⁴⁶. Étaient visées « l'intervention du président du tribunal de grande instance prévue par l'article L. 162.5, mais surtout [...] celle du juge des enfants, qui, conformément à l'article L. 162.2, 4^e alinéa : saisi par le médecin, [pourrait] dispenser du consentement parental la mineure célibataire de moins de dix-huit ans »⁴⁷. Sans position officielle et unanime, l'UFM ne resta donc pas silencieuse.

La recherche de l'indépendance de la magistrature, revendication affirmée dans les statuts même de l'association, demeurait un des principaux objectifs de l'UFM comme en témoigne le rapport du congrès de mai 1965, qualifié par certains journalistes de « congrès de l'indépendance »⁴⁸. Pour la défendre, l'UFM a toujours privilégié le dialogue avec le ministère de la Justice et « a joué un rôle déterminant » dans les élections des magistrats au Conseil supérieur de la magistrature institué en

⁴⁵ Union syndicale de la magistrature, *Au cœur de la justice...*, p. 14 ; Jean-Pierre MOUNIER, « Du corps judiciaire à la crise de la magistrature », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, septembre 1986, p. 28.

⁴⁶ Lettre du président de l'Union fédérale des magistrats à M. Taittinger, http://laissezlesvivre.free.fr/archives/loi_veil/lettre_ufm.htm.

⁴⁷ Lettre du président de l'Union fédérale des magistrats à M. Taittinger, http://laissezlesvivre.free.fr/archives/loi_veil/lettre_ufm.htm.

⁴⁸ « Le Congrès de l'Union Fédérale des Magistrats. (Lyon, 17-19 mai 1965) », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 17, n° 4, octobre-décembre 1965, p. 924. http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1965_num_17_4_14412, consulté le 29 avril 2012. « M. Jean Reliquet, président de l'Union fédérale des magistrats, ne manqua pas de souligner l'importance que donnait son Association à ce dogme de l'indépendance, qualité essentielle du magistrat, et condition première de l'exercice d'une saine justice ». Cette indépendance, ajoute-t-il, doit être « garantie par les institutions ». Le vice-président, Jean-Louis Ropers, regrettait d'ailleurs « que le statut de 1958 représentât, à cet égard, un recul ».

1946⁴⁹. L'UFM s'est « trouvée ainsi associée à la politique de nomination, et donc au déroulement de la carrière des magistrats »⁵⁰. L'association a su manifester sa désapprobation lors des interventions, trop fréquentes sous la IV^e République, des hommes politiques « dans la carrière des magistrats comme dans le cours des procédures »⁵¹.

L'UFM a, semble-il, été « entendue » par Michel Debré lors de la mise en œuvre de la réforme de 1958 « en vue de la restructuration de l'appareil judiciaire et du renforcement de l'autorité de la justice »⁵². Paradoxalement, le nouveau Conseil supérieur de la magistrature ne comportant plus de membres élus, cette réforme affaiblit l'UFM, situation qui s'accrut de 1962 à 1967 lorsque Jean Foyer était garde des Sceaux.

D'autres associations voient d'ailleurs le jour au cours des années 1960, comme l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de justice créée en juillet 1961 par des élèves du Centre national d'études judiciaires ou encore l'Association de la magistrature, dont la création est motivée par les mauvaises relations entretenues par le garde des Sceaux Jean Foyer⁵³ avec l'UFM. Dès 1967 cependant, les membres de cette dernière association ont rejoint l'UFM⁵⁴.

Le mouvement syndical était en germe dans tous ces groupements. La grande réforme de 1958, dont les effets ont été décuplés par l'effervescence de mai 1968, lui permettra d'éclorre officiellement à la fin des années 1960.

II - Les divisions syndicales et associatives

L'entrée du fait syndical dans les palais de justice fut difficile à faire accepter mais il y a finalement trouvé sa place au cours des trois dernières décennies du XX^e siècle. Issus du mouvement associatif, les deux premiers syndicats sont encore aujourd'hui ceux qui regroupent le plus grand nombre de magistrats. Leur mise en place trouve son origine dans la volonté -et la nécessité- de défendre les intérêts d'une profession dont les rapports

⁴⁹ Jean-Pierre ROYER (dir.), « Le point de vue de Pierre Lyon-Caen », *La justice d'un siècle à l'autre*, p. 124.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.* Pierre Lyon-Caen admet, même s'il estime que ces protestations sont restées « sans grand écho », qu'elles ont fait « naître l'idée [...] que l'union fait la force ».

⁵² Union syndicale de la magistrature, *Au cœur de la justice*, p. 14.

⁵³ garde des Sceaux de 1962 à 1967.

⁵⁴ Hervé ROBERT, « Les syndicats de magistrats », <http://istravail.com/article484.html>, 23 septembre 2010, consulté le 30 novembre 2011 ; Union syndicale de la magistrature, *Au cœur de la justice...*, p. 20.

Associations et syndicats de magistrats au XX^e siècle

avec le pouvoir politique n'ont jamais cessé d'être complexes (A). À côté des syndicats, des associations professionnelles continuent d'exister ou de se créer afin de permettre des discussions techniques sur des sujets spécifiques à certaines fonctions tant la profession de juge s'est spécialisée au fil du temps. Elles participent également, en s'associant parfois aux syndicats, aux débats concernant les réformes judiciaires et n'hésitent pas à prendre position et à protester contre les manifestations du pouvoir politique qu'elles jugent abusives (B).

A - Les syndicats de magistrats en France

Le premier syndicat de magistrats est officiellement né le 8 juin 1968 de la transformation de l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de justice en Syndicat de la magistrature. Pour certains de ses fondateurs, les événements de mai 1968 n'ont pas forcément favorisé la création du Syndicat qui avait été décidée bien avant par le conseil d'administration de l'AAAAJ, décision qu'il ne restait plus qu'à soumettre à l'assemblée générale prévue pour le mois de juin 1968⁵⁵. Peut-être cependant, avoue Pierre Lyon-Caen⁵⁶, cette situation a-t-elle « galvanisé » ces jeunes magistrats. Presque tous les membres de l'AAAAJ étaient présents ce 8 juin 1968 ce qui représentait plus de deux cents magistrats et auditeurs de justice⁵⁷. Si l'UFM a préféré attendre la fin des « événements » pour se réunir, signalons que « pour bien marquer la rupture, les fondateurs du Syndicat de la magistrature, alors membres de l'UFM, empêchèrent l'adoption d'une motion proposée dans la fièvre de 1968 pour la transformation de l'association en syndicat »⁵⁸. L'intérêt venait du fait que « la création du Syndicat de la magistrature permit à ses membres d'avoir la

⁵⁵ Jean-Pierre ROYER (dir.), « Le point de vue de Pierre Lyon-Caen », *La justice d'un siècle à l'autre...*, p. 126. Des projets de statuts avaient été élaborés avant le 8 juin 1968. « Survinrent les "événements de Mai" qui jusque-là n'avaient, à l'évidence, joué aucun rôle, compte tenu de leur imprévisibilité et de leur spontanéité, contrairement à ce qui fut soutenu plus tard pour tenter de nous décrédibiliser. Ils nous facilitèrent et compliquèrent à la fois notre tâche ».

⁵⁶ Pierre LYON-CAEN, « La création du Syndicat de la magistrature : le point de vue de Pierre Lyon-Caen », *Les mauvais jours finiront*, p. 21.

⁵⁷ Jean-Pierre ROYER (dir.), « Le point de vue de Pierre Lyon-Caen », *La justice d'un siècle à l'autre*, p. 126.

⁵⁸ Jean-Pierre MOUNIER, « Du corps judiciaire à la crise de la magistrature », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, septembre 1986, p. 28.

double appartenance, UFM et SM »⁵⁹. Il semble que « la force symbolique » du terme syndicat, intimement liée à l'histoire de la lutte ouvrière, « avait cantonné l'UFM aux formes de l'association [mais poussa] au contraire les jeunes magistrats de 68 à adopter la forme syndicale [dans une] sorte de provocation »⁶⁰.

Le SM connaît immédiatement un certain succès auprès des jeunes magistrats. Les fondateurs du SM appelaient à une « ouverture du juge sur l'extérieur »⁶¹ et revendiquaient l'« indépendance de la magistrature vis-à-vis du pouvoir exécutif » ce « qui ne pouvait que séduire les jeunes générations »⁶². Cependant, même si beaucoup de juges ayant intégré la magistrature à la faveur de la démocratisation du recrutement dans la période 1956-1969 firent partie des syndiqués de la première heure, 75 % des adhérents de 1968 avaient vraisemblablement intégré la magistrature avant l'application de la réforme de 1958⁶³.

Ces magistrats semblent avoir été attirés par le discours syndical pour différentes raisons. Tout d'abord parce qu'ils étaient frappés par « la régression de leur condition économique et sociale »⁶⁴. En effet, avec la réforme des conditions de recrutement et l'ouverture de la magistrature à toutes les catégories sociales les juges ne sont plus les rentiers du XIX^e siècle, héritier d'une fortune personnelle. Cette perte de capacité financière n'a pas pour autant été compensée par une augmentation de la rémunération des magistrats. Selon l'un des fondateurs du Syndicat, Pierre Lyon-Caen, la revendication d'une meilleure rémunération n'était en revanche pas la préoccupation première des jeunes magistrats⁶⁵ qui ont davantage réagi face à la dépendance de la justice envers le pouvoir exécutif, le poids de la hiérarchie ou encore l'enfermement de la justice sur elle-même⁶⁶. De fortes

⁵⁹ Paulette VANPOULLE, « USM 1974... 2009 », *Nouveau pouvoir judiciaire*, n° 386, octobre 2009, p. 8.

⁶⁰ Jean-Pierre MOUNIER, *op. cit.*, p. 28.

⁶¹ Dans le discours du président Simon du 7 mars 1969. Jacques KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*, t. II, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des histoires, Paris, 2012, p. 365.

⁶² *Ibid.*

⁶³ « L'exceptionnelle réussite du SM tiendrait à la rencontre, dans un contexte culturel particulièrement favorable, de groupes placés sur des trajectoires sociales différentes », Anne DEVILLE, « L'entrée du syndicat de la magistrature dans le champ juridique », *Droit et société*, n° 22, 1992, p. 650.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 654.

⁶⁵ Jean-Pierre ROYER (dir.), « Le point de vue de Pierre Lyon-Caen », *La justice d'un siècle à l'autre*, p. 131.

⁶⁶ *Ibid.*

Associations et syndicats de magistrats au XX^e siècle

personnalités, tous âges confondus, « ayant une très haute idée de ce que devait être la magistrature et de sa nécessaire indépendance par rapport au pouvoir politique »⁶⁷, ont été séduites par le discours syndical. De manière significative aussi, parmi les femmes syndiquées en 1968, la majorité étaient entrées dans la magistrature avant 1958. Leur syndicalisation semble en grande partie motivée par les difficultés d'intégration qu'elles avaient connues, ce qui était moins vrai pour les anciennes auditrices recrutées par la voie du concours⁶⁸. Bon nombre de magistrats, quel que fut leur âge, ont encore pu être attirés par la volonté du SM de revendiquer « la participation des magistrats à l'administration de leur juridiction, jusque-là aux mains de la hiérarchie »⁶⁹. Nombres de premiers adhérents se sont également tournés vers le syndicalisme en raison de leur histoire familiale, notamment pendant la période de l'Occupation⁷⁰. Parmi les quatre fondateurs du SM⁷¹, Pierre Lyon-Caen et Claude Parodi avaient perdu leurs pères pendant l'occupation⁷².

Au-delà de la recherche de l'amélioration du statut du magistrat et de « la place de l'institution judiciaire au sein de l'Etat », les propositions du SM concernaient également, fait nouveau parmi les organisations de magistrats, « l'amélioration du fonctionnement de la justice pour le justiciable »⁷³. Pour donner plus d'écho à ses idées et revendications, le Syndicat publie à partir de 1969 une revue, *Justice*, aujourd'hui bimestrielle.

De manière générale, le syndicat séduit par l'« empathie des magistrats syndiqués à l'égard des classes populaires et [...] leur aspiration à une justice plus équitable »⁷⁴. « L'éclosion du SM a avant tout résulté d'une inédite volonté de redonner à la profession de magistrat une identité et

⁶⁷ Anne DEVILLE, « L'entrée... », p. 656.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Jacques KRYNEN, *op. cit.*, p. 365.

⁷⁰ Lioral ISRAËL, « Un syndicat à la gauche du droit ? Les premières années du Syndicat de la magistrature en contexte (1968-1981) », *Les mauvais jours finiront*, p. 46.

⁷¹ Dominique Charvet, Louis Joinet, Pierre Lyon-Caen et Claude Parodi.

⁷² Le père de Pierre Lyon-Caen, François, fut déporté à Auschwitz où il mourut. Quant à celui de Claude Parodi, René, magistrat et résistant, l'un des fondateurs du réseau Résistance-Nord en juin 1940, il est mort torturé par la Gestapo le 15 avril 1942. Daniel SOULEZ-LARIVIERE, *Les juges dans la balance*, Seuil, 1990, p. 12-13.

⁷³ Jean-Pierre ROYER (dir.), « Le point de vue de Pierre Lyon-Caen », *La justice d'un siècle à l'autre*, p. 130.

⁷⁴ Joël FICET, « Recompositions identitaires ... », p. 9.

dignité perdues »⁷⁵. Tout en se montrant satisfait de la création du syndicat, André Braunschweig, alors président de l'UFM, ne dissimule pas « son inquiétude face à l'outrance ou à l'intransigeance de certains propos qui pourraient menacer l'unité du corps judiciaire »⁷⁶.

Le succès du Syndicat fut rapide : 600 adhérents dès octobre 1968 et 940 en mars 1969⁷⁷. Le Syndicat de la magistrature ne sera pourtant légalement reconnu qu'en 1972, par l'arrêt Demoiselle Obrego rendu par le Conseil d'Etat le 1^{er} décembre.

Selon Marc Robert, si le Syndicat de la magistrature a été bien ressenti au début « car se présentant comme un mouvement professionnel répondant à un profond besoin de renouveau », il s'est heurté assez vite à un certain nombre de magistrats, « notamment des hiérarques qui considèrent que le fait syndical est incompatible avec la dignité du magistrat et la crédibilité de la Justice »⁷⁸. En effet, si les actions et propositions du SM n'ont au départ rien de subversif, le mouvement s'est radicalisé en 1973 sous la présidence de François Colcombet⁷⁹. De plus, il semble que les efforts du Syndicat ne furent pas réellement concluants : « ces prises de position audacieuses [furent] critiquées par la majorité du corps. Au sein même du Syndicat, le comportement avant-gardiste de la direction multipli[a] les tensions et [fit] fuir les modérés »⁸⁰. Des tensions naquirent entre les membres du syndicat avec l'arrivée de la gauche au pouvoir car une grande

⁷⁵ Jacques KRYNEN, *op. cit.*, p. 365.

⁷⁶ Union syndicale de la magistrature, *Au cœur de la justice*, p. 22. André Braunschweig écrit dans *Le pouvoir judiciaire* de novembre 1968, « Le syndicat et nous », « Pendant qu'ils réclameront le droit de grève, thème familier de nombre de nos congrès, nous exigerons les droits au travail, nous voulons dire le droit au travail bien fait, exécuté dans des conditions décentes et non selon les normes actuellement imposées au magistrat et qui placent celui-ci devant une alternative intolérable : ou bien dépasser la limite de ses forces physiques ou bien bâcler sa tâche ».

⁷⁷ Jean-Pierre ROYER (dir.), « Le point de vue de Pierre Lyon-Caen », *La justice d'un siècle à l'autre*, p. 131.

⁷⁸ Marc ROBERT, « Le fait syndical dans la magistrature », *Déviance et société*, 1978, vol. 2, n° 4, p. 398.

⁷⁹ Jacques KRYNEN, *op. cit.*, p. 366. François Colcombet « tente une jonction avec les forces syndicales, [...] se jette à corps perdu aux côtés des grévistes de l'usine Lip et signe un communiqué commun avec la CGT pour condamner le projet gouvernemental de réforme du droit de licenciement. Cet engagement public, qui n'avait rien de professionnel, devait semer dans l'opinion l'image d'un syndicat de juges atteints de fièvre furieusement politique, il jeta même le trouble dans ses sections de province ».

⁸⁰ Joël FICET, « Recompositions identitaires ... », p. 10.

Associations et syndicats de magistrats au XX^e siècle

partie des adhérents critiquèrent les dirigeants qui s'étaient installés dans les cabinets ministériels. Cela aboutit à « l'éclatement du SM entre deux branches antagonistes »⁸¹.

Depuis bien longtemps cependant, le Syndicat de la Magistrature a abandonné le thème de la rupture. Aujourd'hui, s'il n'est pas majoritaire, il réunit cependant 28 % des suffrages aux élections de 2007 et enregistre une progression en 2010 avec 32,1 % des suffrages pour une participation cependant moindre qu'en 2007⁸².

Le deuxième syndicat judiciaire apparu dans le paysage français est l'Union syndicale des magistrats⁸³, née en le 21 septembre 1974 de la transformation de l'UFM en syndicat⁸⁴. Il est depuis sa création le syndicat majoritaire. Cette transformation fut mûrement réfléchie et le mouvement s'accéléra à partir du congrès de l'UFM de 1972 durant lequel André Braunschweig fut élu président à l'unanimité⁸⁵.

« Considérant que l'UFM est l'organisme le plus représentatif du corps judiciaire, qu'il importe de le doter d'un statut lui permettant de réaliser avec la plus grande efficacité les aspirations et la défense des intérêts professionnels de la magistrature, qu'il apparaît que les structures syndicales seraient les mieux adaptées à ces objectifs en raison des avantages et des garanties qu'elles impliquent.

Suggère que soit constituée à cet effet une commission chargée de présenter au prochain congrès des propositions relatives à la transformation de l'association en organisation syndicale »⁸⁶.

Le projet fut débattu en 1973, lors du congrès tenu au Touquet réunissant des magistrats de toutes générations et au cours duquel se révéla nettement « le clivage grandissant entre l'UFM et le SM »⁸⁷. Pour l'UFM, « la justice doit être inattaquable, le magistrat ne peut se permettre d'être inféodé à un parti ou à un groupe de pression quel qu'il soit »⁸⁸. Cette prise de position justifiait très clairement le contenu de l'article 2 des statuts du nouveau syndicat qui firent de l'USM un syndicat politiquement neutre : « il est autonome et s'interdit tout engagement politique, comme toute

⁸¹ *Les mauvais jours finiront, op. cit.*, p. 99.

⁸² Baisse du taux de participation d'environ 6 %. Chiffres provenant du site internet du SM <http://www.syndicat-magistrature.org/Elections-dans-la-magistrature-le.html>

⁸³ Désormais USM.

⁸⁴ Union syndicale des magistrats, *Au cœur de la justice*, p. 25.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 23. Il sera l'un des pères fondateurs de l'USM et son premier président.

⁸⁶ Paulette VANPOULLE, *op. cit.*, p. 8.

⁸⁷ Union syndicale des magistrats, *Au cœur de la justice*, p. 24.

⁸⁸ *Ibid.*

affiliation à une fédération »⁸⁹. Cet apolitisme était censé réunir l'ensemble des magistrats dont l'union devait permettre de faire entendre les revendications. L'USM insistait sur l'importance de l'unité du corps judiciaire supposant notamment l'octroi de garanties identiques aux magistrats du siège et à ceux du parquet. Pour défendre une magistrature en crise -faiblesse du budget de la justice, manque d'attraction de la profession, inquiétude sur la qualité du recrutement- l'USM doit « affirmer que [la justice] est un service public essentiel ». Pour cela, il faudra « bannir tout corporatisme [et] se convaincre que la justice est dépositaire d'un mandat et non d'un pouvoir »⁹⁰. Malgré tout, la revue *Le pouvoir judiciaire* se transforme en *Nouveau pouvoir judiciaire*, « un titre dont la constitutionnalité sera d'ailleurs à un moment mise en cause »⁹¹. Cette parution actuellement trimestrielle permet l'information des adhérents et non-adhérents s'intéressant aux travaux du syndicat.

Lors de son premier congrès, l'USM a reconduit les valeurs de l'UFM et s'est ensuite régulièrement placée en interlocutrice privilégiée des députés, sénateurs et même de la Chancellerie malgré des périodes d'indéniable tension, particulièrement en 1979 et 1980⁹². Malgré l'existence de deux syndicats de magistrats, le syndicalisme judiciaire n'était pas encore complétement admis puisqu'en 1976 puis encore en décembre 1980 deux projets de lois menacèrent la liberté syndicale des magistrats sous couvert de renforcer leur devoir de réserve. Lors de l'arrivée de la gauche au pouvoir en 1981, malgré l'apolitisme affiché, les membres de l'USM ne cachent pas leur joie et leur espoir pour la justice. L'ancien président du syndicat, André Braunschweig devint directeur du cabinet du ministre de la Justice Maurice Faure puis quelque temps encore lorsque Robert Badinter succéda à ce

⁸⁹ L'article 2 des statuts actuels (modifiés par l'assemblée générale réunie lors du congrès des 14 et 15 octobre 2011) porte toujours que « le syndicat est spécifique ; il est autonome et s'interdit tout engagement politique ».

⁹⁰ Union syndicale des magistrats, *Au cœur de la justice*, p. 30.

⁹¹ Jean-Pierre ROYER, *Histoire de la justice*, PUF, 3^e édition, 2001, p. 895.

⁹² Union syndicale des magistrats, *Au cœur de la justice*, p. 32. 1979 fut une « année de guerre froide » entre l'USM et le ministère de la Justice durant laquelle fut même organisée « une journée d'action commune avec le Syndicat de la magistrature pour dénoncer le nombre de postes vacants ». En 1980, le projet de loi « Sécurité et liberté des Français » du garde des Sceaux Alain Peyrefitte indigna profondément les membres de l'USM, dénonçant le « développement de la répression » dont ils contestaient « la nécessité aussi bien que l'efficacité ».

dernier⁹³. « Les membres de l'USM ont été étroitement associés à [l'] important travail législatif »⁹⁴ mené en 1981 et 1982. Pourtant, les réformes de la justice attendues et jugées nécessaires par l'USM ne firent pas partie des priorités de la nouvelle majorité. Pour l'USM les années qui suivirent, sous la présidence de Jean-Jacques Gomez⁹⁵, furent « placées sous le signe du rassemblement et de la crédibilité »⁹⁶.

L'USM rassemble encore aujourd'hui la majorité des magistrats lors des élections syndicales, ce qui laisse supposer que, si de nombreux juges demeurent réticents envers les engagements politiques que proposent les autres syndicats, ils n'en ont pas moins conscience de la nécessité de s'unir pour défendre leurs intérêts. La revendication essentielle de l'USM, selon ses propres mots, est de faire en sorte que la justice soit un réel pouvoir et non une simple autorité telle que le prévoit la constitution de la V^e République. « Ce pouvoir judiciaire ne peut exister qu'à une triple condition : du respect pour les magistrats et l'ensemble des personnels qui servent la justice ; des moyens adaptés pour lui permettre de fonctionner ; des garanties statutaires assurant réellement l'indépendance des magistrats en les soustrayant aux interventions des deux autres pouvoirs »⁹⁷. Il s'agirait donc là d'une véritable application de la séparation des pouvoirs. Cette action est conjointement menée avec des associations de magistrats de différents pays du monde. En effet, l'USM est membre de l'Union internationale des magistrats⁹⁸ fondée en 1953 à l'initiative notamment de l'UFM. Elle travaille ainsi aux côtés des représentants de magistrats de 41 autres pays européens

⁹³ « André Braunschweig acceptera la charge de commissaire du gouvernement pour la loi sur l'abolition de la peine de mort », Union syndicale des magistrats, *Au cœur de la justice*, p. 38.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 39.

⁹⁵ De 1982 à 1988.

⁹⁶ Union syndicale des magistrats, *Au cœur de la justice*, p. 41.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 107. Pour ce faire, l'USM souhaite de toute urgence une « réforme de la composition du CSM pour revenir à une majorité de magistrats » et une « réforme du statut du parquet pour aligner leur statut sur celui plus protecteur des magistrats du siège ».

⁹⁸ Désormais UIM. Cette association créée à Salzbourg comprend quatre groupes régionaux dont l'Association européenne des magistrats qui a le statut d'observateur auprès du Conseil de l'Europe. Union syndicale des magistrats, *Au cœur de la justice...*, p. 122-124.

à la « sauvegarde de l'indépendance du Pouvoir Judiciaire »⁹⁹ dans le cadre de l'Association européenne des magistrats, composante de l'UIM.

L'USM regroupe aujourd'hui 58,9 % des magistrats syndiqués¹⁰⁰, ce qui constitue malgré tout une légère baisse par rapport aux élections professionnelles de 2007, durant lesquelles elle avait recueilli 62 % des suffrages¹⁰¹. Son succès semble en grande partie dû à son apolitisme qui la distingue très nettement du SM et des autres syndicats de magistrats.

En effet, lors de l'arrivée de la gauche au pouvoir, les opposants à la politique de Robert Badinter ont créé, le 11 décembre 1981, l'Association professionnelle des magistrats¹⁰². Ses membres refusaient de nommer leur organisation « syndicat » mais celle-ci semble bien avoir été considérée comme tel. L'APM était politiquement marquée puisque dès sa création elle manifesta « sa volonté de s'ériger en contre-pouvoir pour répondre à l'explosion dans la magistrature du fait syndical qui tendait à devenir, selon ses dirigeants, un "pouvoir syndical" »¹⁰³. L'APM peut donc être classée à droite dans l'échiquier politique, ce que ses membres ne refusaient pas. Entachée par les « débordements de langage » de certains de ses dirigeants¹⁰⁴, elle est restée marginale et s'est auto-dissoute en 2008 alors qu'elle ne représentait plus que 2 % des magistrats syndiqués aux élections de 2001.

Le dernier né des syndicats judiciaires est le syndicat national Force ouvrière des magistrats créé en 1990. Il a pour particularité d'être le seul syndicat de magistrats rattaché à une confédération syndicale. Malgré tout, il se présente lui-même comme une organisation apolitique ayant « pour objet la défense des intérêts matériels et moraux des magistrats de l'ordre

⁹⁹ Site internet de l'IAJ-UIM <http://www.iaj-uim.org/site/modules/smartsection/category.php?categoryid=45> consulté le 5 mai 2012.

¹⁰⁰ Résultats des élections professionnelles de 2010.

¹⁰¹ L'USM enregistre 58,6 % aux élections professionnelles de 2001, 63,2 % en 2004, 62 % en 2007, 58,9 % en 2010.

¹⁰² Désormais APM.

¹⁰³ Jean-Pierre ROYER, *Histoire de la justice*, 3^e édition, 2001, p. 893.

¹⁰⁴ Jean-Pierre ROYER et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e édition, 2010, p. 1121 ; « [...] le jeu de mots plus que malheureux de son président honoraire, Alain Terrail, alors avocat général à la Cour de cassation, qui, commentant [...] les démêlés du substitut Albert Lévy avec sa hiérarchie, avait écrit en décembre 1998, dans la revue de l'organisation : " Tant va Lévy au four... qu'à la fin il se brûle " a abouti à sa mise à la retraite d'office, avant la condamnation du billettiste [...] par le tribunal correctionnel de Paris pour " injures raciales " ».

Associations et syndicats de magistrats au XX^e siècle

judiciaire »¹⁰⁵, la défense des intérêts matériels étant largement mise en avant. S'il représente encore une part assez faible des voix lors des élections syndicales, il a enregistré une progression régulière depuis sa création jusqu'en 2007, suivie d'une légère baisse en 2010¹⁰⁶.

L'entrée du fait syndical dans la magistrature n'a pas pour autant fait disparaître les associations professionnelles qui participent toujours aux divisions internes de la profession.

B - Les associations professionnelles : un « excès de parcellisation » ?

Nées principalement de la spécialisation des fonctions de juge et de la nécessité de trouver des interlocuteurs concernés par les mêmes questions juridiques, les associations de magistrats sont multiples, d'où la critique de Pierre Lyon-Caen estimant que l'on peut y voir un « excès de parcellisation »¹⁰⁷. La plupart créent des échanges avec les magistrats étrangers travaillant sur les mêmes spécialités bien qu'il existe également des associations internationales¹⁰⁸. Toutes ces associations participent aux débats actuels, notamment à la discussion des réformes touchant la magistrature et plus spécialement chaque fonction. Dans sa carrière un magistrat étant le plus souvent amené à exercer tour à tour des fonctions différentes, les divisions associatives sont donc beaucoup plus mouvantes que les divisions syndicales. De plus, une interaction se rencontre souvent entre les membres des syndicats et ceux des associations. Un magistrat pouvant d'ailleurs parfois appartenir tout à la fois à un syndicat et à une association.

Parmi les principales associations professionnelles existant en France, l'Association française des magistrats de la jeunesse et de la famille¹⁰⁹, déclarée dans un premier temps sous l'appellation d'Association des juges des enfants de France¹¹⁰ est la plus ancienne. Fondée en 1947 à l'initiative du président du tribunal pour enfants de la Seine, Robert Chadefaux, qui en

¹⁰⁵ http://fomagistrats.over-blog.com/pages/foMagistrats_se_presente-4975512.html

¹⁰⁶ Il recueille 7 % des suffrages en 2001 ; 7,6 % en 2004 ; 10,1 % en 2007 ; 9 % en 2010.

¹⁰⁷ Pierre LYON-CAEN, « La création du Syndicat de la magistrature : le point de vue de Pierre Lyon-Caen », *Les mauvais jours finiront...*, p. 41.

¹⁰⁸ Parmi lesquelles l'UIM et l'AEM précédemment citées.

¹⁰⁹ Désormais AFMJF.

¹¹⁰ Françoise TETARD, « Entre association et syndicat : le choix discret des juges des enfants », Colloque Syndicats et associations, Université Paris-I, 25 et 26 novembre 2004, <http://histoire-sociale.univ-paris1.fr/Collo/T%E9tard%203.pdf>, page consultée le 28 avril 2012.

sera son premier président¹¹¹, elle prend sa dénomination actuelle en 1970. Cette association naît donc rapidement après la création de la fonction même de juge des enfants en 1945¹¹² en raison de sa spécificité. Son but est « d'étudier un projet de statut de juges des enfants » et non de défendre des revendications professionnelles. Ce dernier rôle, l'association le confie à l'UFM dont elle se rapproche dès les débuts¹¹³. Malgré ce lien, peu de juges des enfants adhérents à l'association étaient également membres de l'UFM, « taxée par certains de corporatiste et critiquée pour son conformisme »¹¹⁴. Depuis 1970, l'AFMJF regroupe « les magistrats spécialisés en matière de mineurs » et milite pour « une conception humaniste de la justice des mineurs ». Elle se désigne elle-même comme « un interlocuteur privilégié des pouvoirs publics, des associations et des organismes de formation et de recherche ». « Elle invite les professionnels de l'éducation et du droit à partager ses travaux et enrichir sa réflexion¹¹⁵ ».

Les juges de l'application des peines, dont la fonction fut créée en 1958, disposent également, depuis 1977, de leur association, l'Association nationale des juges de l'application des peines. « Elle réunit l'ensemble des magistrats intéressés à l'application des peines dans les tribunaux de grande instance et les cours d'appel : vice-présidents et juges de l'application des peines, vice-présidents et juges des enfants, présidents et conseillers des

¹¹¹ Elle a « puisé son inspiration dans l'existence d'une Association internationale des magistrats de la jeunesse, en place depuis les années 1930 », Françoise TETARD, *op. cit.*, p. 2.

¹¹² Ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

¹¹³ Françoise TETARD, *op. cit.*, p. 3.

¹¹⁴ *Ibid.* l'auteur fait ici référence à : *L'équipe Marc Daste, cinquante années d'une équipe professionnelle de magistrats chrétiens*, 1988, p. 61. Signalons également à ce propos que « l'influence des magistrats chrétiens sera loin d'être négligeable dans les premières années du syndicat [de la magistrature]. Regroupés dans les équipes "Marc Daste", [ces magistrats] tout en séparant bien engagement religieux et engagement syndical, seront très actifs dans le syndicat », Anne DEVILLE, « L'entrée du syndicat de la magistrature dans le champ juridique », *Droit et société*, n° 22, 1992, p. 658. Ce groupe de magistrats est même parfois considéré comme « le seul foyer de réflexion indépendant » avant la création des syndicats, Daniel SOULEZ-LARIVIERE, *Les juges dans la balance*, Seuil, 1990, p. 175. Cette équipe, créée en 1938, regroupe aujourd'hui environ deux cents magistrats.

¹¹⁵ « Elle s'adresse prioritairement aux Juges des enfants et assesseurs des tribunaux pour enfants, mais concerne également : conseillers délégués à la protection de l'enfance, avocats généraux ou substituts généraux chargés des affaires de mineurs, substituts chargés des affaires de mineurs, juges d'instruction spécialement chargés des affaires de mineurs, juges aux affaires familiales, juges des tutelles ». Site internet de l'association <http://www.afmjf.fr/Presentation-de-l-AFMJF.html>

chambres de l'application des peines »¹¹⁶. Tout comme l'AFMJF, elle se veut un interlocuteur privilégié des pouvoirs publics pour défendre « la fonction de juge de l'application des peines et faire connaître ses conditions de travail ». Ses engagements sont relayés par la revue qu'elle publie, la *Revue de l'application des peines*.

La fonction de juge d'instruction est bien plus ancienne, pourtant l'Association française des magistrats instructeurs¹¹⁷ fut créée seulement en 1982. Comme l'annonce très clairement son intitulé, elle regroupe « les magistrats des cours, des tribunaux chargés de l'instruction »¹¹⁸. « Cette association a pour objet d'étudier tous sujets, de proposer toutes réformes et d'agir dans tous domaines juridiques et judiciaires ouverts à l'activité professionnelle de ses membres, ainsi que d'assurer la défense des magistrats instructeurs dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, y compris en agissant en justice »¹¹⁹. L'association accueille naturellement « les magistrats chargés à titre permanent des fonctions de l'instruction et les anciens ayant appartenu à l'association » mais également tous ceux qui désirent lui apporter « concours moral, scientifique ou financier ». Bien distincte d'un syndicat, elle se définit davantage comme un « lieu de réflexion et d'échange » sur le thème de l'instruction. Pourtant, ses prises de positions ne sont parfois pas très éloignées de celles des syndicats comme en témoignent les billets rédigés sur son site internet ou les entretiens accordés par ses membres -notamment son président¹²⁰- dans les médias.

La quatrième association spécialisée de magistrats, l'Association des juges d'instance fut fondée en 1990. « Elle regroupe des juges d'instance en fonction, mais aussi d'anciens juges d'instance et des magistrats faisant fonction de juge d'instance »¹²¹. Cette association revendique son apolitisme

¹¹⁶ Editorial du site internet de l'ANJAP, www.anjap.org/2.html

¹¹⁷ Désormais AFMI.

¹¹⁸ Article 1 des statuts de l'AFMI.

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ L'actuel président de l'association n'est autre que Marc Trévidic, juge antiterroriste soumis à des pressions de la part du pouvoir politique, USM, « 2007-2012-5 ans de législature », *Le nouveau pouvoir judiciaire*, n° 398, mars 2012, p. 10. « Les magistrats du siège n'ont pas échappé à ces pressions et ces menaces. Quatre de nos collègues en ont été, et pour certains en sont encore, les victimes : Renaud Van Ruymbeke en février 2007, Isabelle Prevost-Desprez à compter de décembre 2009, Marc Trévidic à partir du printemps 2011, enfin Patrick Ramaël en décembre 2011 ».

¹²¹ « Pour quelque 770 juges d'instance en France, les magistrats adhérents à l'ANJI sont 356 à ce jour ». <http://www.anji.fr/site/pages/association/anji.php>

car aucun des membres de son bureau ne peut détenir de mandat syndical¹²².

La cinquième des principales associations de magistrats reconnues en France est très récente. Créée en 2007, l'Association des jeunes magistrats se distingue des précédentes car elle ne regroupe pas des magistrats exerçant une même fonction judiciaire. Le critère d'adhésion paraît plus difficile à déterminer. En effet, la définition du « jeune magistrat » donnée par l'association demeure très large, il se trouve en effet « défini non pas seulement par rapport à son âge ou son ancienneté dans la magistrature mais surtout par le partage d'un état d'esprit commun »¹²³. L'AJM agit dans quatre domaines : la formation dispensée à l'École nationale de la magistrature, l'accompagnement des jeunes magistrats sortant de l'ENM, la communication et l'éducation civique, enfin la réflexion sur les pratiques quotidiennes et les réformes de la justice¹²⁴.

Si l'on retient principalement ces cinq associations de magistrats en exercice, il faut encore signaler l'existence de l'Association nationale des magistrats honoraires réunissant aujourd'hui environ six cents membres, dont l'action « témoigne [...] que l'activité de magistrat, plus encore qu'une profession, est un état qui accompagne tout au long de son existence celui ou celle qui l'exerce ou qui l'a exercé »¹²⁵.

Enfin, signe, peut-être, que le mode de recrutement conserve toute son importance dans la diversité du corps judiciaire, voire dans ses désunions, l'Association des magistrats issus des concours complémentaires et exceptionnels fut créée en janvier 2000. Elle a pour objet de « favoriser les échanges ; instaurer un lien permanent ; assurer le respect des droits et la défense des intérêts des magistrats issus des concours exceptionnels ; apporter par tous moyens sa contribution spécifique au fonctionnement de l'institution judiciaire »¹²⁶. Ses représentants ont témoigné « du climat de défiance dans lequel ils avaient été accueillis par leurs collègues dans les

¹²² <http://www.anji.fr/site/pages/association/anji.php>

¹²³ Texte fondateur, conseil d'administration de l'AJM, 1^{er} juin 2007, <http://www.jeunesmagistrats.fr/v2/Texte-fondateur,20.html>, consulté le 7 janvier 2012.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Propos tenus lors du congrès de l'ANAMHO accueilli par la cour d'appel de Caen le 30 mai 2008 <http://www.ca-caen.justice.fr/index.php?rubrique=10476&ssrubrique=10485&article=15009>

¹²⁶ Extrait des statuts de l'AMICCE.

Associations et syndicats de magistrats au XX^e siècle

juridictions »¹²⁷. Il apparaît en effet que « le corps judiciaire éprouve des réticences à intégrer des magistrats issus d'horizons variés, présentant un profil trop différent de celui qu'il connaît »¹²⁸.

*

* *

Groupements associatifs et syndicaux participent donc à la représentation de la variété des missions des magistrats. Le corps judiciaire est loin d'être uniforme. Les mouvements associatifs qui ont donné naissance à des syndicats avaient porté sur le devant de la scène des désunions internes à la magistrature, en grande partie liées à la démocratisation du recrutement et à l'évolution de la formation, les jeunes magistrats ne se reconnaissant pas dans l'ancienne vision figée de l'institution judiciaire. Cette disparité au niveau du recrutement s'est progressivement estompée et il semble bien que, depuis la période de rupture dans les années 1960-1970, les différences de conception de la fonction se sont atténuées. Cependant, les oppositions peuvent encore être vives entre syndicats, notamment selon les juridictions, ce qui prouve que les désunions tiennent autant aux personnes qu'aux idées, sinon davantage. Les différents groupements, aux opinions parfois divergentes, savent en effet toujours s'unir pour protester contre des réformes presque unanimement critiquées par le corps judiciaire et l'ensemble des professions de justice¹²⁹.

Quant au syndicalisme dans la magistrature, malgré les « résistances et réticences » des débuts, il ne semble plus désormais ni soulever « de difficultés majeures », ni « se heurter à une contestation significative »¹³⁰, « il s'est banalisé »¹³¹. Il n'en reste pas moins vrai que la diversité des fonctions

¹²⁷ Extrait du rapport présenté au Sénat dans le cadre de la discussion du projet de loi organique relatif au recrutement, à la formation et la responsabilité des magistrats, déposé par le sénateur Jean-Jacques Hyst le 24 janvier 2007, <http://www.senat.fr/rap/106-176/106-1763.html>

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Les réformes menées depuis 2007 en donnent un exemple récent comme en témoigne un communiqué commun aux cinq associations et aux trois syndicats, intitulé « Quelle justice demain en France ? », décembre 2009.

¹³⁰ Jean-Pierre ROYER (dir.), « Le point de vue de Dominique-Henri Matagrín », *La justice d'un siècle à l'autre*, p. 143.

¹³¹ Jean-Pierre ROYER (dir.), « Le point de vue de Pierre Lyon-Caen », *La justice d'un siècle à l'autre*, p. 139.

Béatrice Fourniel

judiciaires et les raisons personnelles de l'engagement de chacun ne peuvent qu'engendrer un corps aux multiples facettes.

**« FAIRE CORPS », UNE ILLUSION D'INSTITUTION ? LES RELATIONS
ENTRE MAGISTRATS D'APRES LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL
SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE (1958-2010)**

**par Mathieu Soula,
maître de conférences à
l'université de Pau-Pays de l'Adour (CTHDIP)**

*D'ordinaire, il se trouve que les choses sont bien autres
qu'elles ne paraissent ; et l'ignorance, qui n'avait
regardé qu'à l'écorce, se détrompe dès qu'elle va au-
dedans.*

Baltasar Gracián, *L'art de la prudence*, 146

« Faire corps » est une injonction d'institution implicite et explicite, manifeste dans la dénomination totalisante, et qui rend compte *a priori* d'une uniformité : « la » magistrature. Tout un ensemble d'institutions, à commencer par les facultés de droit, l'École nationale de la magistrature, ou encore le Conseil supérieur de la magistrature, promeuvent et diffusent, d'ailleurs, cet esprit de corps, censé lier les magistrats entre eux. Tout un ensemble de cérémonies et de rites d'institution (le serment des nouveaux magistrats, les rentrées solennelles) sont censés faire incorporer l'esprit de corps et le sentiment d'appartenance commun à un même ordre professionnel. Les rappels à l'ordre sont nombreux pour inciter les magistrats à se représenter leurs fonctions comme faisant partie d'un tout englobant et qui, en conséquence, les contraint à définir et ajuster leurs pratiques au regard de cet impératif. Lors de l'audience solennelle de la Cour de cassation du 7 janvier 2011, le premier président, Vincent Lamanda, rappelait ainsi que « chaque fois qu'un seul magistrat faillit, c'est la justice entière qui est discréditée »¹. Dans cette perspective, le Conseil supérieur de

¹ *Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation, Le droit de savoir*, « Discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le vendredi 7 janvier 2011, par monsieur Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation », p. 53.

la magistrature, en tant qu'organe disciplinaire, depuis 1883, tient un rôle important : la sanction est un levier du rappel à l'ordre et de l'explicitation d'une éthique, c'est-à-dire d'un savoir-être, ou encore d'un *habitus*, censé guider les magistrats dans leurs représentations et la mise en œuvre de leur rôle. Gardien de l'ordre et gardien du corps judiciaire, le Conseil supérieur de la magistrature est donc partie prenante de la construction de l'*illusio* de l'unité de la magistrature.

Pourtant, derrière le discours d'institution d'unité, prennent place des concurrences entre fonctions, des oppositions, des tensions hiérarchiques, sociales, ou politiques. « La » magistrature est historiquement, et structurellement, confrontée à des fractures, voire à des crises, qui contredisent les représentations d'unité des fonctions qu'elle est censée abriter et regrouper. Christophe Charle a montré qu'au XIX^e siècle, la magistrature est une institution hétérogène et divisée, du fait de l'évolution des modes de recrutement, qui assurent le passage du « magistrat notable » au « magistrat républicain »². La crise de la magistrature prend appui, ici, sur les tensions sociales et politiques qui opposent ces deux types de magistrats incompatibles. Jean-Pierre Mounier explique encore la crise de la magistrature dans la seconde moitié du XX^e siècle par l'évolution du recrutement social, qui oppose anciens magistrats, issus, jusqu'en 1959, des classes supérieures, et nouveaux, recrutés depuis les années 1960 davantage parmi les classes moyennes. Il conclut : « L'évolution socio-économique et morphologique de la magistrature, par la médiation d'une crise de l'éthique traditionnelle du corps, est ainsi à l'origine, dans les années 1970, d'une nouvelle pratique judiciaire. Le corps n'a plus d'unité, les oppositions s'exacerbent, les certitudes ne sont plus partagées »³.

L'hétérogénéité sociale structurelle permet de comprendre pourquoi « la » magistrature ne peut se concevoir comme un corps homogène et uniforme : il existe des divisions sociales qui conditionnent des oppositions dans la manière de concevoir la justice et de pratiquer les fonctions de magistrat. Cette source de division n'est pourtant pas la seule. L'étude de la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature peut en faire ressortir d'autres, liées à l'hétérogénéité des cultures d'institutions, aux concurrences pour définir l'œuvre de justice entre parties composant le corps, ou à l'ineffectivité de l'incorporation de l'injonction « faire corps ». Le

² Christophe CHARLE, « État et magistrats. Les origines d'une crise prolongée », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 96-97, mars 1993, p. 39-48.

³ Jean-Pierre MOUNIER, « Du corps judiciaire à la crise de la magistrature », *Actes de la recherche en science sociale*, vol. 64, septembre 1986, p. 29.

Magistrats et jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature

contentieux né des relations entre magistrats, ces cinquante dernières années, doit permettre d'expliquer en quoi « faire corps », malgré l'œuvre du Conseil supérieur de la magistrature, reste une illusion, ou en tout cas une injonction à relativiser, dans le sens où ce corps est traversé de tensions et crispations diverses.

I - Discipliner le corps

Le Conseil supérieur de la magistrature, depuis sa création par la loi du 30 août 1883, a fait l'objet de nombreuses réformes qui ont peu à peu modifié ses fonctions disciplinaires⁴. En 1946, les articles 83 et 84 du titre IX de la constitution redéfinissent son organisation : placé sous la présidence du président de la République et la vice-présidence du garde des Sceaux, il comprend douze autres membres nommés ou élus pour six ans (six élus par l'Assemblée nationale ; quatre élus par les magistrats, et deux nommés par le président de la République). La saisine du Conseil est relativement ouverte : peuvent le saisir le garde des Sceaux, le ministre de l'Outre mer, les chefs de cour, les justiciables ayant déposé une plainte au Conseil, et le Conseil lui-même, qui peut s'autosaisir⁵. En 1958, l'article 65 de la nouvelle constitution dispose toujours que le président de la République est le président du conseil, et que le ministre de la Justice en est le vice-président de droit. Mais désormais, le conseil est composé de neuf membres désignés par le président de la République. Il comprend deux formations disciplinaires, puisque quand il statue comme conseil de discipline des magistrats du siège, il est alors présidé par le premier président de la Cour de cassation. Seul le garde des Sceaux peut le saisir. La réforme de l'article 65 par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 clarifie la procédure et ouvre la composition des deux instances disciplinaires : « La formation compétente à l'égard des magistrats du siège comprend, outre le président de la République et le garde des Sceaux, cinq magistrats du siège et un magistrat du parquet, un conseiller d'État, désigné par le Conseil d'État, et

⁴ *Loi du 30 août 1883 sur la réforme de l'organisation judiciaire, texte officiel annoté avec tous les tableaux annexés*, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1883. Le Conseil supérieur de la magistrature est constitué alors par les chambres réunies de la Cour de cassation (article 13). Dans sa fonction disciplinaire, le Conseil ne peut être saisi que par le garde des Sceaux, et ne peut statuer ou donner son avis qu'après l'audition du magistrat mis en cause (article 16).

⁵ Voir Alain BANCAUD, « Normalisation d'une innovation : le Conseil supérieur de la magistrature sous la IV^e République », *Droit et société*, n° 63-64, 2006-2, p. 371-391.

trois personnalités n'appartenant ni au Parlement ni à l'ordre judiciaire, désignées respectivement par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat [...]. Elle statue comme conseil de discipline des magistrats du siège. Elle est alors présidée par le premier président de la Cour de cassation » ; « La formation compétente à l'égard des magistrats du parquet comprend, outre le président de la République et le garde des Sceaux, cinq magistrats du parquet et un magistrat du siège, le conseiller d'État et les trois personnalités mentionnés à l'alinéa précédent [...]. Elle donne son avis sur les sanctions disciplinaires concernant les magistrats du parquet. Elle est alors présidée par le procureur général près la Cour de cassation ». La formation du siège rend une décision susceptible de recours en cassation devant le Conseil d'État, et la formation du parquet donne un avis qui peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État. Enfin, l'article 17 de la loi organique du 25 juin 2001, modifiant l'article 50-1 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, dispose que le Conseil peut être saisi par les premiers présidents de cour d'appel ou les présidents de tribunal supérieur d'appel. Malgré ses nombreuses réformes, la saisine reste relativement restreinte, et le Conseil demeure cette institution disciplinaire qui explicite et définit l'éthique des magistrats et, en tant que gardien du temple, conserve et diffuse l'esprit de corps. Il doit être noté que le Conseil est l'objet actuellement d'une réforme structurelle qui modifie profondément le contentieux disciplinaire. La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, complétée par la loi organique du 22 juillet 2010, entrée en vigueur en janvier 2011, inaugure la saisine directe du Conseil par le justiciable pour tout manquement imputable à un magistrat et pouvant recevoir une qualification disciplinaire⁶. Elle ouvre une nouvelle ère disciplinaire qui certainement engage un travail de redéfinition du rôle du Conseil en ce domaine, voire, plus globalement, du rôle des magistrats et de la notion de faute disciplinaire⁷. Dès lors, il est possible d'étudier la jurisprudence du

⁶ Sur cette réforme voir : Ludovic BELFANTI, « Du droit de tout justiciable de saisir le Conseil supérieur de la magistrature », *AJ Pénal*, n°7-8/2011, p. 344 et s.

⁷ L'article 43 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature, dispose que « tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité, constitue une faute disciplinaire ». Les sanctions disciplinaires possibles sont (article 45) : le blâme avec inscription au dossier ; le déplacement d'office ; le retrait de certaines fonctions ; l'interdiction d'être nommé ou désigné dans des fonctions de juge unique pendant une durée maximum de cinq ans ; l'abaissement d'échelon ; l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée maximum d'un an, avec privation

Magistrats et jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature

conseil, entre 1958 et 2010, c'est-à-dire entre deux réformes d'envergure, dans un moment d'une certaine cohérence de composition, d'attribution, et de procédure.

Sur cette période, nous avons retenu 98 décisions et avis du Conseil supérieur de la magistrature qui intéressent directement les rapports entre magistrats ou leurs rapports à l'institution judiciaire. L'ensemble de ce *corpus* révèle trois points de tensions qui manifestent une mise à distance de l'esprit de corps. Ces tensions peuvent être qualifiées d'institutionnelles, par opposition à syndicales, sociales, ou politiques, parce qu'elles concernent l'exercice quotidien du métier de magistrat, et interrogent leur rapport au poste. Sur ces 98 affaires, 17 (17,3 %) concernent les rapports entre les différentes fonctions composant la magistrature, 20 (20,4 %), les rapports hiérarchiques, et 61 (62,3 %), les rapports à la justice. Sur près de cinquante ans, il y aurait donc eu peu d'affaires mettant en cause l'unité de la magistrature. Cela tient d'abord au mode de saisine qui limite les possibilités de faire appel au Conseil. Cela tient ensuite à l'existence d'un pouvoir disciplinaire détenu par le chef de juridiction⁸. Mais cela tient surtout au fait que de nombreuses tensions se règlent certainement entre soi, dans le secret des bureaux et des couloirs des palais de justice. Ne sont donc portés devant le Conseil supérieur de la magistrature que des cas extraordinaires ou anomaux. Ces cas particuliers semblent d'un premier abord des bases fragiles, du fait de leur rareté et de leur caractère exceptionnel, pour rendre compte des divisions du quotidien. Ils ne pourraient prétendre représenter la norme des rapports structurant la magistrature. Malgré tout, comme l'a démontré Carlo Ginzburg, les cas anomaux portent en eux une certaine forme de représentativité, et disent beaucoup, en tant que paroxysme, du quotidien et de la norme : « Il est possible de connaître les comportements normaux en partant de l'étude de certains cas représentés comme exceptionnels [...]. Toute infraction, toute

totale ou partielle du traitement ; la rétrogradation ; la mise à la retraite d'office ou l'admission à cesser ses fonctions lorsque le magistrat n'a pas droit à une pension de retraite ; la révocation (abrogé par la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010, article 22-2°) avec ou sans suspension des droits à pension.

⁸ L'article 44 de la loi organique du 22 décembre 1958 porte : « En dehors de toute action disciplinaire, l'inspecteur général des services judiciaires, les premiers présidents, les procureurs généraux, et les directeurs ou chefs de service à l'administration centrale ont le pouvoir de donner un avertissement aux magistrats placés sous leur autorité ». « L'avertissement est effacé automatiquement du dossier au bout de trois ans si aucun nouvel avertissement ou aucune sanction disciplinaire n'est intervenu pendant cette période ».

exception, implique d'une façon intrinsèque la norme »⁹. Autrement dit, les cas anormaux, exceptionnels, permettent, en creux, de révéler la norme. En l'espèce, les 98 cas, qui sont autant d'affaires exceptionnelles, s'ils ne sont pas le quotidien des magistrats, révèlent la norme des rapports quotidiens et les lignes de fracture qui structurent les rapports entre magistrats. Par exemple, l'affaire, elle aussi exceptionnelle, de la profanation du cimetière juif de Perpignan, le 11 juin 1993, a permis de révéler publiquement les oppositions et les tensions qui entravaient le travail des magistrats du siège et du parquet du tribunal de grande instance de Perpignan : la saisine du Conseil contre le président de ce tribunal, qui a laissé prospérer les mésententes, voire les a aggravées, a mis à jour les fractures interne au corps et au tribunal qui portaient atteinte à son bon fonctionnement¹⁰.

II - Des membres opposés

À l'intérieur de la magistrature, existent des points de tensions entre les diverses parties qui composent ce corps. Les rapports entre les différents membres du corps génèrent le plus souvent des conflits de légitimité qui peuvent aboutir à la saisine du Conseil supérieur de la magistrature (17,3 % des affaires retenues). D'une manière classique, tant la fracture est historique et actuelle, le siège et le parquet s'affrontent en une concurrence institutionnelle pour imposer une définition de la justice (4 %) : ces conflits sont l'occasion d'explicitier deux logiques et deux légitimités différentes. Le siège peut ainsi être regardé et dénoncé par le parquet comme lui étant hostile, voire hostile au gouvernement, et favorable aux accusés. Il ne remplirait pas sa mission de justice, faire appliquer et respecter la loi, mais agirait plutôt comme un contre-pouvoir. Par exemple, le 14 juin 1993, le Conseil rend un avis, suivi par le garde des Sceaux, de retrait des fonctions de procureur de la république contre un procureur adjoint qui, au soir d'un réquisitoire, avait fait part à un ami journaliste que le magistrat l'avait « attiré dans un traquenard », au cours de deux rencontres préalables à ses réquisitions, et l'avait « laissé parler pour mieux l'abattre ». Il en concluait que ce juge s'était rendu coupable de « forfaiture » en « passant à l'ennemi

⁹ « Carlo GINZBURG. L'historien et l'avocat du diable. Entretien avec Charles Illouz et Laurent Vidal », *Genèses*, 53, 2003, p. 122.

¹⁰ CSM formation siège, décision du 30 janvier 1995 (S082), de déplacement d'office.

Magistrats et jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature

qui est la défense », tenant alors des propos injurieux à l'égard de ce magistrat, le traitant de « collabo », et le surnommant « Legland »¹¹.

Un procureur peut aussi critiquer publiquement une décision de justice, affirmant par cette opposition ouverte sa légitimité à imposer une interprétation concurrente. Tel est le cas quand un procureur général près d'une cour d'appel estime dans un journal local qu'une procédure est scandaleuse et que l'incarcération d'une personne impliquée dans cette affaire est tout aussi scandaleuse¹². Tel est encore le cas quand un procureur dénonce une décision de justice qu'il estime attentatoire aux libertés individuelles dont il est le gardien. Il se joue là encore une concurrence dans la définition du rôle de la justice : en 1978, le Conseil rend un avis, suivi par le garde des Sceaux, d'abaissement d'échelon contre un premier substitut qui avait, avant une audience, fait une déclaration publique pour dénoncer une décision de justice d'autorisation d'extradition contre Klaus Croissant, avocat allemand proche de la Fraction armée rouge, estimant qu'il devait plutôt bénéficier de l'asile politique¹³. Il se fait là, en pleine séance publique, le gardien des libertés contre le siège dénoncé implicitement comme étant aveuglé aux ordres du gouvernement. Ces espèces révèlent les deux logiques institutionnelles qui animent parfois dans des sens opposés le parquet et le siège : chacun revendique sa légitimité à pouvoir imposer une définition de la justice et de ses missions.

À l'intérieur de l'institution judiciaire, existent d'autres types de tensions institutionnelles qui opposent les magistrats (du parquet et du siège) au greffe. Imprégné de son autorité, de sa distinction, le magistrat peut se laisser aller à traiter le greffe avec condescendance, hauteur, morgue, voire harcèlement. Cette attitude qui est celle d'une mise à distance du greffe, c'est-à-dire d'un rappel symbolique à une position subordonnée, quand elle dépasse une limite acceptable, donne lieu à la saisine du Conseil supérieur de la magistrature (6,1 %). Par exemple, le 21 janvier 2009, le Conseil rend une décision d'interdiction d'exercer des fonctions de juge unique pendant trois ans contre une juge des enfants pour un comportement ancien et constant de « pressions psychologiques constantes et d'une

¹¹ CSM formation parquet, avis du 14 juin 1996 (P018), de retrait des fonctions de procureur de la République et de procureur de la République adjoint et déplacement d'office. Décision conforme du garde des Sceaux du 30 juin 1993.

¹² CSM formation parquet, avis du 11 juin 1996 (P029), d'inscrire au dossier du magistrat une réprimande. Décision conforme du garde des Sceaux du 17 juin 1996.

¹³ CSM formation parquet, avis du 10 février 1978 (P008), d'abaissement d'échelon assorti d'un déplacement d'office. Décision conforme du garde des Sceaux du 14 février 1978.

atmosphère de travail tendue et usante » : certains agents recevaient des appels téléphoniques de cette magistrate à leur domicile et en pleine nuit, étaient épiés, espionnés et écoutés aux portes. Cette juge est qualifiée par les greffiers d'« hystérique », de « paranoïaque » et de « folle »¹⁴. Les pressions peuvent aussi être physiques. Un magistrat, sous l'emprise de l'alcool, s'autorise publiquement des actes déplacés sur une greffière, parce qu'elle est une femme et qu'elle est une subordonnée : il tient des propos injurieux, la tutoyant, l'appelant par un prénom souvent considéré comme dévalorisant et qui n'était pas le sien (Gertrude), faisant des commentaires sur son physique accompagnés de termes grivois, et la prenant par la taille¹⁵. Un autre, aussi sous l'emprise de l'alcool, dans une tenue vestimentaire négligée, a à l'égard d'une greffière des gestes et des propos grossiers, la tutoyant et lui disant « viens chérie », tout en lui mettant un bras autour du cou et en l'embrassant dans les cheveux¹⁶. Si ces cas restent exceptionnels, ils font néanmoins apparaître une ligne de fracture qui structure l'institution judiciaire : les magistrats y occupent une position dominante, notamment par rapport au greffe, qui les autorise, ici par des actes sanctionnables, à marquer ou rappeler leur distinction.

Enfin, l'unité du corps peut être remise en cause entre collègues (7,2 %). Les tensions quotidiennes entre magistrats, résultant de rapports personnels détériorés, peuvent être exacerbées jusqu'au point de créer une rupture professionnelle qui occasionne une mise à distance de l'esprit de corps. Par exemple, l'attitude d'un vice-président de tribunal de grande instance encourage certains magistrats de son tribunal à ne pas vouloir siéger avec lui. En réponse, ce magistrat diffuse, le 16 mars 1992, une « lettre ouverte », dans laquelle il stigmatise « l'orgueil », « l'irréflexion », « la bêtise » et « la lâcheté » de ses collègues, ajoutant : « Je vomis ceux qui me traitent comme

¹⁴ CSM formation siège, avis du 21 janvier 2009 (S164), de déplacement d'office avec interdiction d'être nommée ou désignée dans des fonctions de juge unique pendant une durée de trois ans.

¹⁵ CSM formation siège, décision du 10 avril 2009 (S165), d'interdiction temporaire d'exercer ses fonctions de magistrat jusqu'à ce qu'intervienne une décision disciplinaire définitive ; et CSM formation siège, décision du 24 février 2010 (S177), de rétrogradation assortie du déplacement d'office.

¹⁶ CSM formation parquet, avis du 20 juillet 2006 (P055), d'interdire temporairement les fonctions de substitut général ; et CSM formation parquet, avis du 11 juillet 2007 (P057), de ne pas donner lieu à sanction disciplinaire « considérant que l'absence de discernement et de contrôle de ses actes s'oppose à ce qu'une faute disciplinaire soit imputée ». Décision conforme du garde des Sceaux.

Magistrats et jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature

je viens de le décrire [...]. Je vous fais connaître que, bien que tout mon être se révolte en voyant certains collègues et que je sois pris d'une vive nausée rien qu'en entendant leur nom, il n'en paraîtra rien sur le plan professionnel »¹⁷. De telles inimitiés, dont la source (sociale, institutionnelle, personnelle ?) est difficile à définir dans une étude portant sur la jurisprudence, montrent néanmoins que ce type de divisions au sein même d'un tribunal peut entraver l'action de l'institution. Autre exemple, l'avocat général près la Cour de cassation, Alain Terrail, a fait paraître dans la revue de l'Association professionnelle des magistrats, dont il était le rédacteur en chef, un article consacré à Albert Lévy, substitut du procureur de la République (du Syndicat de la magistrature), intitulé « Mœurs judiciaires », dans lequel après avoir indiqué que ce magistrat suscitait des antipathies au sein de sa juridiction, il concluait : « Tant va Lévy au four, qu'à la fin il se brûle »¹⁸. La référence à la solution finale est évidente et vise un collègue appartenant à un autre syndicat professionnel dans un contexte de querelles syndicales. Elle rend alors visible deux autres types de fractures possibles : celle de l'intolérance et du racisme, et celle de la concurrence syndicale.

La magistrature, ou plutôt l'institution judiciaire, est donc traversée par des oppositions, des distinctions, des concurrences et des ruptures entre ses diverses parties, et à l'intérieur de ses parties, entre collègues : le siège peut s'opposer au parquet, les deux peuvent rappeler implicitement ou de manière explicite leur plus grande légitimité à l'encontre des greffiers ou des auxiliaires de justice, et les querelles internes à un tribunal peuvent entraver le fonctionnement de l'institution. Surtout, la magistrature n'est pas un monde clos, car y sont importées des attitudes communes à d'autres espaces sociaux : oppositions syndicales, ou racisme et antisémitisme.

III - Une hiérarchie contestée

Un second type d'oppositions, ou de désunions, intéresse les relations hiérarchiques qui structurent chaque partie du corps (20,4 % des affaires retenues). La hiérarchie est censée permettre le fonctionnement du corps, lui assurant une cohérence, une unité, garantes de son efficacité. Dans une institution qui promeut l'indépendance des magistrats, qui assure leur distinction (être magistrat est un état et pas seulement une fonction), dont le

¹⁷ CSM formation siège, décision du 12 avril 1995 (S083), de retrait des fonctions de vice-président de Tribunal de grande instance et déplacement d'office.

¹⁸ CSM formation parquet, avis du 17 mars 1999 (P035), de mise à la retraite d'office. Décision conforme du garde des sceaux du 25 mars 1999. CE, 18 octobre 2000 (P035CE), rejet de la requête d'Alain Terrail.

recrutement repose sur l'obtention d'un important capital scolaire (qui donne une plus large latitude pour contester une hiérarchie, conférant en lui-même une légitimité à son détenteur), l'intégration de cette hiérarchie ne se fait pas sans difficultés. À certaines occasions, elle est explicitement remise en cause. C'est d'ailleurs là l'occasion d'un intense contentieux (18,4 %), parce qu'il touche à l'honneur et à la dignité des magistrats. Dans la grande majorité des cas, la saisine du Conseil résulte d'un refus de subir la surveillance des supérieurs hiérarchiques pour masquer des carences. Par exemple, un magistrat, pour échapper à un contrôle de son chef de juridiction, produit des statistiques erronées sur son activité¹⁹. Un autre, vice-président chargé de l'instruction, transmet au président de la chambre de l'instruction des notices mentionnant des diligences fictives pour dissimuler ses retards²⁰. Un juge d'instruction soucieux d'éviter tout contrôle, et pour se justifier des retards dans l'envoi de ses notices semestrielles, oppose soit un refus exprès au président de la chambre de l'instruction, soit un mensonge. Il doit être noté que lors d'une précédente procédure disciplinaire, pour les mêmes motifs, il avait été relevé « qu'à ces refus délibérés, s'est ajoutée une ostensible désinvolture à l'égard du pouvoir de contrôle sur les cabinets d'instruction »²¹. Un conseiller de cour d'appel, pour ne pas répondre de ses manquements, refuse, plus simplement, de donner suite à la convocation de son chef de juridiction pour évaluer son travail²². Les diverses stratégies déployées par ces magistrats (refus ostensibles, mensonges dilatoires, ou encore faux documents) montrent en creux une réticence au contrôle qui peut parfois être vécu comme une ingérence.

Le refus de se soumettre à la surveillance du supérieur hiérarchique peut encore être motivée par un esprit d'indépendance : l'ingérence du supérieur n'est pas tolérée parce que le magistrat, fort de son état et de sa dignité, ne lui reconnaît aucune légitimité à se mêler de sa gestion professionnelle. Ainsi, un premier juge d'instruction refuse de tenir compte

¹⁹ CSM formation siège, décision du 6 mai 1998 (S101), d'abaissement d'un échelon et de déplacement d'office.

²⁰ CSM formation siège, décision du 2 novembre 2007 (S158), d'interdiction temporaire d'exercer ses fonctions au sein de son tribunal d'appartenance ; et CSM formation siège, décision du 22 juillet 2009 (S169), de mise à la retraite d'office.

²¹ CSM formation jugement, décision du 30 mars 2006 (S149), de réprimande avec inscription au dossier ; CSM formation jugement, décision du 16 avril 2010 (S178), de retrait des fonctions de juge d'instruction et de déplacement d'office.

²² CSM formation siège, décision du 17 décembre 2008 (S162), de mise à la retraite d'office ; CE, 30 juin 2010 (S162CE), rejet de la requête.

Magistrats et jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature

des notes du président du tribunal concernant l'organisation des cabinets d'instruction, ne tolérant pas que ce dernier intervienne dans le fonctionnement des services de l'instruction, considérant que « les prérogatives du président sont d'une nature normative inférieure aux pouvoirs conférés par la loi aux magistrats instructeurs agissant en leur qualité de juridiction d'instruction et légalement apte *de plano* à assurer le fonctionnement des services de l'instruction ». Le Conseil, dans un rappel à l'ordre hiérarchique, estime que ce magistrat a dénié les pouvoirs propres d'organisation et d'administration du président du tribunal, en manifestant « une conception personnelle, illégale et inadmissible de ses fonctions ; qu'en adoptant un tel comportement, il a manqué à ses devoirs de juge agissant au sein d'une compagnie judiciaire organisée par la loi »²³. Le Conseil explicite une limite essentielle au pouvoir du magistrat : il ne représente pas à lui seul la justice, mais occupe une place et des fonctions qui ne prennent sens que dans un tout organisé et englobant. Prétendre échapper au pouvoir d'organisation et d'administration d'un chef de juridiction, revient à se désagréger du corps d'origine.

La remise en cause de la hiérarchie peut encore être l'une des voies prises par un magistrat pour rétablir son honneur bafoué par son supérieur : la riposte du magistrat s'inscrit dans une logique de préservation et de rétablissement de son honneur, c'est-à-dire de sa face sociale : il est important de « garder la face » aux yeux de ses collègues, pour ne pas la perdre, et en conséquence voir sa position sociale abaissée au sein de la juridiction. Par exemple, un magistrat se fait publiquement reprendre par un premier président au cours d'une commission d'aide sociale ; il lui rétorque « par une lettre d'une agressive discourtoisie »²⁴. Un autre magistrat pour manifester son opposition aux notations de son premier président lui envoie en six ans cent-trente-neuf lettres d'observations²⁵. Dans une de ces lettres il attribue au président du tribunal une « malhonnêteté intellectuelle que l'on s'étonne de découvrir chez un chef de juridiction », lui signifiant : « Je vous ai dit que je n'ai aucune confiance en vous et je vous le confirme ». Un substitut général, visiblement agacé d'être obligé par son chef hiérarchique de devoir requérir dans une affaire dans laquelle il n'avait

²³ CSM formation siège, décision du 16 décembre 1993 (S073), de réprimande avec inscription au dossier.

²⁴ CSM formation siège, décision du 22 janvier 1969 (S021) de réprimande avec inscription au dossier.

²⁵ CSM formation siège, décision du 12 avril 1995 (S083), de retrait des fonctions de vice-président de Tribunal de grande instance et de déplacement d'office.

aucunement l'intention de le faire, réplique publiquement à l'audience que « si on avait pu l'obliger à tenir à cette audience le siège du ministère public, on ne pouvait l'obliger à requérir au-delà de ce que sa conscience lui dictait », laissant ainsi affleurer quelque pression qu'il aurait subie²⁶. Ces « écarts de langage », comme les qualifie le Conseil, témoignent, selon lui, « d'une absence grave de contrôle de la pensée et de maîtrise de la parole ». Maîtrise de soi et maîtrise du corps (de la magistrature) sont intimement liées. Ces conflits montrent qu'au quotidien le lien hiérarchique peut poser problème. Être magistrat est encore une distinction qui oblige (puisque le magistrat se doit de traiter ses collègues avec courtoisie), mais qui commande d'être défendu, y compris contre un supérieur qui, pense-t-on, porte atteinte à cet état honorable. Les moyens de la riposte peuvent alors prendre des voies sanctionnables par le Conseil supérieur de la magistrature.

Les rapports hiérarchiques, comme dans toute compagnie organisée, peuvent, enfin, donner lieu à des abus de la position de domination (2 %). Tel est le cas de ce chef de juridiction qui a profité de sa position pour engager une relation avec une jeune greffière, l'obligeant à rompre avec son ami et à avoir des relations sexuelles avec lui, la giflant à plusieurs occasions, lui portant des coups et la menaçant quand elle refusait d'avoir des rapports sexuels²⁷. Tel est encore le cas de ce chef de juridiction qui, dans les fonctions de président de la cour nationale de X, a eu une attitude autoritaire et cassante, a tenu des propos humiliants et pris des décisions brutales, blessant la dignité de personnes placées sous son autorité. Il s'est aussi laissé aller à une familiarité déplacée à l'égard de sa secrétaire, par « des réflexions grossièrement impudiques et à des gestes équivoques »²⁸.

Les harcèlements moral, physique, ou sexuel, ne sont évidemment pas la norme des rapports hiérarchiques, tout comme les stratégies d'évitement du contrôle des supérieurs hiérarchiques ne sont pas généralisées. Ces quelques exemples exceptionnels montrent tout de même, en creux, les difficultés et les tensions provoquées par ces rapports hiérarchiques dans une institution qui recrute un personnel possédant plusieurs sources de légitimité et

²⁶ CSM formation parquet, avis du 18 juillet 1963 (P002), de déplacement d'office. Décision conforme du garde des Sceaux.

²⁷ CSM formation siège, décision du 13 avril 1995 (S084), d'interdiction temporaire d'exercer les fonctions de président de Tribunal de grande instance ; CSM formation siège, décision du 28 mars 1996 (S090), de retrait des fonctions de président de Tribunal de grande instance, assortie du déplacement d'office.

²⁸ CSM formation siège, décision du 1^{er} février 2006 (S145), de retrait des fonctions de président de la cour nationale de X.

Magistrats et jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature

d'autorité (le capital scolaire, le capital social, le capital économique) qui peuvent rentrer en conflit, et qui accorde à chaque magistrat la dignité liée à ses fonctions.

IV - Un corps oublié

Un troisième type de rapport peut engendrer une mise à distance, voire un reniement, de l'esprit de corps : la relation du magistrat à l'institution judiciaire. C'est là l'occasion du contentieux le plus important (62,3 % des affaires retenues). La saisine du Conseil est plus souvent engagée, parce que précisément ce type de conflit ne peut se régler entre soi et nécessite une intervention extérieure : le contentieux traité par le Conseil concerne des magistrats qui n'ont pas suffisamment incorporé l'esprit de corps, pour qui cette injonction d'institution reste formelle et ne contraint pas forcément leurs actes et la pratique de leur poste.

Certains détournent ainsi la justice à leur profit, pour des raisons personnelles, familiales ou professionnelles (59,3 %). L'expression *ne pas faire corps* prend tout son sens. Le magistrat peut se laisser corrompre pour diverses raisons qui n'ont pas toutes à voir avec la recherche d'un enrichissement personnel. Il peut s'agir d'un magistrat qui ne se sent pas bien dans son métier, dans ses rapports avec ses collègues, et qui recherche une socialisation autre, qui va le mener à des fautes professionnelles. Par exemple ce magistrat qui fréquente assidument un bar, et qui rend des menus services aux habitués de ce bar (classement sans suite des procès-verbaux, rédaction de plaintes, renseignement sur l'état d'une procédure), contre quelques gratifications, des euros, des coups à boire, ou des repas dans un restaurant²⁹. La corruption est ici un moyen, pour ce magistrat, de se socialiser, d'entretenir des relations sociales pour ne pas sombrer dans la solitude. Mais il peut être question, plus généralement, d'un magistrat qui recherche l'enrichissement personnel ou celui de sa famille. Un premier

²⁹ CSM formation parquet, avis du 11 septembre 2008 (P059), interdiction temporaire d'exercice de ses fonctions. Décision conforme du garde des Sceaux du 15 septembre 2008. CSM formation parquet, avis du 21 juillet 2009 (P061), de révocation sans suspension des droits à pension. Décision conforme du garde des Sceaux du 24 juillet 2009. Cet ancien magistrat, Patrick KEIL, a été condamné pour ces faits de corruption par le tribunal correctionnel de Paris à 1 an de prison avec sursis le 17 février 2012. Il a écrit un livre, en collaboration avec Jean-Michel LEPREUX, sur son expérience malheureuse : *Du barreau aux barreaux. La descente aux enfers du juge de l'affaire Festina*, Paris, Jean-Claude Gawsewitch, 2009.

substitut a entretenu pendant de longues années des relations amicales avec des personnes impliquées dans une vaste affaire de blanchiment. Il a reçu de leur part des cadeaux (une montre Breitling, des stylo-bille de grandes marques, le prêt d'une voiture Mercedes pendant des vacances, le prix d'un voyage en Grèce offert à ses filles, des vêtements, une montre Rolex d'occasion, un appareil photographique de marque Epson, des tailleurs pour son épouse, les frais de scolarité de l'une de ses filles au Cours Pigier, une bague destinée à son épouse, et des repas chaque vendredi), et des enveloppes, de façon régulière, contenant 5 000 francs chacune³⁰. En contrepartie, il prodiguait des conseils, et a établi lui-même un réquisitoire définitif de non-lieu partiel dans une affaire où ces fréquentations étaient poursuivies pour faux, usage de faux, abus de biens sociaux, infractions aux règles de la facturation, marchandage de main-d'œuvre, complicité et recel de ces délits.

Le magistrat peut encore détourner les moyens de la justice à son profit ou au profit de l'un de ses proches. Les solidarités familiales et les réseaux de relations externes à la justice triomphent alors de l'esprit de corps. Le plus souvent, c'est la personne avec qui le magistrat entretient une relation intime qui bénéficie d'une telle protection. Tel est le cas de ce magistrat qui a eu à connaître des affaires commerciales de sa maîtresse, et notamment une cession de restaurant³¹ ; ou de ce magistrat qui protège sa concubine, gérante de tutelle, d'investigations sur ses affaires, et qui manœuvre pour lui faire attribuer des tutelles intéressantes³² ; ou encore de ce procureur de la République honoraire qui décide de classer sans suite une procédure dans

³⁰ CSM formation parquet, avis du 14 mars 2003 (P045), d'interdiction temporaire d'exercice de ses fonctions. Décision conforme du garde des Sceaux du 1^{er} avril 2003. CSM formation parquet, avis du 5 décembre 2003 (P047), de révocation sans suspension de ses droits à pension. Décision conforme du garde des Sceaux du 4 janvier 2004. CE, 23 mars 2005 (P047CE), rejet de la requête. Cet ancien procureur adjoint à Bobigny, Jean-Louis Voirain, a été condamné par le tribunal correctionnel de Paris, le 11 février 2008, dans l'affaire de blanchiment du « Sentier II », à 3 ans de prison, dont 16 mois assortis de sursis, et 30 000 euros d'amende pour corruption, trafic d'influence et recel d'abus de biens sociaux.

³¹ CSM formation siège, décision du 3 février 1994 (S075), d'interdiction temporaire des fonctions ; CSM formation siège, décision du 20 juillet 1994 (S077), d'irrecevabilité de la demande de renvoi pour cause de récusation ; CSM formation siège, décision du 20 juillet 1994 (S078), de rejet de la publicité des débats ; CSM formation siège, décision du 20 juillet 1994 (S079), de mise à la retraite d'office.

³² CSM formation siège, décision du 10 avril 1997 (S097), d'interdiction temporaire des fonctions ; CSM formation siège, décision du 22 janvier 1998 (S098), de révocation sans suspension des droits à pension.

laquelle sa maîtresse est partie prenante, et qui intervient pour lui trouver un emploi au tribunal³³ ; ou enfin de ce substitut général qui retire du domicile qu'il partage avec sa compagne, avocate radiée de l'ordre et poursuivie pénalement, un document recherché vainement lors d'une perquisition³⁴. Le magistrat peut aussi agir pour ses propres besoins. Ainsi, il peut utiliser les moyens de la justice pour assouvir un désir de vengeance, comme cette magistrate qui, pour venger sa sœur agressée, essaie de recruter un bras solide dans la prison où se trouve l'agresseur : au cours d'une conversation téléphonique avec un prévenu, dont elle avait traité un des dossiers, elle évoque l'agression dont sa sœur a été victime, indiquant que l'auteur, dont elle livre le nom, est en détention pour d'autres faits, tenant à son égard des propos particulièrement violents, indiquant qu'il « pouvait crever la bouche ouverte », et finalement demandant à son interlocuteur s'il connaît des gens incarcérés dans le même lieu de détention³⁵. Dans d'autres cas, le magistrat utilise la justice pour mieux anticiper une procédure pénale qui va être engagée contre lui, comme ce magistrat compris dans une opération de démantèlement de sites pédopornographiques, et qui siège au tribunal correctionnel comme assesseur dans une procédure de nature pédopornographique trouvant son origine dans la même enquête³⁶.

La position de magistrat, l'autorité et la dignité qu'elle confère, peuvent être mobilisées dans des entreprises de séduction, voire de harcèlement, des victimes ou des proches de victimes. Un substitut, à l'occasion d'un procès d'assises dont il était le ministère public, pendant le délibéré, entre en contact avec la mère de la victime pour tenter d'engager une relation intime, profitant de ses fonctions sur une personne « troublée et désorientée par les

³³ CSM formation parquet, avis du 21 novembre 2008 (P060), de retrait des fonctions de procureur de la République, avec déplacement d'office. Décision conforme du garde des Sceaux du 16 janvier 2009.

³⁴ CSM formation parquet, avis du 31 mars 2000 (P039), d'interdiction temporaire d'exercer les fonctions de substitut du procureur général. Décision conforme du garde des Sceaux. CSM formation parquet, avis du 19 janvier 2001 (P040), de déplacement d'office. Décision conforme du garde des Sceaux du 6 février 2001 (décision amnistiée).

³⁵ CSM formation siège, décision du 18 décembre 2008, d'interdiction temporaire d'exercer ses fonctions ; CSM formation siège, décision du 5 mai 2010 (S179), de mise à la retraite d'office.

³⁶ CSM formation siège, décision du 16 octobre 2006 (S153), d'interdiction temporaire d'exercer ses fonctions ; CSM formation siège, décision du 11 avril 2007 (S156), de révocation sans suspension de ses droits à pension.

débats d'un procès criminel impliquant son enfant »³⁷. Un juge des enfants de manière répétée entraîne dans un local, attendant à son bureau où patientent leurs parents, des mineurs convoqués à son cabinet pour les contraindre à se dévêtir sous le prétexte de les fouiller³⁸. Un juge d'instruction se livre à des rapports sexuels avec des justiciables dans son propre bureau, en leur faisant croire qu'accepter ses avances aura une incidence positive dans le traitement de leur dossier³⁹.

Enfin, dernier mode de détournement de la justice au profit du magistrat, le vol et détournement de fonds. Le procureur de la République de Bayonne a, en Allemagne en 2004, commis un vol de la carte bancaire de la secrétaire administrative au Conseil de l'Europe, lors de la conférence des procureurs généraux d'Europe, pour s'en servir dans un bar à hôtesse pour payer les prestations d'une entraîneuse, ainsi que des consommations de boissons. Il participait à cette conférence en tant qu'expert chargé d'une communication sur les principes fondamentaux d'éthique du ministère public⁴⁰. Quelque temps auparavant, il avait omis de signaler au procureur général près la cour d'appel de Pau la disparition, en mai 2003, d'une somme de 2 225 euros placée sous scellés dans le cadre d'une procédure pénale, ainsi que plusieurs autres vols commis dans les locaux du parquet de Bayonne (le 9 février 2010, il a été relaxé par le tribunal correctionnel de Paris pour le vol de ces 2 225 euros). Cet ancien magistrat a d'ailleurs été condamné par la cour d'appel de Paris, le 5 novembre 2008, à dix-huit mois de prison avec sursis pour vol et escroquerie.

Dans tous ces cas, la fonction est vue comme un moyen et non plus comme une fin : le magistrat oublie ou renie son corps et l'éthique qui est censée le lier à lui. La magistrature devient une source profitable, et n'est

³⁷ CSM formation parquet, avis du 14 mars 1997 (P030), de réprimande avec inscription au dossier. Décision conforme du garde des Sceaux du 9 avril 1997.

³⁸ CSM formation jugement, décision du 9 juillet 2003 (S126), d'interdiction temporaire d'exercer ses fonctions. CSM formation jugement, décision du 30 avril 2004 (S133), de sursis à statuer jusqu'à plus ample informé ; CSM formation siège, décision du 7 février 2006 (S146), de révocation sans suspension des droits à pension.

³⁹ CSM formation siège, décision du 9 mars 2007 (S155), d'interdiction temporaire des fonctions ; CSM formation siège, décision du 6 décembre 2007 (S160), de mise à la retraite d'office ; CE, 21 octobre 2009 (S160CE), rejet de la requête.

⁴⁰ CSM formation parquet, avis du 14 janvier 2005 (P050), d'interdiction temporaire d'exercer ses fonctions. Décision conforme du garde des Sceaux du 17 janvier 2005. CSM formation parquet, avis du 11 juillet 2007 (P056), de révocation sans suspension des droits à pension. Décision conforme du garde des Sceaux du 6 septembre 2007. CE, 27 mai 2009 (P056CE), rejet de la requête.

Magistrats et jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature

plus avant regardée comme une mission. L'injonction « faire corps » perd de son autorité et de son effectivité face à des impératifs plus puissants. Ces cas montrent que « faire corps » entre en concurrence avec d'autres injonctions parfois davantage déterminantes.

Les affaires traitées par le Conseil supérieur de la magistrature laissent affleurer les points de tension qui traversent et conditionnent les rapports au sein de la magistrature : les concurrences, les oppositions, les reniements, en un mot les fractures possibles. « La » magistrature se caractérise d'abord par ses différences, c'est-à-dire par les rapports différenciés au poste engagés par les magistrats : dans ces conditions, malgré les rituels professionnels d'union, malgré la diffusion de discours éthiques, et surtout malgré l'existence d'un gardien du temple aux larges pouvoirs disciplinaires, « faire corps » reste une injonction difficile à rendre pleinement effective. En témoigne une dernière manière de s'opposer à la magistrature en tant qu'entité : critiquer, comme magistrat, le fonctionnement de la justice, voire l'inexistence d'un corps aux missions mieux définies (3 %). Il s'agit ici de contester une idéologie dominante au sein de la magistrature pour y substituer une interprétation concurrente. Ainsi, Oswald Baudot, substitut du procureur de la République de Marseille, en 1974, dans une *Harangue à des magistrats qui débutent*, leur enjoint :

« Soyez partiaux. Pour maintenir la balance entre le fort et le faible, le riche et le pauvre, qui ne pèsent pas d'un même poids, il faut que vous la fassiez un peu pencher d'un côté. C'est la tradition capétienne. Examinez toujours où sont le fort et le faible, qui ne se confondent pas nécessairement avec le délinquant et sa victime. Ayez un préjugé favorable pour la femme contre le mari, pour l'enfant contre le père, pour le débiteur contre le créancier, pour l'ouvrier contre le patron, pour l'écrasé contre la compagnie d'assurance de l'écraseur, pour le malade contre la sécurité sociale, pour le voleur contre la police, pour le plaideur contre la justice »⁴¹.

Deux conceptions de la justice pour deux magistratures ?

⁴¹ CSM formation parquet, avis du 28 janvier 1975 (P006), de réprimande avec inscription au dossier. Décision conforme du garde des Sceaux.

TROISIEME PARTIE
JUGES CONTRE JUGES : MAGISTRATURE
ET NON PROFESSIONNELS

**LES JUGES REVOLUTIONNAIRES FACE AUX NOTABLES-ADJOINTS :
L'UNITE DE LA MAGISTRATURE CONTRE LA DIVISION
DE LA JUSTICE**

**par Jean-Christophe Gaven,
professeur d'histoire du droit à
l'Université Toulouse 1 Capitole (CTHDIP)**

En janvier 2012, la volonté politique de « rapprocher le peuple de la justice¹ » a conduit à introduire de façon expérimentale des « citoyens assesseurs » auprès de plusieurs tribunaux correctionnels français². Vivement critiquée par une partie de la magistrature, cette réforme illustre un certain nombre de représentations relativement classiques de la justice populaire. Le « bon sens » et la « proximité » en sont les avantages régulièrement avancés : du premier, on espère qu'il conforme les jugements et verdicts à une compréhension simple et naturelle des litiges, tandis que la seconde est censée réduire le décalage entre les attentes des victimes et la réponse pénale. *A contrario*, ou du moins entre les lignes, on en déduit que la justice professionnelle serait éloignée voire ignorante des vœux de justice des simples citoyens, en tout cas incapable de ce fameux « sens commun » généreusement attribué aux profanes. A cela s'ajoutent parfois des considérations plus délicates encore, comme l'espoir d'accélérer les procédures judiciaires ou l'attente d'une sévérité accrue, traditionnellement accordée aux jurés populaires, jamais vraiment éloignée des choix de les adjoindre ou de les soustraire au service public de la justice. Dans tous les cas, le recours à des personnes étrangères aux mœurs judiciaires, espérées

¹ Discours du président de la République Nicolas Sarkozy, septembre 2010.

² L'article 10-1 de la loi du 10 août 2011 prévoit de compléter par la présence de « citoyens assesseurs » les tribunaux correctionnels et chambres des appels correctionnels ainsi que les tribunaux d'application des peines et chambres d'application des peines des cours d'appel. Le législateur a organisé une première expérimentation dans les tribunaux du ressort des cours d'appel de Dijon (Dijon, Chalon-sur-Saône, Chaumont, Mâcon) et de Toulouse (Toulouse, Albi, Castres, Foix, Montauban). Une première évaluation doit être réalisée au bout de six mois avant d'étendre l'expérience à dix autres ressorts, sur trente-cinq.

vierges de la culture et des pratiques de l'institution, signe la volonté d'y intégrer une force d'action et parfois de réforme exogène, capable de circonscrire celle, propre, des professionnels de la justice. Le collaborateur-citoyen devient un levier susceptible de vaincre de l'intérieur les résistances institutionnelles et culturelles. Jurés d'assises, juges de paix, juges de proximité, assesseurs citoyens, tous, au-delà des principes fondamentaux qu'ils incarnent et qu'on ne saurait sous-estimer, constituent autant de collaborateurs non professionnels susceptibles de diviser le monde judiciaire –entre ceux dont juger est le métier et les autres, appelés occasionnellement ou régulièrement à accomplir un devoir citoyen de justice– et, pour cela même, de souder entre eux les magistrats professionnels.

En 1789, la Révolution française inaugure de manière significative le recours à de tels collaborateurs. Les constituants, on le sait, ont ouvert très tôt le chantier d'une révolution judiciaire destinée à emporter l'ancienne justice. Procédures, institutions, statuts : tout doit disparaître... et le plus tôt possible ! Le principe d'une refondation totale est acquis dès le mois d'août 1789, alors même que les grandes options juridiques et constitutionnelles restent incertaines. L'été 1789 se caractérise surtout par les désordres multipliés à l'échelle du royaume et les risques politiques qu'ils firent courir à la toute jeune Assemblée constituante, sommée d'incarner désormais l'ordre public, son rétablissement et son maintien. Tandis que les discussions sur la déclaration des droits de l'homme s'avèrent plus longues que prévues et alors que les nouvelles mesures fiscales jettent le plus grand trouble dans l'esprit public –qui éprouve quelque mal à démêler ce qui est aboli, maintenu ou provisoirement prorogé de l'ancien système– l'Assemblée constituante décide de recourir au secours de la justice pour ramener le calme et marquer sa nouvelle autorité. Le 10 août en effet, les constituants tranchent une de leurs premières difficultés et décident de criminaliser les émeutes et de poursuivre en justice les séditeux³. Une mesure qui obligeait à prendre quelques précautions, notamment celle de promettre une justice absolument nouvelle, signe à la fois de garanties individuelles et de réforme institutionnelle effective. Promesse présentée quelques jours plus tard, le 17 août 1789, par Bergasse, au nom du très officiel comité de constitution de l'Assemblée nationale constituante⁴. Dans un rapport assez convenu, celui-ci rassemble en effet l'ensemble des critiques formulées depuis plusieurs décennies contre la justice de l'Ancien Régime. Cette dernière est évidemment condamnée, mais au-delà de ce

³ *Archives parlementaires*, 10.08.1789, t. VIII, p. 378.

⁴ *Ibid.*, 17.08.1789, t. VIII, p. 440-449.

Les juges révolutionnaires face aux notables-adjoints

rappel sans fard, le comité parvient à ouvrir sans délai le chantier de la révolution judiciaire. Il réalise là un véritable « coup double », échappant d'une part à l'incongruité de confier la répression des premières émeutes de la Révolution à l'ancienne justice et confirmant d'autre part la réalité des réformes entreprises, à l'heure où une partie de l'opinion marquait déjà son impatience et sa radicalité. L'Assemblée n'eut donc pas à attendre l'ouverture officielle des débats de décembre 1789 pour engager la refonte de l'organisation judiciaire. Les motifs d'ordre public et de justice la conduisent à inaugurer le mouvement dès le mois de septembre et à consacrer dans un décret d'octobre 1789 une première réforme, partielle et provisoire, de la procédure criminelle et de l'échelle des peines⁵. Suit la grande loi des 16-24 août 1790 dessinant la nouvelle cité judiciaire, d'après laquelle les constituants procèdent à l'élection des juges, puis à l'installation des nouveaux tribunaux fin 1790, début 1791. A cette date, seules les juridictions civiles entrent en fonction : tribunaux de famille, justices de paix, tribunaux de district, ces deux derniers recevant des compétences criminelles extraordinaires et provisoires dans l'attente de la mise en place de la nouvelle justice pénale⁶. En 1792, l'Assemblée législative installe enfin les tribunaux criminels et les premiers jurys populaires : la loi des 16-24 août relative à la nouvelle organisation judiciaire reçoit ainsi sa pleine exécution

⁵ L'ordonnance criminelle de 1670 n'est pas abrogée mais seulement modifiée par le décret des 8 et 9 octobre 1789, sanctionné le 3 novembre suivant. Celui-ci introduit la publicité et le contradictoire dans l'organisation du procès pénal ; il reconnaît les premiers droits de la défense (assistance d'un conseil, admission des faits justificatifs à tout moment du procès, accès gratuit aux pièces de procédure) ; sans encore bouleverser l'échelle des sanctions pénales, il pose le principe de la proportionnalité des peines. La précocité de cette réforme partielle, d'exécution immédiate (contrairement à nombre d'autres réformes procédurales dont l'application a été différée à la mise en place postérieure des institutions nouvelles) tient essentiellement aux choix de l'Assemblée constituante, dans l'été 1789, de renvoyer devant les juges criminels deux catégories d'accusés susceptibles de menacer le nouvel ordre public et donc l'Assemblée elle-même : les révolutionnaires « trop » zélés, généralement séditieux et émeutiers, ainsi que les contre-révolutionnaires supposés participer au « complot aristocratique » dont l'existence est une certitude pour les hommes de 1789. S'appuyant sur la justice pénale, l'Assemblée constituante ne pouvait proroger les aspects les plus critiqués et les plus insupportables de l'ordonnance criminelle. La réforme partielle et provisoire d'octobre 1789 constitue alors une sorte de transaction honorable entre l'ancien droit prorogé et le nouveau non encore élaboré. Sur ces aspects, voir Jean-Christophe GAVEN, *Le crime de lèse-nation. Histoire d'une brève incrimination (1789-1791)*, th. dactyl. Toulouse, 2 vol., 2003, à paraître (2013).

⁶ Loi des 12-19 octobre 1790.

et les dernières traces de l'ordonnance criminelle de 1670, même modifiée depuis octobre 1789, disparaissent définitivement devant la nouvelle architecture du procès pénal.

Dans ces opérations de destruction et reconstruction, domine largement la méfiance ancienne et profonde qu'inspiraient les magistrats à la fin de l'Ancien Régime et que les révolutionnaires allaient bientôt étendre à l'encontre des juristes en général. Une méfiance bien connue, qui devait suggérer aux constituants un certain nombre de précautions destinées à replacer les magistrats sous l'autorité –c'est-à-dire dans les limites– de la volonté nationale. Parmi ces garanties nouvelles, le légicentrisme, le syllogisme judiciaire ou l'élection des juges illustrent une véritable reprise en main de l'activité judiciaire, une « reconquête » consistant moins à édifier un nouveau pouvoir qu'à s'en emparer pour mieux le contenir. Pour les constituants, en effet, la justice reste une puissance, considérable, terrible, qu'il s'agit de circonscrire, notamment en introduisant les citoyens dans les tribunaux, non pas sur les seuls bancs du public, mais au plus près des magistrats.

Dès l'été 1789, en effet, le principe d'une participation populaire à l'activité judiciaire figure parmi les fondements de la réforme à venir. Bergasse l'affirme sans détour : « S'il est des hommes qu'il importe, dans l'exercice de leur ministère, d'environner le plus près possible de l'opinion, c'est-à-dire de la censure des gens de bien, ce sont les juges⁷ ». Le raisonnement est implacable : au moment même où la nation reprend la main en remplaçant l'Etat et ses serviteurs sous son contrôle souverain, laisser les juges rendre seuls la justice paraît absolument inconcevable. L'institution judiciaire n'appartient pas aux professionnels de la justice, elle ne doit donc plus fonctionner avec eux seuls. De fait, les débats de la Constituante consacrent à plusieurs reprises la diversité des fonctions judiciaires attribuables aux « simples » citoyens. Ils seront juges, par exemple, dans les tribunaux de famille et les justices de paix, c'est-à-dire au cœur d'une nouvelle justice conciliatoire retirée aux juristes ; ils seront jurés, également, statuant sur l'accusation et sur la culpabilité, lorsque les tribunaux criminels fonctionneront enfin. Mais dès 1789, avant même de gagner cette puissance juridictionnelle, les citoyens étaient appelés à remplir une autre fonction directement liée à la défiance des révolutionnaires pour les juges professionnels : celle de « notables-adjoints », définis par le décret des 8 et 9 octobre 1789 (loi du 3 novembre suivant) comme des citoyens actifs inscrits

⁷ Discours de Nicolas Bergasse sur l'organisation du pouvoir judiciaire, *Archives parlementaires*, 17.08.1789, t. VIII, p. 442.

Les juges révolutionnaires face aux notables-adjoints

sur des listes officielles par les municipalités, appelés par les plaignants et les juges pour assister aux actes secrets de l'instruction criminelle, avant le déclenchement de la phase publique du procès. Des citoyens imaginés comme un substitut honorable à la publicité du procès lorsque celle-ci est impossible. Des citoyens pour surveiller, donc, et non pour juger.

En les privant d'une solitude antique face aux prévenus et aux témoins, ces notables-adjoints mettent les juges à l'épreuve de leur propre conception de la justice autant que de leurs habitudes professionnelles. Ils furent en effet la première occasion, dès 1789 –et donc bien avant l'introduction du jury criminel dans la procédure pénale française– d'associer et de confronter les magistrats à un personnel non professionnel. Une telle innovation, avec toutes les promesses d'incompréhension et de résistances qu'elle ne manque pas de contenir, offre un point d'observation particulièrement fécond, au tout début de la Révolution, à partir duquel il est possible de relever les différentes réactions des juges. Magistrats d'Ancien Régime en 1789, prorogés jusqu'à la mise en place des nouveaux tribunaux, puis juges nouveaux à partir de la fin de l'année 1790, mais largement issus de l'ancienne magistrature : beaucoup sont restés silencieux et ont appliqué les nouveaux textes sans se distinguer. Mais –premier signe de désunion ?– un certain nombre d'entre eux n'a pas manqué de réagir à cette présence nouvelle de notables-adjoints chargés de surveiller la légalité de leurs actes dans la phase secrète des procédures criminelles. Ceux-là expriment une émotion, une inquiétude, le sentiment que désormais le secret des premiers actes nourrit une suspicion légale à leur rencontre. Ils se tournent alors vers le garde des Sceaux, alimentant une correspondance passionnante où se répondent leurs opinions personnelles sur le sens et les conséquences de cette nouveauté et les explications prudentes du pouvoir exécutif, soumis lui aussi au référé législatif. Dans le même temps, tandis que certains interrompent toutes les procédures en cours dans l'attente des précisions demandées, d'autres interprètent la loi et nous livrent par leur pratique le sens et les limites qu'ils ont bien voulu lui reconnaître. Dans les deux cas, ces magistrats témoignent d'une réception plutôt négative, nourrie de reproches précisément dirigés contre le caractère non professionnel de ce personnel adjoint et qui souligne leur inquiétude face une division nouvelle du « corps » affecté à l'accomplissement de l'œuvre de justice.

I - L'unité des magistrats face à la surveillance des notables-adjoints

La correspondance entretenue entre les gardes des Sceaux⁸ et les magistrats du royaume entre 1789 et 1791 au sujet des réformes judiciaires et des difficultés d'interprétation auxquelles elles pouvaient donner lieu contient un certain nombre de lettres ou de passages consacrés précisément à la question des notables-adjoints. Leur qualité, leurs obligations, leur désignation, le moment de leur intervention ou les cas de leur récusation dans une procédure criminelle : tout pose question, au moment où les mêmes magistrats doivent également savoir interpréter les autres aspects novateurs, inédits de la réforme criminelle⁹. De ce point de vue, la correspondance des gardes des Sceaux illustre la difficulté ou les inquiétudes des individus composant un corps particulier à changer ses pratiques et à substituer l'interprétation de textes nouveaux à l'application habituelle et conforme de dispositions anciennes. Mais au-delà de cet aspect « technique », la perplexité des juges porte également sur le bien-fondé de la nouvelle institution, autrement dit sur la légitimité et l'efficacité de ces notables-adjoints. Ici, les critiques varient selon le style ou le courage de chacun, mais se ramènent principalement à deux types d'expression.

Une partie de la correspondance des magistrats dirige d'abord une frappe indirecte, appuyée sur une critique générale de la loi. Dans ces lettres, les magistrats n'écrivent rien ou presque sur le principe même d'adjoindre un personnel citoyen aux magistrats professionnels et les notables-adjoints ne sont pas précisément désignés. Les magistrats s'en prennent alors généralement au décret des 8 et 9 octobre 1789, qu'ils jugent lacunaire, imprécis, contradictoire. Ils s'inquiètent d'une réforme partielle de la justice criminelle, qu'ils opposent à la nécessité d'une réflexion, voire d'une refonte d'ensemble. Autant de lettres par lesquelles les juges affirment ne pas comprendre la nouvelle procédure et donc ne pas savoir l'appliquer. Leurs correspondances fourmillent alors de questions très précises portant sur les différentes interprétations possibles de tel ou tel passage du texte et

⁸ Successivement Jérôme-Marie Champion de Cicé, du 3 août 1789 au 21 novembre 1790 et Marguerite-Louis-François Duport-Dutertre, du 21 novembre 1790 au 23 mars 1792.

⁹ Parmi les premières demandes de précision, voir par exemple la lettre du magistrat aixois Autheman du 23 novembre 1789, relative à la concurrence entre notables-adjoints et magistrats et aux questions de rang non résolues par le décret des 8 et 9 octobre 1789, AN, BB30 158. Voir également la lettre de Madières d'Aubaignes, substitut du procureur général en la Cour des comptes, aides et finances de Montpellier, 21.11.1789, AN, BB30 158.

Les juges révolutionnaires face aux notables-adjoints

différent, faute d'éclaircissement, l'application des nouvelles dispositions. Bref, on l'aura compris, une partie des magistrats attend des explications, exige des détails en rappelant que ces derniers sont toujours essentiels en matière criminelle lorsque la vie et l'honneur des prévenus ou des accusés sont en cause.

Dès le mois d'octobre 1789, les magistrats s'expriment donc en premier lieu sur le mode de l'incompréhension. De Joly de Fleury, procureur général au Parlement de Paris jusqu'aux assesseurs de maréchaussée des provinces les plus éloignées du centre du nouveau pouvoir, la correspondance du garde des Sceaux offre ce premier tableau saisissant d'une magistrature perplexe et prudente face aux innovations procédurales de l'Assemblée constituante¹⁰. La méconnaissance et l'inexpérience spontanément avouées par les magistrats à leur ministre ont évidemment une part de sincérité. On ne saurait nuancer le bouleversement profond du procès pénal causé par le décret d'octobre 1789. Il ne concerne pas seulement quelques points de procédure, ajoutés ou retranchés à l'ordonnance de 1670, il ne se réduit pas à quelques formalités nouvelles que les juges rejetteraient ou critiqueraient comme autant de « tracasseries » supplémentaires... Au-delà de ces aspects strictement techniques, le décret d'octobre modifie l'équilibre même du procès pénal, sa philosophie autant que l'essence même de la fonction judiciaire. Et les magistrats du royaume n'y sont pas préparés. Ils sont non seulement pétris d'une culture juridique et judiciaire ancienne mais doivent en plus comprendre ce bouleversement en très peu de temps et sans y être associés. Autrement dit, la surprise et l'indétermination dont ils témoignent dans nombre de leurs lettres reflètent un trouble et des doutes qu'on aurait tort de sous-estimer ou d'assimiler seulement à de la mauvaise volonté ou à une stratégie de résistance.

Mais dans le même temps, il apparaît tout aussi clairement que cette incompréhension a sa part de mise en scène, voire même d'exagération. Il est sans doute difficile de mesurer cette dramatisation, où l'intérêt de la société et celui des prévenus sont mis en balance avec la nouveauté des mesures, où la réforme de la justice semble annoncer, à en lire certains, la destruction même de la justice. Mais il est possible de croiser cette

¹⁰ Voir en particulier les archives de la correspondance et des décisions du conseil de Justice organisé auprès du garde des Sceaux, AN, BB29 1 et 2 de 1791 jusqu'à l'an II (année 1791 en ce qui concerne les notables-adjoints), ainsi que la correspondance relative aux questions juridiques et de législation entretenue entre le garde des Sceaux et les hommes de loi, principalement magistrats du royaume, de 1789 à 1791, AN, BB30 158.

correspondance avec les procédures effectivement instruites, au même moment, dans les tribunaux. Et donc d'échapper un peu aux seules paroles, fussent-elles consignées à l'écrit, qui organisent la réaction du « pays judiciaire » face au « pays légal ». Or précisément, si l'on examine de façon exhaustive les procès criminels à Paris de 1789 à 1791 –c'est-à-dire à une époque de transition où le Châtelet de Paris devient le modèle d'interprétation et de procédure de nombreux tribunaux de province¹¹– on s'aperçoit que les erreurs relatives aux notables-adjoints sont assez peu nombreuses, souvent commises de bonne foi et plutôt en début de période, c'est-à-dire entre octobre 1789 et avril-mai 1790, au moment où la nouveauté du texte joue à plein dans l'attente d'un décret interprétatif¹². Autrement dit, sans la nier, il ne faut pas non plus surestimer l'incompréhension des magistrats : quoi qu'en disent leurs correspondances, ils savent lire et appliquer les dispositions du décret des 8 et 9 octobre 1789. Et la multitude des détails et explications qu'ils réclament –jusqu'à l'asphyxie parfois– témoigne aussi d'un zèle évident, parfois excessif, véritable moyen dilatoire sinon protestataire, qui valut aux meilleurs d'entre eux, Joly de Fleury en l'occurrence, quelques vertes leçons d'un garde des Sceaux que l'on devine excédé par la succession des lettres et des questions et qui devait finir par inviter sèchement le procureur général du parlement de Paris à bien considérer que « tout est dans la loi » et à méditer le sens des mots les plus simples¹³.

Un second type de réactions se dégage de la même correspondance, qui consiste à attaquer directement et frontalement l'institution des notables-

¹¹ En témoigne la lettre de Seignelle, assesseur à la maréchaussée d'Aunès, qui écrit le 13 février 1790 depuis La Rochelle s'être « déterminé (...) d'après l'exemple du Châtelet dans l'affaire de M. de Besenval » pour déterminer si les notables-adjoints devaient être présents lorsqu'une procédure commence d'après la clameur publique. AN, BB30, 158.

¹² Pour une étude exhaustive des procédures criminelles instruites à Paris dans la période transitoire 1789-1792, voir Jean-Christophe GAVEN, *Le Crime de lèse-nation. Histoire d'une brève incrimination politique (1789-1791)*, op. cit. Pour une étude comparable d'un ressort de province, voir Laurent DRUGEON, *La réforme de la justice pénale avant la mise en place du jury. L'exemple du pays et du département de l'Oise (1788-1792)*, th. dactyl., Paris 2-Panthéon Assas, 2004.

¹³ Voir par exemple la réponse du garde des Sceaux en date du 9 novembre 1789 d'après laquelle « c'est aux tribunaux à saisir l'esprit de la loi » ; voir également sa réponse marginale à une lettre de Joly de Fleury en date du 8 janvier 1790, AN, BB30 158. D'autres « commentaires de textes » du même style sont adressés aux magistrats qui soulèvent des difficultés inexistantes. Voir par exemple la réponse du garde des Sceaux au procureur du roi Bertines, s. d., AN, BB30 158.

Les juges révolutionnaires face aux notables-adjoints

adjoints, et précisément la notion de collaboration et leur qualité non-professionnelle. Ici, ce n'est pas seulement la loi qui est critiquée, mais son principe même, dénoncé comme un danger susceptible de ruiner la justice et l'ordre public. Dans ces attaques ciblées, les notables-adjoints sont parfois décriés pour l'avilissement général qu'ils causent à la fonction judiciaire et à la qualité de juge. L'assesseur de la maréchaussée de Charolles, par exemple, exprime l'opinion de nombre de ses collègues lorsqu'il remontre au garde des Sceaux, dès le mois de novembre 1789, que les notables-adjoints « ne font pas honneur au juge d'instruction », ajoutant que « c'est avilir sa qualité que de soumettre, pour ainsi dire, sa procédure, à la censure des deux adjoints ignorants, qui troubleront plutôt le juge dans son instruction qu'ils ne l'instruiront eux-mêmes par leurs informations¹⁴ ».

Les notables-adjoints, on s'en doute, ne manquent pas de défauts. Ils sont d'abord des perturbateurs. Pas directement de la justice, quoique celle-ci semble toujours menacée, mais plutôt des habitudes des juges. Or, assurent quelques magistrats, c'est précisément par la routine acquise par la répétition que les juges ne commettent pas d'erreur. La première garantie des justiciables, et surtout des prévenus et accusés, résiderait là, dans l'habitude et l'usage correctement répété des actes et des procédures. Casser la routine, introduire des nouveautés, imposer la présence de notables-adjoints eux-mêmes étrangers à l'institution judiciaire, voilà la première perturbation des juges et le risque de leur faire commettre des erreurs engageant leur responsabilité. Ensuite, les notables-adjoints n'ont pas assez d'obligations¹⁵. Aux yeux des magistrats, la loi ne dit pas suffisamment si leur charge est publique, s'ils peuvent se soustraire à leurs obligations et s'ils sont récusables comme un juge ou reprochables comme un témoin¹⁶. On craint qu'ils soient des juges qui n'en portent pas officiellement le nom et l'on attend du garde des Sceaux qu'il rappelle clairement la frontière entre les deux fonctions¹⁷. Faute de précision, leur introduction dans les procédures criminelles paraît hasardeuse, susceptible de fausses

¹⁴ « Lettre de Mommessin, assesseur de la maréchaussée de Charolle, présentant ses observations au garde des Sceaux sur la réforme criminelle », 03.12.1789, AN, BB30 158.

¹⁵ Voir par exemple le mémoire de La Bérardière, assesseur en la maréchaussée en la résidence de Caen, 07.01.1790, AN, BB30 158.

¹⁶ Sur les réponses apportées à ces questions, voir le décret du 21 avril 1790 sanctionné le 25 suivant.

¹⁷ « Mémoire sur quelques doutes qui se sont élevés relativement à l'exécution du décret des 8 et 9 octobre », par Baudinot fils, de Charolles, s.d. et Réponse marginale du garde des Sceaux expédiée le 30.01.1790, AN, BB30 158.

interprétations et donc d'annulations subséquentes. Au-delà de la validité des procédures, les magistrats mettent en doute la qualité des interventions de ce personnel citoyen d'un genre nouveau. Ils craignent par exemple que les notables-adjoints ne soient pas assez instruits. La seule exigence capacitaire à leur sujet consiste à savoir signer... Comment confier, alors, une activité judiciaire à des personnes ne sachant peut-être ni lire, ni écrire ? N'étant pas magistrats, n'en ayant ni la qualité ni la conscience, seront-ils des adjoints de confiance ? Plusieurs en doutent, qui n'hésitent pas à marquer leur inquiétude pour le secret de l'instruction que les notables-adjoints sont soupçonnés d'immanquablement divulguer, soit par goût vulgaire du ragot soit par manque de dignité et d'esprit judiciaires¹⁸. Au total, les magistrats redoutent une paralysie inédite de la justice criminelle : les uns en raison du coût financier induit par le défraiement de ces citoyens momentanément distraits de leurs occupations lucratives, les autres parce qu'ils sont convaincus que la publicité incarnée par ces nouveaux acteurs du procès dissuadera les témoins de parler aux juges, seuls capables de la bonhomie propre à faire parler les timides¹⁹.

Dans ces descriptions, les magistrats ne bornent pas leurs remarques à une critique générale de la loi ou du nouveau procès pénal. Ici, plus précisément que dans la première approche évoquée précédemment, le choix de collaborateurs citoyens, non professionnels, constitue le cœur même des propos, qu'il s'agisse de lettres spécialement consacrées à cette innovation ou de passages de correspondances embrassant plusieurs aspects du décret des 8 et 9 octobre 1789. Les magistrats redoutent en effet l'« adjonction » de ces notables comme l'introduction d'un corps étranger, susceptible d'affaiblir le travail de la justice ou plus exactement de mettre fin à l'unicité du corps qui en était jusque-là chargé. Cette réception douloureuse, qui peut être aussi bien celle de magistrats contre-révolutionnaires que de juges ouverts aux idées nouvelles, illustre une remise en cause de la magistrature conforme à la détestation générale et libérale qui frappe alors l'ensemble des corps intermédiaires. Que les magistrats expriment aux gardes des Sceaux successifs une opinion plutôt réservée voire hostile n'a finalement rien de très surprenant : on sera toujours tenté d'y voir la réaction d'un corps qui défend son unité lorsqu'il est sinon attaqué, du moins profondément remis en cause, quand bien

¹⁸ Mémoire de La Bérardière, assesseur en la maréchaussée en la résidence de Caen, 07.01.1790, AN, BB30 158.

¹⁹ « ... surtout les gens de la campagne » d'après le lieutenant général de Souvigny, lettre du 9 janvier 1790, AN, BB30 158.

Les juges révolutionnaires face aux notables-adjoints

même cette unité n'aurait pas de réalité historique. De ce point de vue, l'institution des notables-adjoints agit comme un miroir bien peu indulgent de la magistrature, leur place aux côtés des juges se justifiant précisément par les qualités que le pouvoir refuse de reconnaître à ces derniers. Et sans doute parce qu'elle procède de ce constat en manquements, l'institution des notables-adjoints, même provisoire, même appelée à disparaître avec la mise en place du jury criminel –autre garantie populaire et citoyenne– donne dès 1789 la mesure des difficultés soulevées par la révolution judiciaire en cours d'accomplissement.

II - Les notables-adjoints, indice des redéfinitions révolutionnaires de la justice

L'introduction des notables-adjoints dans les procédures criminelles de 1789 à 1792 illustre tout à la fois la nouvelle délimitation de la magistrature, la place du pouvoir dans l'organisation judiciaire et les jugements portés sur le principe même des collaborations citoyennes.

Les magistrats du royaume, en effet, ont très tôt compris que la création des notables-adjoints bouleversait le périmètre même de la magistrature et l'essence de la fonction judiciaire. Tandis qu'ils tiennent ces nouveaux adjoints à distance en empruntant au registre de la dignité, de l'esprit et de l'appartenance judiciaires –toutes choses qui les séparent de ceux qui ne relèvent pas du corps censé incarner ces valeurs– les notables-adjoints, eux, répondent sur un autre terrain : celui de la notion d'« adjonction » précisément, en se présentant non pas en collaborateurs des prévenus, des accusés, des plaignants ni même du ministère public, mais bien des juges. A tel point que certains n'hésitent pas à se regarder comme des « juges-adjoints » et non plus seulement comme des « adjoints aux juges », franchissant ainsi une ligne propre à confirmer les inquiétudes des magistrats. Les notables-adjoints d'Aix, par exemple, n'ont pas d'expressions assez fortes pour se dépeindre comme investis du même ministère que les magistrats²⁰. Lorsque ces derniers les enjoignent de se placer debout à la barre –c'est-à-dire à l'endroit réservé aux témoins des faits ou à l'accusé– les notables-adjoints aixois en appellent à leur « mission de justice », à leurs « justes droits » et à l'honorabilité de la séance pour exiger

²⁰ « Mémoire des notables-adjoints de la ville d'Aix adressé au garde des Sceaux », 26.11.1789, AN, BB30 158.

de siéger à côté des juges²¹. Question de protocole ? Sans nul doute ! Mais aussi de délimitation du corps des magistrats... Ces notables justifient leurs prétentions de rang par leur collaboration au service de la justice et par les similitudes qui les lient aux juges²². Ils veulent être assis « comme » les juges car ils partagent la même fatigue et la même charge ; ils veulent être « auprès » des juges, car ils sont « témoins de procédure », investis d'une mission judiciaire. Dignité et profession pour les uns, fonction et service pour les autres... deux conceptions de la justice et de la magistrature se font face dans ce conflit larvé et relativement discret entre magistrats et notables-adjoints. Les premiers s'efforcent de dessiner –ou de protéger– un corps aux limites fixes et certaines, où l'acte de juger serait préservé de toute dispersion, tandis que les seconds intègrent la dilution révolutionnaire de ces mêmes limites en ramenant la justice à une fonction publique indépendante de tout monopole professionnel²³.

Ce faisant, les révolutionnaires n'évident pas complètement la question du pouvoir. Au contraire même –et là, les affirmations des notables-adjoints deviennent plus intéressantes que celles des magistrats– la nouvelle conception de la justice repose moins sur l'anéantissement du pouvoir judiciaire que sur l'introduction en son sein d'un contre-pouvoir destiné à en contrebalancer les résidus indestructibles. La présence des notables-adjoints aux actes secrets de la procédure criminelle relève pleinement de cette démarche rationaliste et mécanique des révolutionnaires, qui n'ont eu de cesse d'envisager toutes les puissances publiques –et même parfois privées– sous l'empire de cette alliance qu'ils espéraient protectrice, pouvoir/contre-pouvoir. Les révolutionnaires ont-ils voulu détruire le pouvoir judiciaire ? Chacun sait le mauvais souvenir laissé par les arrêts de

²¹ Les notables-adjoints aixois réagissent à la volonté des magistrats de la Chambre des Eaux et Forêts, exprimée par l'avocat général, de les placer debout à la plainte, à côté des plaignants, et assis –sans précision– lors de l'information. Les notables-adjoints refusèrent immédiatement, tout comme ils repoussèrent l'idée de siéger sur le banc des greffiers : « Les greffiers, écrivent-ils, sont des officiers subordonnés de la justice et l'on ne peut point leur comparer des personnes adjointes aux juges et qui représentent la généralité des citoyens », *ibid.*

²² Les notables-adjoints aixois définissent ainsi le périmètre de leur mission : « Ils [les notables-adjoints] sont préposés (...) pour être les témoins de la conduite du juge, pour autoriser ses opérations, pour empêcher par leur présence des abus qui n'existent point aujourd'hui mais qui sont possibles », *ibid.*

²³ On notera la mention marginale prudente du garde des Sceaux à propos des réclamations aixoises : « Attendre quelques jours »... Signe supplémentaire, s'il en fallait, que les questions soulevées par les notables d'Aix n'intéressaient pas le seul protocole judiciaire.

Les juges révolutionnaires face aux notables-adjoints

règlement et les prétentions politiques des anciens parlements, fondées, dans les discours au moins, sur des fonctions institutionnelles historiques. Que la révolution judiciaire des années 1789-1792 ait eu pour but de remédier aux difficultés posées par le pouvoir politique de la justice, cela ne fait pas de doute. Mais rien n'est moins sûr, en revanche, que la volonté, pour y parvenir, d'anéantir toute trace de pouvoir. Les révolutionnaires ne misent pas sur une destruction mais sur une neutralisation, ce qui implique paradoxalement d'instiller de nouveaux éléments de pouvoir dans l'équilibre même de l'institution judiciaire. Que sont en effet ces notables-adjoints sinon le pouvoir lui-même, sommé de juguler le pouvoir particulier des juges ? A n'en pas douter –et il faut lire à cet égard le décret des 8 et 9 octobre 1789 et celui du 21 avril 1790– les notables-adjoints sont chargés de rétablir un équilibre dont l'entendement les dépasse sans doute, mais qui repose sur leur capacité à personnifier la présence du pouvoir dans le procès, c'est-à-dire non pas sa volonté, mais sa réalité, offerte comme une digue nouvelle à la puissance de corps des magistrats. Pouvoir souverain, tout d'abord, au nom duquel on juge désormais, et qui peut donc légitimement surveiller ses serviteurs et leurs actes. Pouvoir de la représentation, ensuite, conforme à la philosophie politique dominante, lorsque les notables-adjoints assurent représenter la généralité des citoyens et lorsque la loi les désigne comme un substitut suffisant à la publicité du procès chaque fois que celle-ci s'avère matériellement impossible. Pouvoir municipal et révolutionnaire, enfin, qui témoigne de la montée en puissance des institutions locales et dont s'inquiètent plusieurs magistrats en observant la création illégale, avant décembre 1789 du moins, des municipalités appelées à choisir les notables-adjoints²⁴. A cette date, une fois surmontées les difficultés de l'été 1789, l'Assemblée constituante ne craint pas encore les forces telluriques des mouvements populaires ni la concurrence des pouvoirs locaux²⁵. Au contraire, elle les intègre jusque dans la nouvelle architecture judiciaire comme un élément matriciel de son nouvel équilibre. Ce faisant, elle fait le pari d'une division des tâches, à défaut d'une véritable division du corps. Et pose pour la première fois, bien avant la mise en place des jurés criminels, faut-il le souligner, la question de

²⁴ « Mémoire de Regnault (?), lieutenant général d'Evreux », 07.11.1789 ; « Mémoire des notables-adjoints de la ville d'Aix adressé au garde des Sceaux », 26.11.1789, AN, BB30 158. On notera l'emploi très politique des termes « régénération », « droits des citoyens » et « droits de la municipalité ».

²⁵ Le reproche d'illégalité tombe à partir de la loi du 14 décembre 1789 qui organise définitivement les nouvelles municipalités.

l'intégration des citoyens « non professionnels de la justice » dans l'institution judiciaire.

L'accueil réservé à partir de 1792 aux citoyens chargés de composer les nouveaux jurys est assez bien connu²⁶. On sait en effet qu'il fut sinon mauvais, du moins très réservé. Les jurés, en même temps qu'ils incarnaient le principe d'une justice citoyenne confiée aux « pairs », ont suscité en pratique les soupçons les plus divers : indignité, indiscretion, incapacité, absentéisme, à tel point que, très tôt, l'implication citoyenne imaginée par les constituants s'est révélée plus décevante que prévue – comme en d'autres domaines, au demeurant, où les nouveaux citoyens n'étaient pas forcément aux rendez-vous fixés par leurs représentants²⁷. Cette réception, autant que la déception qui l'accompagne presque aussitôt, n'est pas sans rappeler l'expérience des notables-adjoints. Celle-ci a pris fin d'après le vœu initial de la loi avec l'installation des tribunaux criminels en 1792. Mais ce terme programmé ne doit rien celer des difficultés pratiques soulevées par la collaboration des citoyens ordinaires au fonctionnement de la justice. Leur correspondance avec l'Assemblée constituante et les procédures criminelles auxquelles ils étaient invités à prendre part révèlent en effet qu'ils ont progressivement considéré leur mission judiciaire comme une tâche excessivement lourde et prenante. Supportant de plus en plus mal d'être distraits de leurs occupations ordinaires, ils n'ont eu de cesse de réclamer des assouplissements à leurs obligations et de justifier un absentéisme croissant. Ce faisant, ils prenaient le relais des magistrats en exprimant leurs propres doutes, plus pratiques que théoriques, sur la collaboration attendue par le pouvoir révolutionnaire entre juges professionnels et citoyens ordinaires. Paradoxalement, au moment même où les magistrats semblaient s'être habitués à leur présence et à leur fonction, rassurés par les précisions

²⁶ Le jury criminel sous la Révolution a donné lieu à une abondante littérature scientifique. Plusieurs études mettent l'accent sur l'évolution rapide de la sociologie des jurés, de plus en plus issus de la classe des notables, ainsi que sur les difficultés de fonctionnement de l'institution et les critiques virulentes qu'elle n'a pas manqué d'attirer. Citons, entre autres, Bernard SCHNAPPER, « L'activité du tribunal criminel de la Vienne (1792-1800) », *La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ?*, Actes du colloque d'Orléans, Paris, PUF, 1988, t. 2, p. 623-638 ; du même, « Le jury criminel », in Robert BADINTER, *Une autre justice, 1789-1799*, Paris, Fayard, 1989, p. 149-170 ; Gilles LANDRON, « A propos de la commisération abusive du jury criminel de la révolution », *Histoire de la Justice*, année 1994, n° 7, p. 75-88 ; Emmanuel BERGER, *La Justice pénale sous la Révolution. Les enjeux d'un modèle libéral*, Rennes, PUR, 2008.

²⁷ Patrice GUENIFFEY, *Le Nombre et la Raison. La Révolution française et les élections*, Paris, Ed. EHESS, 1993, 559 p.

Les juges révolutionnaires face aux notables-adjoints

de l'Assemblée constituante et, sans doute, par la faible surveillance exercée en fait par ces notables-adjoints plutôt silencieux, il revenait à ces derniers de manifester l'idée que juger est, finalement, un métier²⁸. Bien entendu, leurs propos ne visaient alors que leur propre institution. Mais il n'est pas sans signification de remarquer que l'ensemble des critiques émises de part et d'autre au sujet des notables-adjoints, c'est-à-dire plus largement au sujet des citoyens adjoints au fonctionnement de la justice, fournit une bonne part des reproches et des doutes exprimés quelques années plus tard à l'endroit des jurés criminels. Voilà qui tend à nuancer le lien entre leur mauvaise réception et la nouveauté de l'institution : l'expérience précédente et très proche des notables-adjoints a immanquablement influencé une partie des réactions. Et surtout, elle a ouvert la voie à une pratique où l'adjonction d'un personnel non professionnel au service des juges relevait clairement de l'introduction d'une force extérieure au corps et à la culture des magistrats aux fins de doter l'institution judiciaire d'un levier interne de contrôle, de limitation et de réforme. De ce point de vue, placer des collaborateurs non professionnels a moins été un acte de rapprochement des citoyens et de la justice qu'un moyen d'emprise du pouvoir politique sur une institution toujours susceptible de développer sa propre puissance.

²⁸ Si les questions des magistrats relatives aux notables-adjoints se raréfient au fil des mois après les précisions apportées par le décret du 21 avril 1790, elles ne disparaissent pas complètement. Ainsi, dans une séance du 2 février 1791, le conseil de Justice se prononce encore sur une interprétation erronée du commissaire provisoire du roi près le tribunal de district de Bourgoin, et le 8 décembre 1791, moins d'un mois avant la disparition de l'institution, il lui revient encore de livrer ses propres lumières sur des questions de publicité et de présence des notables-adjoints dans une procédure parisienne relative à de faux assignats. AN, BB29 2.

JUGES PROFESSIONNELS ET JUGES LAÏQUES EN SUISSE

par **Danielle Anex-Cabanis**,
professeur à l'Université Toulouse I Capitole (CTHDIP)

La Suisse se démarque partiellement de ses grands voisins, parce que, au moins formellement, elle fait de la citoyenneté non seulement le critère de droits et de devoirs dans la logique de la déclaration des droits de l'homme, ce qui est courant, mais aussi parce qu'elle en fait le critère de compétences pour exercer certaines fonctions importantes qui ailleurs reposent sur des modes de sélection plus académiques. Le citoyen suisse est citoyen-soldat, dans le cadre de l'armée de milices, encore officiellement au cœur de la défense et de la sécurité du pays, même si, comme partout, la tendance à la professionnalisation se renforce. Le citoyen suisse, et cette fois-ci le terme embrasse la citoyenne (!), a naturellement vocation à être juge. C'est une réminiscence, au moins en partie, de la justice par les pairs, un des mythes fondateurs de la Suisse, puisque le serment du Grütli de 1291 n'est pas autre chose qu'un accord entre communautés paysannes de montagne pour ne plus accepter des juges professionnels externes et rendre elles-mêmes la justice pour les affaires concernant leurs habitants.

Le corollaire logique de cette pétition de principe, c'est que les juges doivent être élus, ce qui induit qu'il n'y aurait pas un corps de juges-nés du fait d'une formation spécifique accessible selon des modalités sélectives plus ou moins rigides. Au premier abord, cela paraît simple ; en pratique c'est diaboliquement complexe, car il y a en réalité une multiplication des critères de choix et par là-même une complexification du processus qui le rend sensiblement moins lisible à l'observateur externe. S'appuyant sur une longue tradition et pratiques historiques, la combinaison de l'élection des magistrats et du recours à des juges non juristes est de fait sinon de droit en perte de vitesse, la tendance étant à la professionnalisation des juges qui se sentiront forcément de plus en plus comme les membres d'un corps à part, ce qui constitue une rupture significative dans la tradition multiséculaire de l'organisation judiciaire suisse qui refuse la « clanisation » institutionnelle.

I - La citoyenneté légitime la magistrature

Si l'on s'en tient au texte de la constitution fédérale de 1999, seuls les présidents des tribunaux de 1^{ère} instance et ceux des chambres des tribunaux cantonaux doivent être des juristes, sans qu'il y ait d'exigence de cursus particulier, ce qui habilite les avocats, les notaires et les autres auxiliaires de justice à présider la cour, en l'absence d'école de la magistrature, tandis que les juges assesseurs sont choisis parmi les citoyen(ne)s ordinaires du ressort.

Le système est donc clairement dominé par l'idéal démocratique puisqu'un simple citoyen peut être élu pour une durée limitée mais renouvelable comme juge à un poste précis, sans perspective d'avancement, comme il n'y a pas de corps à proprement parler. C'est au nom d'une même logique démocratique que l'on veut qu'à tous les niveaux juridictionnels, et cela vaut pour toutes les catégories de juges, les magistrats soient représentatifs de toutes les composantes de la société suisse : on tient donc compte des différentes formations politiques, sur la base de la représentation proportionnelle, des confessions, de l'origine géographique et de la langue (au niveau fédéral). On tend vers l'élection d'un nombre progressivement renforcé de femmes. On considère que c'est là une lecture particulièrement fine du concept de juge naturel, d'où évidemment une légère tendance à s'abandonner à l'autosatisfaction que l'on formule avec un brin d'ironie de l'extérieur, en mettant dans la bouche des Suisses un triomphal : « y en n'a point comme nous ! ». Comme partout, mais peut-être plus encore qu'ailleurs, on se heurte à une contradiction majeure : dans un pays qui comporte entre 17 et 20 % de ressortissants étrangers venant de tous les horizons, cette tranche importante de la population n'a pas ou très peu de représentation. On pallie le problème de la communication par des interprètes, mais pour le reste il peut subsister malgré la bonne volonté, des abîmes d'incompréhension, parfois plus profonds chez les magistrats professionnels déconnectés de certaines réalités sociales alors que les « laïques » qui ont retenu l'attention parce qu'ils sont plus immergés dans la vie ordinaire ont une perception plus fine. Si les magistrats professionnels ne sont pas obligatoirement des juristes, la tendance est de choisir des personnes dont la qualification est attestée par un diplôme et plus on monte dans la hiérarchie plus les exigences sont élevées, en sachant que ce sera plus facile de trouver un excellent juge suisse alémanique qu'un remarquable magistrat italien, lorsque l'on doit également intégrer la représentation d'un petit parti minoritaire qui n'a pas nécessairement des bons candidats à présenter partout. S'il est facile de s'entendre tacitement pour ne pas promouvoir des incompetents notoires, trouver le/la plus

Juges professionnels et « juges laïques » en Suisse

compétent(e) n'est pas évident. La création d'une commission de désignation et révocation des juges du tribunal fédéral a modifié la pratique renforçant, parce qu'elle est formalisée, le mouvement d'extrême professionnalisation, ainsi que le montre le rapport de la commission de 2004. Cela dit, il est exceptionnel que la désignation d'un juge provoque des remous significatifs, parce que le corps social croit ou affecte de croire que l'honnêteté, la droiture et le bon sens valent souvent mieux qu'un savoir académique desséché. Certains préconisent des procédures de concertation pour éviter les erreurs de « casting », ainsi des procédures sont aussi mises en œuvre dans certains régimes politiques pour affermir la confiance de l'opinion publique en l'intégrité du ou des candidats que s'apprêtent à retenir le comité de sélection aux fins de nomination. Il peut s'agir d'auditions publiques, notamment dans un cadre parlementaire comme pour d'autres officiers de l'État, à l'occasion desquelles les citoyens, les organisations représentatives de la société civile ou d'autres parties intéressées ont la faculté d'exprimer leur inquiétude à l'égard de certains candidats ou au contraire de leur apporter leur soutien. En revanche, le rejet de candidatures pour d'autres raisons que celles liées au service public – définies et encadrées par la loi – et visant à écarter certains candidats pour leur loyauté, leur dévouement ou pour leur opposition –notamment idéologique– au régime en place constituerait à coup sûr, ce que nous qualifierons d'atteinte anticipée à l'indépendance du juge. Ce risque existe partout, plus particulièrement dans les pays où le recrutement se fait sur titre.

Il convient de préciser que les juges, professionnels ou non, qui sont « élus » le sont sur la base de plusieurs types de modalités. Ainsi il peut s'agir d'une élection par le peuple au suffrage universel direct (le procureur à Genève) ou d'une élection par un collège électoral restreint. On peut aussi procéder à un recrutement par cooptation. La loi précise les modalités de recrutement qui vont malgré tout dans le sens d'une professionnalisation croissante, mais avec un large éventail de possibilités. Ainsi dans le canton de Vaud, la loi définit quels sont les magistrats professionnels et le « vivier » possible de recrutement.

Il y a lieu de faire remarquer que dans certains *cantons suisses*, si le *peuple* élit ses juges et son *procureur* général, c'est lorsque le nombre des candidatures dépasse les places à pourvoir. Il est en revanche courant que les places de juges soient attribuées lors de discussions informelles au sein de commissions judiciaires interpartis : il n'y alors d'élection par le peuple qu'en cas de désaccord irrécyclable sur l'attribution d'un poste vacant. Les

juges non professionnels ne sont pas nommés à temps plein et sont donc autorisés à exercer une autre activité professionnelle, moyennant qu'elle ne porte pas atteinte à la dignité de la fonction. Exceptionnellement cette disposition peut concerner des magistrats professionnels, qui sont de surcroît soumis à une procédure plus lourde d'autorisations spécifiques.

Dans le cadre de la *justice militaire*, les juges sont choisis parmi la troupe, les *sous-officiers* et les *officiers*. Ces trois catégories de militaires doivent être représentées. Mais la *cour* ainsi constituée doit être présidée par un *magistrat* qui est également juriste dans le civil. Seul le président a une copie du dossier : les autres juges doivent se forger leur opinion lors des débats devant le *tribunal*. En règle générale, aucun des juges n'est militaire contractuel ou professionnel, mais ils font tous partie de la *milice*.

Il existe des tribunaux spécialisés pour les litiges entre employeurs et employés (comme le font les tribunaux de prud'hommes français), et également pour ceux entre propriétaires et locataires (comme les tribunaux des baux ruraux, par exemple). Généralement, ces tribunaux sont composés par un juge professionnel qui préside et de deux juges non professionnels qui sont des représentants de chaque partie au litige (par exemple, un représentant des employeurs et un représentant des employés, ou un représentant des propriétaires et un représentant des locataires).

II - Il y a un cahier des charges, plus ou moins clairement établi

En fait, le souci d'une bonne justice indépendante et efficace conduit à fixer de manière plus ou moins explicite des critères de recrutement, largement objectifs, qui constituent une garantie de qualité. C'est vrai dans la justice ordinaire comme dans la justice particulière.

L'exemple de Genève en matière de juridiction prudhommale est intéressant : magistrats non professionnels, les juges prudhommaux sont élus par le Grand Conseil tous les six ans sur présentation des partenaires sociaux. Le tribunal des prud'hommes siège dans la composition d'un président, d'un juge prud'homme employeur et d'un juge prud'homme salarié. Dans la mesure du possible, les causes sont attribuées alternativement à un tribunal présidé par un employeur et à un tribunal présidé par un salarié. Les juges sont tous issus d'un des cinq groupes professionnels correspondant à leur domaine d'activité professionnelle.

Quelles sont les qualités requises ?

- *Ecoute et bon sens* : les juges prud'hommes sont souvent confrontés à des litiges demandant une forte compréhension de leurs implications humaines, sociales et économiques.

Juges professionnels et « juges laïques » en Suisse

- *Sens de la justice* : tout en restant employeurs ou salariés, les juges prud'hommes sont d'abord des magistrats. Comme tous les juges du pouvoir judiciaire, ils rendent la justice en se conformant à la solution légale avant tout, alors qu'ils ne sont pas juristes, sauf exception.

- *Disponibilité* : les audiences du tribunal des prud'hommes ont lieu en soirée.

Il est important que les juges prud'hommes se montrent disponibles, en moyenne deux fois par mois, le soir, afin de garantir le bon fonctionnement du tribunal. Les juges restent totalement impliqués dans leur activité professionnelle, qui demeure la part prédominante de leur fonction. On peut éviter toute forme d'institutionnalisation.

Des pouvoirs, mais aussi des devoirs :

Les juges prud'hommes ont le pouvoir de trancher, dans le respect de la loi, les litiges découlant d'un contrat de travail. A ce titre, ils reçoivent des indemnités, dont le montant est fixé par un règlement du Conseil d'Etat. En tant que juges prud'hommes, ils ont des devoirs inhérents à cette charge. Conformément au serment qu'ils prêtent devant le Conseil d'Etat, ils se doivent notamment de rendre la justice de manière impartiale pour tous, en stricte conformité avec la loi. Leur charge doit être remplie avec dignité, rigueur, diligence et humanité, en faisant abstraction de tout élément pouvant influencer le bon exercice de leurs fonctions.

On a prévu une formation adaptée à leurs besoins : il s'agit d'une formation paritaire des *Union des associations patronales genevoises* (UAPG) et de la *Communauté genevoise d'action syndicale* (CGAS) qui est proposée à tous les juges prud'hommes élus.

Il y a des possibilités d'évolution qui vont en fait dans le sens de la professionnalisation et de la consécration d'une sorte de carrière : les juges prud'hommes qui souhaitent accéder à la charge de président de tribunal doivent au préalable être titulaires du brevet de président de la juridiction des prud'hommes ou du brevet d'avocat (ce qui les ramène au cas ordinaire de la majorité des candidats ordinaires à un poste de magistrat professionnel). Le brevet de président de la juridiction des prud'hommes s'obtient par le biais d'une formation spécifique organisée par le pouvoir judiciaire et la faculté de droit de l'Université de Genève suivie d'un examen écrit et d'un examen oral. Les cours sont dispensés par des juristes spécialisés dans le droit du travail, représentants des partenaires sociaux, des juges de la Chambre des prud'hommes et des juristes du tribunal des prud'hommes, ainsi que par le professeur, en charge du département de droit du travail et de la sécurité sociale de l'Université de Genève. On

entend privilégier autant l'expertise-métier que « le bon sens, l'écoute et la créativité ». Le cas de M. Jean-Luc Scheidegger, juge prud'homme depuis 2000, employeur, vice-président du tribunal est fort révélateur : « J'ai souhaité devenir juge prud'homme suite à un litige avec un de mes employés qui s'est réglé en ma faveur devant le tribunal des prud'hommes, que je ne connaissais que de nom à l'époque. J'y ai découvert une charge correspondant à mes aspirations personnelles en termes de médiation notamment. Cela représentait également une manière de contribuer à ma façon au maintien du tissu socioprofessionnel à Genève. A mes yeux, l'écoute et l'empathie sont deux des grandes qualités d'un juge prud'homme, la charge émotionnelle étant souvent très importante dans les litiges découlant des relations de travail. Quelle que soit la décision finale, elle sera mieux acceptée par les parties si elles ont été écoutées. Très formatrice, cette charge est également passionnante par la grande variété des litiges traités et le rôle important donné à la négociation dans la résolution de ces conflits, sans perdre de vue l'aspect juridique. Il ne faut pas oublier qu'avant d'être employeurs ou salariés, les juges prud'hommes sont des juges et tranchent les litiges de manière impartiale, tout en ayant des sensibilités qui leur sont propres ».

Pour devenir juge, il faut se porter candidat auprès d'un syndicat de travailleurs ou d'une association patronale et satisfaire aux critères suivants :

- être âgé de dix-huit ans révolus ;
- être un employeur ou salarié de nationalité suisse exerçant depuis un an au moins son activité professionnelle dans le canton ;
- être un employeur ou salarié étranger ayant exercé pendant dix ans au moins son activité professionnelle en Suisse, dont la dernière année au moins dans le canton ;
- être de nationalité suisse et lié par des rapports de droit public dans le canton, ou l'avoir été au cours des douze mois précédant l'élection (en clair, y être contribuable) ;
- être un ressortissant étranger et avoir exercé pendant dix ans au moins son activité professionnelle en Suisse, dont la dernière année au moins dans le canton en étant lié par des rapports de travail de droit public ;
- ne pas avoir subi une condamnation criminelle ou correctionnelle pour des faits portant atteinte à la probité et à l'honneur ;
- ne pas être tombé en faillite ou avoir fait l'objet d'un acte de défaut de biens délivré dans des conditions portant atteinte à la probité et à l'honneur.

Juges professionnels et « juges laïques » en Suisse

Dans le cadre des nouvelles procédures fédérales, la place des juges laïques semble restreinte, parallèlement avec la quasi disparition des jurés. Cela n'empêche pas que les cantons puissent prévoir une participation de laïcs dans les tribunaux de première instance, par exemple sous la forme d'un tribunal d'échevins (ainsi, deux juges professionnels, trois juges laïcs). On est globalement très attentif à ce que la loi ne souffre aucune exception. On préfère refaire un procès plutôt que de laisser planer le soupçon ou la suspicion. Ainsi le droit à un procès équitable exige que l'organisation judiciaire soit fondée sur la loi et que la compétence des tribunaux, ainsi que leur composition [et les modalités de leur constitution] soient déterminées par des normes générales et abstraites.

Chaque justiciable a donc le droit d'être jugé par le tribunal compétent *ratione personae, loci, temporis et materiae*. L'organisation judiciaire doit en principe reposer sur une loi au sens formel. Mais celle-ci peut ne contenir que les principes fondamentaux relatifs à l'organisation et à la compétence des tribunaux et confier à l'exécutif le soin de régler les modalités de détail. Dans le cas particulier des juges laïques, le tribunal fédéral a été amené à préciser sa position, ainsi affirme-t-il clairement qu'il n'y a pas de droit constitutionnel à un juge bénéficiant d'une formation juridique (ATF 134 I 16 consid. 4 = *JdT* 2008 I 96).

Examinons les faits : X et Y sont en procès devant le tribunal du district de Münchwilen pour divers litiges concernant des droits de passage. « Le président et le vice-président s'étant récusés, les procès sont dirigés par le juge de district O. [architecte de profession]. X et Y ont demandé que les procès soient transmis à un autre tribunal de district qui comprenne au moins un membre au bénéfice d'une formation juridique. (...). Considérants : Il reste à juger si O., qui est juge de district élu par le peuple, mais ne dispose pas d'une formation juridique, ne doit pas être admis à diriger les procédures civiles complexes, raison pour laquelle le refus de transmettre les procédures à un autre tribunal de district violerait le droit à un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial (art. 30 al. 1 Cst.). (...) Comme on l'a déjà exposé, les recourants ne se prévalent pas, à l'appui de leurs conclusions, de la maxime de l'indépendance judiciaire et de l'impartialité au sens strict, mais ils posent la question de la formation requise pour exercer la fonction de juge, en exigeant que les juges aient des connaissances juridiques qui s'acquièrent en premier lieu, mais pas nécessairement, dans le cadre des études universitaires en faculté de droit. Il y a cependant un lien de connexité entre l'indépendance judiciaire et les conditions de formation requises pour exercer la fonction de juge dans la

mesure où seules des connaissances suffisantes de fait et de droit rendent le juge apte à former sa volonté de manière indépendante et à appliquer correctement le droit. Le juge doit être en mesure de comprendre l'affaire dans tous ses détails, de se former une opinion sur elle et d'appliquer ensuite le droit (...). O., qui (...) assume la présidence du tribunal, n'est pas au bénéfice d'une formation juridique. Mais, comme on l'a dit, cela ne suffit pas pour le rendre inapte à exercer la fonction de juge, d'autant moins que la direction du procès et l'élaboration du jugement se fait avec le concours d'un greffier au bénéfice d'une formation juridique auquel la procédure cantonale accorde expressément une voix consultative (...). » (Arrêt critiqué in : *AJP/PJA* 2008 p. 368). On peut avoir un bilan récent de l'ensemble de ces problématiques dans les deux études publiées récemment par la *Revue suisse de jurisprudence*.

A l'inverse, il faut relever que même lorsque l'on a affaire à des magistrats juristes, le risque inverse peut se produire avec la place considérable reconnue à l'expert comme l'a très bien montré une étude récente concernant les affaires familiales en Suisse et ailleurs.

Récemment le tribunal Fédéral a été amené à préciser que, si la personne assurant la fonction de greffier ou de secrétaire qui participe à la formation de la volonté d'un tribunal composé essentiellement de laïcs est un juriste simultanément fonctionnaire de l'administration cantonale, même si sa compétence est susceptible d'éclairer la cour, l'indépendance du tribunal est menacée et cette composition viole l'article R8 al. 1 et l'article 6 par. 1 CEDH.

Finalement il y a une sorte d'alchimie compliquée, combinant des modes sélectifs très diversifiés qui conduit à une mosaïque de solutions, ainsi dans les cantons d'Argovie, Berne, Saint-Gall et Zurich, les affaires civiles sont jugées par le tribunal de commerce lorsque il s'agit de transactions commerciales portant sur un montant supérieur à 8 000 francs suisses et les deux parties, ou au moins le défendeur sont enregistrées comme entreprise au registre du commerce. Les tribunaux de commerce décident également des affaires de propriété intellectuelle et ce, quel que soit le montant du litige. Les tribunaux de commerce sont composés de juges en provenance des cours d'appel cantonales, donc *de facto* des professionnels du droit, et de juges commerciaux qui ne sont pas juges à plein temps, mais dirigeants d'entreprises nommés par les associations d'entreprises du canton. Les décisions des tribunaux des prud'hommes et des tribunaux des baux, de même que celles rendues par les tribunaux de commerce ne sont pas ouvertes à l'appel ordinaire. Le seul recours est l'appel devant le

Juges professionnels et « juges laïques » en Suisse

tribunal fédéral, ce qui n'est en fait pas une exception à la logique générale du système, puisqu'en raison de la valeur litigieuse, dans l'immense majorité des cas la compétence appartiendrait au deuxième échelon juridictionnel.

LA JUSTICE CONSULAIRE ENTRE TOLERANCE ET NECESSITE

par Jacques Raibaut,
président honoraire du tribunal de commerce de Toulouse,
ancien président de la Conférence générale des juges consulaires

Dans les décennies qui suivent la guerre de cent ans, le commerce est le support du développement économique du Royaume de France plongé par ce siècle de guerre dans une récession ruineuse. Le développement d'une agriculture industrielle, celle du pastel, va donner à la ville de Toulouse un rôle économique majeur, suscitant une classe de grands négociants traitant avec toutes les provinces de France mais aussi avec les autres grandes places européennes. L'expansion remarquable, pendant quelques décennies, de ce commerce du pastel suscitera des fortunes considérables qui n'hésiteront pas à se diversifier dans d'autres activités notamment financières : la banque, l'assurance, l'affermage de revenus princiers¹ etc. Très tôt ces acteurs économiques d'envergure vont ressentir le besoin d'un mode de règlement des conflits et des difficultés d'entreprises plus rapide, plus averti des usages du commerce et moins onéreux que les procédures devant les juridictions civiles chicanières et ignorantes de ces usages.

Dans le même temps le besoin d'organisation du commerce et de rationalisation fiscale des barrières douanières intérieures s'impose à l'esprit de ces négociants toulousains afin d'asseoir et faciliter leur expansion. Ils avaient deux sources d'inspiration.

La plus ancienne est l'exemple des juridictions consulaires créées au XII^e siècle en Italie pour régler les conflits commerciaux et maritimes. Elles accompagneront le développement commercial des Républiques de Gênes, Venise et Amalfi et seront une puissante source de création du droit commercial et maritime. Elles définiront le principe du juge consul, négociant désigné par ses pairs pour un mandat bénévole limité dans le temps.

¹ F. BRUMONT, « Pierre Assezat, un marchand dans son siècle », in *L'Hôtel d'Assezat*, Editions Les Amis de l'Hôtel d'Assezat 2002, p. 51.

En France la nécessité d'une juridiction adaptée aux pratiques du commerce va naître au sein des grandes foires, qui se tiennent dans les provinces de Champagne et de Brie. Ces foires acquièrent une réelle dimension internationale par l'importance des transactions et la diversité des négociants. Les comtes de ces deux provinces accordent aux marchands (pour les fidéliser dirait-on aujourd'hui !) plusieurs privilèges, dont celui de régler les litiges pouvant survenir pendant les foires². Ces juridictions temporaires, confiées à des « gardes de Foire » rendent une justice rapide et efficace et définiront un principe de procédure simple, rapide et peu coûteuse.

Sur l'insistance répétée des négociants toulousains, Henri II, par ordonnance du 16 juillet 1549, installera dans le cadre de la création d'une bourse des marchands à Toulouse, une juridiction consulaire, fondée sur les principes de l'élection des juges consuls choisis parmi les négociants et d'une procédure simple, rapide, sans chicane et « sans longue figure de procès ».

Cette juridiction est permanente et servira de modèle, deux décennies plus tard en 1563, au chancelier du roi Charles IX, Michel de l'Hospital, pour rédiger l'ordonnance créant la juridiction parisienne à partir de laquelle vont se développer les juridictions consulaires.

A la veille de la Révolution, on comptera soixante-dix juridictions consulaires. Ces juridictions conserveront à travers les vicissitudes des changements de régimes, jusqu'à nos jours les mêmes caractères : des juges consuls détenteurs de *l'imperium* de puissance publique, comme les autres juges ; des juges élus par leurs pairs des professions, bénévoles et sans requis juridique, des procédures orales simples et rapides, sans nécessité d'avocat ni de procureurs, enfin des décisions rendues en premier ressort, susceptible d'appel uniquement devant la Cour.

Ces caractères fondateurs vont conférer à la justice consulaire une place particulière dans le système judiciaire français, marqué par une magistrature régaliennne. Cette particularité, quelque peu étrange, ne cessera d'être contestée par une institution judiciaire fondée sur le savoir juridique de ses membres et fédérée en un corps à nul autre pareil.

Ainsi s'exprimeront, d'abord, une série de critiques classiques et techniques, soulignant les différences de statut et dessinant les contours d'une tolérance mesurée, jamais acquise, de l'institution consulaire (I). Plus récemment, à la fin du XX^e siècle, va apparaître une nouvelle et sévère

² Serge CAPEL, *Histoire de la juridiction consulaire de Toulouse*, Edition TC, Toulouse, p. 18.

La justice consulaire entre tolérance et nécessité

contestation de nature éthique, faux nez d'une contestation idéologique inavouée. Elle fera long feu, mais conduira l'institution à mettre en œuvre avec les pouvoirs publics un programme de modernisation de la juridiction consulaire renouvelant l'équation nécessité/tolérance (II).

I – L'ostracisme juridique

Créée pour contourner les difficultés de la justice civile, la juridiction consulaire va connaître, en réaction, dès son origine des critiques portant sur sa légitimité (A), l'insuffisance de formation juridique de ses membres (B) et se verra confrontée à un ostracisme culturel trouvant sa traduction dans les textes organiques (C).

Eloignés du monde des affaires, qu'ils considèrent avec méfiance, les pouvoirs publics -monarchiste ou républicain- jusqu'à une époque récente, hésiteront à organiser fortement cet ensemble juridictionnel à l'égal des juridictions de l'ordre judiciaire, mais aussi à le remplacer par une juridiction étatique composée de magistrats professionnels.

A – La querelle de la légitimité

1 - La querelle de la légitimité

Pour les membres des Parlements du XVI^e siècle comme pour les membres de l'ordre judiciaire moderne « l'élection des juges du commerce est demeurée longtemps comme un corps étranger dans notre tradition juridictionnelle »³.

Celle-ci veut que celui qui est en charge de la justice soit, d'abord, un spécialiste du droit et même, dans la période classique, un savant. Or cette connaissance du droit n'est pas une condition d'éligibilité du juge consulaire. Il s'ensuit une critique fondamentale : si l'élection est une condition légale elle ne génère pas naturellement la légitimité. Cette critique ne s'est jamais éteinte et l'on en trouve encore des échos aujourd'hui⁴.

Mais il sera répondu que « l'art de bien juger n'est pas fait exclusivement de savoir juridique et de techniques procédurales ; il faut au juge une connaissance suffisante des milieux sur lesquels il doit exercer sa mission et de l'environnement social et économique des affaires qu'il a à traiter »⁵. Ce débat ne sera jamais tranché par les pouvoirs publics : avec une

³ J. HILAIRE in J. KRYNEN (dir.), *L'élection des Juges*, Dion, PUF 1999, p. 139.

⁴ C. HOUIN SAINT-ALARY in J. KRYNEN et J. RAIBAUT (dir.), *La légitimité des Juges*, Coll. Dion, Presses Université Toulouse 2004, p. 176.

⁵ J. POUMAREDE, in *Légitimité des juges*, déj. cité, p. 222.

certaine ambiguïté, on laissera à la juridiction consulaire le soin de démontrer par sa pratique sa légitimité.

Les pouvoirs publics acceptent l'idée d'une juridiction adaptée aux besoins du commerce réputé complexe, voir opaque, mais ils vont beaucoup tâtonner dans la régulation de la juridiction. C'est ainsi que la fixation du corps électoral des juges consulaires, pourtant fondamentale, fera l'objet au cours du temps de beaucoup d'hésitations et alimentera à son tour critiques et hostilité à l'égard de la juridiction consulaire.

2 - La fixation difficile du corps électoral des juges consulaires

Depuis sa création, la fixation du corps électoral des juges est hésitante et oscillera longtemps entre deux conceptions, l'une oligarchique, l'autre démocratique sans que les pouvoirs publics, même dans des périodes radicales, comme la période révolutionnaire, aient paru avoir une volonté forte de régulation.

La période ancienne jusqu'à la Révolution est résolument oligarchique : les juges sont élus parmi les notables marchands par un corps électoral restreint, dominé soit par le contrôle des corporations soit par une logique censitaire.

La loi du 16 août 1790 réorganisant le système judiciaire appliquera à la désignation des juges consulaires le principe du suffrage universel des commerçants. Le code de commerce de 1807 revint partiellement à un corps électoral oligarchique, composé par une assemblée unique dont la liste était établie par le préfet.

La révolution de 1848 revint à un principe démocratique ouvert à tous les commerçants patentés, depuis cinq ans au moins. En 1852, on revient aux règles du code de commerce. En 1870, retour au régime de 1848, mais la loi du 21 décembre 1871 reprendra les règles du code de commerce de 1807.

La jeune III^e République, par la loi du 8 décembre 1883, réinstallera le suffrage universel des commerçants y ajoutant les artisans, les membres des Chambres de commerce et les présidents des Conseils de prud'hommes. Par la loi du 23 janvier 1898, le vote était étendu aux femmes (cinquante ans avant les élections politiques).

Ce régime va rester inchangé jusqu'en 1961, date à laquelle le système démocratique pur est abandonné pour réinstaller, devant la désaffection des électeurs, un système à deux degrés : des délégués consulaires élus au suffrage universel désigneront les juges consulaires, au scrutin majoritaire à deux tours.

La justice consulaire entre tolérance et nécessité

Ces nombreuses hésitations de l'Etat quant à la définition du corps électoral des juges seront à nouveau illustrées, dans la période récente où, pour des raisons clairement idéologiques, le projet de loi Guigou réinstallait, en 2001, le suffrage universel.

Reste toutefois le problème, actuellement réglementé *a minima*, du choix des candidats. Traditionnellement, seules ont été définies les conditions formelles d'éligibilité. L'art. L 723-4 du code de commerce a poursuivi cette approche, sans poser aucune condition substantielle portant sur l'aptitude des candidats à exercer la fonction juridictionnelle. Liberté est laissée aux professions d'organiser le recrutement des candidats, ce qu'elles assurent avec plus ou moins de rigueur⁶.

Ces hésitations naissent sans doute de la difficulté des pouvoirs publics à situer, dans un environnement judiciaire dominé depuis toujours par une conception très élitiste de la légitimité des magistrats, une source radicalement différente de la légitimité fondée sur l'élection.

B – La querelle de la formation

L'édit de 1563, autorisant la création de la juridiction consulaire parisienne, précise, dans son préambule, que cette institution est créée à la demande des marchands de Paris qui souhaitaient régler leurs différends « sans être astreints aux subtilités des lois et ordonnances ». Les marchands toulousains, deux décennies auparavant, avaient exprimés le même souhait ainsi que celui d'éviter les « longues figures de procès ».

En prenant avec vigueur le parti d'une juridiction sans juristes, les premiers juges consulaires donneront une image durable d'inculture juridique et de trop grande soumission à l'équité. Bénéficiant ainsi d'une liberté, peut-être excessive et non sans arrière pensée, l'institution consulaire va devoir jusqu'à une époque récente faire face pratiquement seule à ce problème.

1 - Des usages du commerce à la complexité du droit des affaires

A la création de ces juridictions, leur connaissance des usages du commerce est un facteur certain de leur légitimité qui ne sera d'ailleurs mis en cause par la magistrature que pour des raisons corporatiste : la justice

⁶ Le Conseil national des Tribunaux de commerce a récemment attiré l'attention des pouvoirs publics sur la nécessité de mettre en place un mode de recrutement plus uniforme et plus transparent. Rapport CNTC 2010.

déléguée par le roi ne peut l'être qu'aux « prêtres de la justice »⁷. L'exercice sacerdotal de la justice doit rester uni, or la création de ces juridictions consulaires rompt cette unité. Les Parlements batailleront, sans succès, pour recevoir le serment de ces juges : il ne sera reçu par les cours d'appel, dans les mêmes termes que celui des magistrats, qu'à compter de la loi de 1790.

Mais avec l'évolution de l'économie, les usages deviennent le droit commercial puis le droit des affaires dont la complexité ne va cesser de croître, la critique corporatiste se doublera dès lors d'une rude critique scientifique. Il est avancé que « le savoir acquis dans une profession est sans commune mesure avec la diversité des professions qu'embrasse le droit des affaires... (d'une complexité extrême)... bien loin du seul régime des actes et des effets de commerce »⁸. Bref, la juridiction consulaire n'aurait plus le savoir nécessaire aux problématiques de contentieux et de traitement des difficultés des entreprises qui lui sont soumises.

Cette argumentation sera le support, tout au long du XIX^e siècle et jusqu'à une époque récente, de projets prévoyant l'échevinage des juridictions consulaires sous l'autorité d'un magistrat professionnel ou même de leur suppression pure et simple⁹.

Malgré la répétition de ces critiques ces projets n'aboutiront pas, mais la tutelle publique n'entreprendra rien pour organiser la formation devenue nécessaire des juges consulaires. Elle se bornera à augmenter la durée des mandats et à créer une sorte de noviciat de deux ans afin de renforcer l'apprentissage des juges¹⁰, laissant à l'institution elle-même la responsabilité de définir le cadre et les moyens de la formation des juges.

2 - La formation indépendante des juges et l'évolution de leur recrutement

La formation est restée sous l'ancien régime et jusqu'à la fin du XIX^e siècle « un apprentissage pratique au contact des plus anciens juges »¹¹. Mais à compter de la période moderne, l'institution consulaire va multiplier les initiatives, soit en organisant un centre de formation, le CEFJC de Tours, pour lequel elle obtiendra un partenariat financier et scientifique avec

⁷ J. KRYNEN, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Bibliothèque des Histoires Gallimard, 2009, p. 78.

⁸ C. HOUIN-SAINT-ALARY, *op. cit.*, p. 177.

⁹ Notamment le projet Thaller en 1889, le projet Badinter en 1985, le projet Guigou en 2001.

¹⁰ J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 162.

¹¹ J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 169.

La justice consulaire entre tolérance et nécessité

l'ENM, soit en construisant autour de la CGTC¹² une réelle présence doctrinale, dont les avis ont été maintes fois pris en compte par le législateur.

Dans le même mouvement, les juridictions consulaires ont été attentives à suivre, en lien avec les organisations professionnelles, les évolutions socio-économiques. Il en est résulté un recrutement très ouvert sur toutes les professions, mais aussi une transformation culturelle du niveau des juges qui sont aujourd'hui très largement diplômés, à plus de 75 %, de l'enseignement supérieur, des grandes écoles, des écoles de gestion ou d'ingénieurs¹³. Ces caractères nouveaux ont affaibli le vieil ostracisme à l'égard des tribunaux de commerce bien qu'il en subsiste encore des traces réelles.

C – Le magistrat et le juge

L'idée moderne de la justice paraît indissociable de l'exigence d'un statut de ses membres définissant les modes de désignation, les critères de formation, d'indépendance, les obligations, la discipline etc. Or les juges consulaires ne sont toujours pas dotés d'un statut ce qui entretient une certaine ambiguïté et n'est pas sans conséquence.

1 – L'absence de statut

Les juges consulaires n'ont pas de statut organique comme les magistrats professionnels. Les textes les concernant (art. L 722 et suivants du code de commerce) organisent les conditions des élections, les conditions d'ancienneté pour les présidents de tribunaux et les juges commissaires et les présidents de chambre, la durée des mandats, la commission nationale de discipline.

C'est un embryon de statut bien insuffisant : rien n'est précisé sur l'obligation de formation initiale ou continue, rien sur les critères d'accès aux fonctions internes du tribunal, rien sur les limites d'âges au-delà de trente ans, rien sur les incompatibilités après l'élection, rien sur l'évaluation avant renouvellement de mandat, rien sur la mise en œuvre de la responsabilité, rien sur la prise en charge de cette responsabilité etc. autant

¹² Conférence générale des Tribunaux de commerce. Créée à la fin du XIX^e siècle, cette association regroupe la très large majorité des juges consulaires.

¹³ Sur ces sujets voir J. RAIBAUT, *Les Tribunaux de commerce, une juridiction au service de la modernité*, Presses de l'Université IFR Toulouse 2007, p. 322 et s.

de lacunes peu admissibles, aujourd'hui, en regard, notamment, de l'esprit des dispositions européennes¹⁴.

La revendication d'un statut des juges consulaires a été portée à plusieurs reprises par la CGCT et n'a reçu qu'un accueil très réservé de la part de la chancellerie. La notion de statut paraît réservée à la magistrature professionnelle alors que le juge consulaire, comme il se doit, prête le même serment solennel et fondateur que la magistrature professionnelle¹⁵ et rend ses jugements au nom du peuple français.

2 – De quelques conséquences

Les premières conséquences sont évidemment pécuniaires. Les juges consulaires –à l'exception des juges professionnellement retraités (environ 12 %)- ne sont pas indemnisés des frais qu'ils exposent pour leurs formations.

Mais l'anomalie la plus remarquable est l'incertitude qui entoure la prise en charge des frais exposés par les juges consulaires pour assurer leur défense, lorsque leur responsabilité est mise en cause par un justiciable. La doctrine du garde des Sceaux sur ce sujet très sensible est la suivante : un « juge consulaire ne peut prétendre au bénéfice des dispositions de l'article 11 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature (...) En qualité de collaborateur du service public de la justice, il pourra soumettre à l'administration une demande d'indemnisation au titre des honoraires exposés pour assurer sa défense¹⁶ ». L'absence de statut crée véritablement un vide juridique sur une question sensible.

D'autres conséquences, plus anecdotiques mais non moins révélatrices d'un certain ostracisme formel sont tirées de cet absence de statut. Il en est ainsi pour les textes organiques concernant les tribunaux de commerce. Les textes les concernant de la loi de 1790 furent repris en 1807 dans le code de commerce.

Par décret du 13 janvier 1988, ils seront versés dans le COJ art. R 411-1 à R 414-21, les tribunaux de commerce étant ainsi clairement rattachés à l'organisation judiciaire des tribunaux étatiques. L'ordonnance du 8 juin

¹⁴ Voir la charte européenne sur le statut des juges, Conseil de l'Europe, juillet 1998.

¹⁵ Art. 6 de l'ord. du 22 décembre 1958 pour les magistrats et art. L722-7 du code de commerce pour les juges consulaires.

¹⁶ Lettre du 31 octobre 2008 du garde des Sceaux à M. le procureur général près la Cour de Versailles.

La justice consulaire entre tolérance et nécessité

2006 n° 2006-673 va extraire du COJ les textes concernant les tribunaux de commerce pour les reverser dans le code de commerce (art. 721 et suiv.) bannissant pour ces juges consulaires toute référence au terme de magistrat.

Conscient de la nécessité d'une juridiction spécialisée et peu coûteuse pour les besoins de l'économie l'Etat, monarchique ou républicain, restera malgré les critiques, prudent et ambigu quant à l'insertion de ces juridictions dans l'ordre judiciaire, règlementant *a minima* un ensemble juridictionnel, marqué par son caractère exceptionnel et un mode de désignation électif transgressant la tradition judiciaire. Cette ambiguïté se révélera aussi dans le cantonnement de leur compétence lorsqu'apparaîtront de nouvelles législations : ainsi ne recevront-ils pas compétence pour traiter des baux commerciaux ou des marques et brevets, alors que ces matières représentent aujourd'hui des actifs de plus en plus importants des entreprises commerciales et industrielles.

Malgré cette confiance mesurée, les tribunaux de commerce, peut-être plus que toute autre juridiction de premier ressort, sauront « utiliser la liberté qu'ils ont d'écarter les formes et de marcher à côté de la loi »¹⁷ pour trouver des solutions nécessaires à l'économie, que la loi entérinera *a posteriori*. On peut citer notamment la liquidation judiciaire, les effets du chèque barré, les effets des clauses de réserve de propriété, etc.¹⁸

Les vieilles interrogations sur leur compétence, la formation de leurs juges, la composition de leur corps électoral vont rebondir au seuil du XXI^e siècle sur un fondement idéologique.

II – L'évolution récente

A – La querelle idéologique

Le changement politique intervenu en 1981, par l'arrivée des partis progressistes au pouvoir, va nourrir dans les instances de l'Etat une sourde méfiance à l'égard des tribunaux de commerce, considérés culturellement comme une juridiction conservatrice et peu adaptée à l'économie réelle. Dès 1982 le rapport de la commission Badinter préconisera l'échevinage. Cette proposition n'aboutira pas suite à une réaction très vive de la CGCT mais l'offensive reprendra très vigoureusement en 1997 avec le retour de la gauche au pouvoir.

¹⁷ Juge Guyot 1780 Trib. com de Paris cité par J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 160.

¹⁸ Voir J. RAIBAUT, *op. cit.*, p. 316 et 317.

1 – *La Loi Guigou*

Au prétexte de dysfonctionnements, peu nombreux et majorés mais réels, constatés dans quelques tribunaux, l'Assemblée nationale décidera d'une commission d'enquête qui déposera fin 1997 un rapport vindicatif intitulé : « Les tribunaux de commerce, une justice en faillite »¹⁹. Aux critiques traditionnelles sur le mode électif, la formation des juges, le caractère oligarchique sous-jacent, s'ajoutait, pour la première fois²⁰, le soupçon d'une éthique flottante.

A la suite de cette commission d'enquête parlementaire, le garde des Sceaux et la ministre des Finances vont conjointement confier, en 1998, à l'inspection des finances et à l'inspection des services judiciaires une enquête dont les conclusions²¹ seront le support d'un projet de loi déposé en 2000 sur le bureau de l'Assemblée nationale, dans le cadre d'une procédure d'urgence. Cette loi transformait les tribunaux de commerce en juridictions mixtes (magistrats professionnels et juges consulaires) et rétablissait le suffrage universel des inscrits sur le registre de commerce.

Ce projet de loi adopté le 28 mars 2001 ne sera pas approuvé par le Sénat et n'achèvera pas son cursus parlementaire avant la fin de la législature. La nouvelle majorité ne reprendra pas ce projet.

La lecture des rapports des commissions comme des débats à l'Assemblée nationale font apparaître, par delà les arguments techniques, que ce désir de réforme profonde est aussi inspiré par une querelle idéologique sur le degré et le contrôle de la régulation de l'économie. Cette impression marquera les esprits et explique, sans doute, que, dans un désir de souligner la rupture culturelle, la législature suivante ne reprendra pas le projet de loi, sous la pression, il est vrai, de l'institution consulaire.

Au risque d'une formulation vulgaire, on ne peut s'empêcher de penser que, ce faisant, on a jeté « le bébé avec l'eau du bain ». Car le projet voté par l'Assemblée nationale, même s'il devait être amélioré et conforté par le contrôle du Conseil constitutionnel dans plusieurs de ses dispositions, représentait un réel progrès pour l'unité de la juridiction consulaire avec l'ordre judiciaire.

¹⁹ Assemblée nationale Rapport N° 1018, 1998. Président député Colcombet, rapporteur député Montebourg.

²⁰ J. HILAIRE, *op. cit.*, p. 163.

²¹ *Rapport d'enquête sur l'organisation et le fonctionnement des Tribunaux de commerce*, La Documentation française, juillet 1998.

La justice consulaire entre tolérance et nécessité

2 – De nouvelles perspectives

Le projet de loi Guigou reprenait l'ensemble de la matière et, l'unifiant, esquissait les contours d'un statut des juges consulaires, juges et non échevins ; il organisait, en maintenant la présidence du tribunal au bénéfice d'un juge consulaire, la parité originale entre les juges consulaires et les magistrats professionnels siégeant dans des chambres mixtes ; il précisait les obligations de formation des juges consulaires ; il énumérait les incompatibilités après l'élection ; il apportait un cadre précis aux obligations déontologiques ; il créait un Conseil national doté de la personnalité morale chargé de la « défense des intérêts collectifs des juges » et de la veille déontologique.

En accompagnement de la loi Guigou, l'Assemblée nationale modifiait par une loi organique, l'ordonnance de décembre 1958 sur le statut de la magistrature afin de permettre la désignation dans le corps des magistrats, en qualité de conseiller temporaire de cour d'appel, des juges consulaires ayant au moins huit ans d'ancienneté dans leurs fonctions consulaires.

L'intense débat suscité par ce projet ne sera pas sans conséquence : les juges consulaires ont pris conscience avec encore plus d'acuité que leur institution était aussi visée par les interrogations contemporaines sur la justice et qu'elles ne pouvaient pas indéfiniment arguer de leur ancienneté séculaire au risque de se voir dénier le champ de la modernité. « Héritage de l'histoire, le modèle consulaire français n'est pas adapté à une économie moderne et ouverte » écrivaient, sévèrement, les rapporteurs de la commission d'enquête ministérielle²².

B – La réforme contemporaine des tribunaux de commerce : un partenariat éclairé avec l'Etat et un dynamisme prétorien

L'abandon de la loi Guigou pouvait représenter pour l'institution consulaire une « victoire à la Pyrrhus », l'absence de réforme structurante éloignant la juridiction de la modernité et accroissant sa particularité, au moment où les tribunaux de l'ordre judiciaire étaient l'objet d'une intense réflexion modernisatrice. Aussi l'institution, par les propositions de la CGTC sollicita le garde des Sceaux pour mettre en œuvre un véritable programme de réformes, marquées par des liens renforcés avec l'ordre judiciaire (1). Dans le même temps l'action des tribunaux va définir une pratique prétorienne au service des entreprises en difficulté. La loi viendra consacrer, une fois encore, ces initiatives prétoriennes, posant les fondements d'une

²² *Rapport*, juillet 1998, déj. cité, p. 90.

véritable école consulaire du traitement des difficultés des entreprises. Les tribunaux prolongeant ainsi l'idée fondatrice de leur nécessité (2).

1 – Des réformes structurantes

La première priorité fut celle de la formation des juges consulaires. Il convenait d'aller désormais beaucoup plus loin que les initiatives locales ou coordonnées par quelques personnalités autour du CEFJC : il fallait mettre en œuvre un système national de formation des juges consulaires. Issue d'une réflexion commune entre la Commission qualité de la justice civile nommée par le garde des Sceaux²³, la direction de l'ENM et la CGTC, une note conjointe de l'ENM et de la direction des services judiciaires mettait en place le 6 octobre 2003 un système de formation unique pour les juges consulaires, sur l'ensemble du territoire.

La formation des juges consulaires est désormais sous la responsabilité directe de l'ENM qui, en collaboration avec la CGTC, définit le programme des formations initiales et continues, dispensées dans huit centres de formation sur le territoire. Un juge consulaire siège au Conseil d'administration de l'Ecole et une sous-direction particulière est dédiée à ce cursus.

L'avancée est évidemment considérable et réduit le particularisme judiciaire de tribunaux de commerce, même si l'obligation de formation n'est pas encore inscrite dans les textes²⁴. On estime que 70 % des juges nouvellement élus suivent la formation initiale.

La seconde priorité était de répondre à l'archaïsme de la carte judiciaire datant du début du XX^e siècle. Répondant à la volonté du garde des Sceaux, exprimée en 2004, la CGCT va élaborer, en concertation avec les tribunaux, un projet prenant en compte les modifications économiques des territoires et le niveau d'activité juridictionnelle. Ce projet, porté ensuite par le tout nouveau CNTC, sera repris, presque *in extenso*, par le décret du 15 février 2008 réformant la carte judiciaire des juridictions civiles commerciales et prud'homales. Après la création de cinq nouveaux tribunaux de commerce, la carte judiciaire comptera 135 juridictions consulaires au lieu de 237 en 2000. La modification des ressorts permet de répondre aux besoins de la spécialisation par une meilleure répartition des quelques trois milles juges consulaires. Il faut aussi souligner que cette réforme a supprimé les

²³ Commission qualité de la justice civile - Groupe de travail sur la formation des juges consulaires. Rapport du 12 mars 2003.

²⁴ Le CNTC dans son rapport 2010 au garde des Sceaux a recommandé cette insertion.

La justice consulaire entre tolérance et nécessité

chambres commerciales des tribunaux de grande instance, uniformisant ainsi sur l'ensemble du territoire la compétence des tribunaux de commerce, devenant ainsi la juridiction de droit commun de l'économie. L'avancée est, là aussi notable et réduit conceptuellement le particularisme de l'institution consulaire.

Dernière priorité, enfin, celle d'un Conseil national des tribunaux de commerce installant une représentation institutionnelle des tribunaux de commerce auprès de l'Etat. Demande ancienne de la CGTC remontant au début des années 1970, fortement renouvelée en 2003 auprès du garde des Sceaux, ce Conseil déjà évoqué par la loi Guigou sera créé par décret du premier ministre du 23 septembre 2005. Toutefois ce Conseil national, dont l'objet est l'organisation et le fonctionnement des tribunaux de commerce, la formation et la déontologie des juges consulaires, la carte judiciaire, n'est pas doté de la personnalité morale et les dix juges qui y participent auprès de personnalités qualifiées et de magistrats professionnels, sont nommés par le garde des Sceaux qui en est le président. L'abandon du principe de l'élection pour les membres consulaires, souhaité par la CGTC, n'est pas compatible avec l'indépendance d'un corps judiciaire.

L'institution est une avancée par son existence même mais une nouvelle fois s'expriment les ambiguïtés de l'Etat dans le traitement de la justice consulaire. Ce conseil est réduit à un haut conseil du ministre et ne peut être en l'état l'institution représentative et régulatrice de la justice consulaire. Elle est toutefois le gage, nous semble-t-il, de l'entrée de l'institution consulaire dans l'effort « jamais terminé, de perfectionnement des institutions judiciaires comme élément essentiel de l'Etat de droit »²⁵.

2 – Le traitement des difficultés des entreprises

On a déjà cité le rôle innovateur des tribunaux de commerce dans le traitement des difficultés des entreprises. En plus de l'amélioration des procédures de redressement et de liquidation judiciaire, à laquelle elles ont largement contribué par leur jurisprudence et leurs avis²⁶, les juridictions consulaires ont pris l'initiative de développer une procédure de prévention, fondée sur l'idée que l'anticipation des difficultés facilite leur solution. De création purement prétorienne, ces procédures ont rencontré un très vif succès en permettant l'accompagnement des chefs d'entreprises en amont de la déclaration de cessation des paiements. Elles peuvent aller jusqu'à la

²⁵ Charte européenne sur le statut des juges, avant-propos, *op. cit.*, p. 1.

²⁶ Voir la collection des rapports au Congrès national des Tribunaux de commerce. CGCT, 1 quai de Corse Paris 1^{er}.

Jacques Raibaut

désignation d'un mandataire *ad hoc*, afin de mieux diagnostiquer les causes de la défaillance et permettre, éventuellement, la désignation d'un conciliateur entre le débiteur et ses créanciers.

Confidentialité, anticipation, préconisations, conciliation, ces procédures sont devenues incontournables et la loi du 1^{er} mars 1984 puis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 les ont consacrées. Les juridictions consulaires ont su apporter la démonstration de leur nécessité.

*

* *

Entre nécessité et tolérance : ce constat reste vrai mais les évolutions récentes en atténuent largement la dichotomie. La résistance de l'institution consulaire aux menaces qui l'ont mise en péril souvent au cours de son exceptionnelle longévité ne peut pas s'expliquer seulement par le seul pouvoir d'influence de ses membres. Elle est aussi le fruit d'une capacité d'adaptation naturelle aux besoins de l'économie dont les transformations et les changements n'ont cessés de s'accélérer.

Au bénéfice des efforts de rationalisation de la carte judiciaire, de l'évolution culturelle des juges et de leur formation, de la qualité et de la pertinence du service rendu, des besoins de souplesse et de réactivité de l'économie, le regard porté sur l'institution par l'Etat et la magistrature s'est beaucoup amélioré. Désormais la magistrature professionnelle accueille volontiers dans ses réflexions et ses instances les commentaires des juges consulaires, l'Etat lui-même paraît être sur la voie de la définition d'un statut d'une « judicature consulaire ». Sans que l'on puisse parler d'unité avec la magistrature professionnelle pour des raisons statutaire, peut-être s'agit-il plus aujourd'hui d'acceptation et de reconnaissance que de simple tolérance.

Le rôle connu des tribunaux de commerce dans la solution des difficultés des entreprises et notamment leur rôle dans la prévention, a aussi changé le regard de la société : les problèmes qu'ils ont à résoudre dans ces domaines ont des incidences humaines et micro-économiques dépassant le cadre patrimonial des entreprises et de leurs dirigeants. Leur particularisme tend ainsi à se dissoudre dans les exigences sociétales contemporaines exprimées envers la justice : transparence, rapidité, lisibilité, humanité, équité, proximité.

LA CONCILIATION, LA MAL-AIMÉE DES JUGES

**par Jacques Poumarède,
professeur émérite à l'Université Toulouse I Capitole,
conciliateur de justice**

Dans notre société postmoderne, la tendance est aux MARL (modes alternatifs de règlement des litiges). Face à une justice enfermée dans ses temples, ligotée par ses rituels et ses procédures, rendue opaque sinon aveugle par la technicité du droit et submergée par la marée contentieuse, la solution n'est-elle pas d'encourager les transactions, les arrangements entre les parties elles-mêmes, sans coûts ni lenteurs, sans formalisme et sous le regard bienveillant mais éclairé d'un tiers chargé de les réunir, c'est-à-dire de les concilier, selon l'étymologie latine (*conciliare*) ?

En France, à l'époque contemporaine et pour ce qui concerne l'ordre judiciaire, le mouvement des MARL a débuté modestement avec l'institution par le décret du 20 mars 1978 des « conciliateurs » chargés de résoudre bénévolement et à l'amiable de petits litiges civils relevant du tribunal d'instance mais avant toute introduction d'instance. La loi de 1995 relative à l'organisation des juridictions et de la procédure a intégré ces conciliateurs dans le processus judiciaire et un décret de 1996 a autorisé les juges d'instance à leur déléguer le droit de concilier les parties dans des instances déjà engagées. Ces mêmes textes ont aussi permis la nomination de « médiateurs » dans des domaines spécialisés telles les relations familiales ou conjugales.

Aujourd'hui la conciliation comme la médiation paraissent des procédures bien installées et en expansion, d'autant plus que l'Europe du droit pousse à la roue. Une directive européenne encourage depuis 2008 le recours aux MARL ; elle vient d'obtenir sa transposition en droit français par l'ordonnance du 16 novembre 2011. La doctrine s'est emparée de la question et a produit une abondante littérature, ce qui ne va pas sans

entretenir quelques obscurités et pas mal d'ambiguïtés¹. La différence entre la conciliation qui se préoccupe de réunir les parties au litige et le rôle du médiateur qui, si l'on en juge par l'étymologie (du latin : *mediare*) devrait se tenir au milieu d'elles n'est pas des plus claires.

On peut se demander aussi comment ce déferlement des MARL est vécu par l'institution judiciaire elle-même. L'esprit de réserve qui anime le corps judiciaire laisse peu transparaître les opinions, mais les chiffres parlent. D'après le *Compte général de la justice*, en 2008, 1 794 conciliateurs de justice ont traité 112 828 conflits et en ont concilié 67 245 soit un taux de 59,6 %, en progression de +1 % sur 2007 : un résultat, somme toute, satisfaisant. Toutefois, un chiffre moins connu tempère ce constat : sur les 63 616 conciliations enregistrées, 6 843 seulement (10,75 %) ont été conclues sur délégation du juge d'instance ou de proximité. Force est de constater que cette activité modeste et bienveillante n'a pas la faveur des juges. Le conciliateur qui s'exprime ici a eu l'occasion de constater que devant les tribunaux d'instance de la cour d'appel de Toulouse, les juges professionnels ne délèguent pratiquement jamais en conciliation et les juges de proximité guère davantage. La conciliation est restée pour l'essentiel un acte extrajudiciaire.

La méfiance des juges à l'égard des modes alternatifs de règlement des litiges que l'on présente volontiers comme un emprunt récent à la pratique anglo-saxonne de l'*alternative dispute resolution (ADR)*² est en réalité une attitude bien française qui accompagne depuis deux siècles certains aspects des « Désunions de la magistrature », thème du colloque. Pour en rendre compte, nous proposons de suivre l'histoire de la conciliation en voyant d'abord, après un bref engouement sous la Révolution, la désaffection dont elle a fait l'objet au cours du XIX^e siècle et au XX^e jusqu'à la veille de la II^e Guerre mondiale, puis nous évoquerons les conditions de sa modeste réapparition dans le dernier quart du XX^e siècle.

¹ Symptôme de ces incertitudes, les hésitations sur la dénomination du phénomène : aux tenants des MARL s'opposent les adeptes des « modes alternatifs de résolution des conflits » (MARC) ; dans une bibliographie foisonnante, on distinguera P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES, Ph. MILBURN (sous la dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, La Documentation française, 2003, 288 p.

² E. LE ROY (dir.), *La conciliation et les modes para-judiciaires de règlement des litiges. Expériences françaises et nord-américaines*, Paris, Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, Bordeaux, Association d'études et de recherches de l'École nationale de la magistrature, coll. « Essais et recherches judiciaires », 1989.

La conciliation, la mal-aimée des juges

I - les avatars de la conciliation (1790-1939)

L'antinomie entre l'exercice de la justice par des juges professionnels et la pratique de la conciliation est apparue très clairement au cours des débats que la Constituante a tenus sur la réforme de l'organisation judiciaire et qui ont abouti à la loi des 16-24 août 1790. En réaction contre les modes de fonctionnement des institutions judiciaires de l'Ancien Régime, la conciliation a été présentée comme la « pierre de touche » qui allait permettre de « déjudiciariser » de nombreux conflits et, sous l'influence prépondérante de Jacques-Guillaume Thouret, l'Assemblée a adopté en matière civile un ensemble de principes destinés à restituer la justice d'État aux citoyens et à résoudre les conflits par les seules vertus de la raison. Dès l'article 1^{er} de la loi, il est fait appel en priorité à l'arbitrage comme « étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens », et dans le titre X ce principe est mis en œuvre par l'instauration « des bureaux de paix et du tribunal de famille ».

L'idée de confier le règlement des conflits familiaux à des assemblées de parents, d'amis et de voisins n'était pas neuve, elle était pratiquée de tout temps dans de nombreux pays de coutume comme de droit écrit, mais les Constituants l'ont imposée partout en lui donnant un cadre uniforme. Avec les bureaux de paix, la « philosophie conciliatrice » qui anime la révolution judiciaire de 1790-1791 dépasse largement la sphère domestique. Sans doute, les juges de paix institués par le titre III de la loi avaient des prédécesseurs parmi les « faiseurs de paix » (*vredemakers*) hollandais ou, plus vraisemblablement, en la personne du juge auditeur du Châtelet de Paris affecté au règlement des petits litiges. Ils ont reçu, eux aussi, une compétence contentieuse sur « toutes les causes purement personnelles et mobilières, sans appel jusqu'à la valeur de cinquante livres, et à charge d'appel jusqu'à la valeur de cent livres » (art. 9), ainsi qu'une juridiction gracieuse sur tout un ensemble de questions juridiques de la vie ordinaire. Mais ces nouveaux juges élus par l'assemblée des citoyens actifs du canton tirent leur principale originalité de la fonction de conciliation qui leur a été attribuée par le titre X de la loi (articles 1 à 11). Dans toutes les causes civiles excédant sa compétence, le juge de paix, assisté de deux à quatre assesseurs, devait entendre les dires des parties et sans se prononcer sur le fond tenter de leur faire trouver un accommodement acceptable consigné dans un accord écrit. Le tribunal de district ne pouvait être saisi et une procédure n'était engagée que si ce préliminaire de conciliation avait échoué. La mission assignée à ce bureau de paix était clairement de faire prévaloir le

bon sens et l'harmonie sociale entre citoyens et de leur épargner les désagréments d'un procès ou, pire, les excès de la « fureur thémistique »³.

L'importance de cette obligation d'une conciliation préalable a paru si grande aux hommes de la Révolution qu'ils en firent une règle de la constitution de 1791 (ch. V, art. 6), rappelée dans l'article 215 de la constitution de l'an III, et réitérée en des termes très explicites dans celle de l'an VIII : « Art. 60 — Chaque arrondissement communal a un ou plusieurs juges de paix, élus immédiatement par les citoyens pour trois années. — Leur principale fonction consiste à concilier les parties, qu'ils invitent, dans le cas de non-conciliation, à se faire juger par des arbitres ».

Il n'est pas le lieu de rendre compte ici de la manière dont les juges et les bureaux de paix se sont acquittés de cette mission au cours de l'époque révolutionnaire ; évoquons plutôt son évolution à partir de la codification⁴.

Le préliminaire de conciliation a été maintenu dans le code de procédure civile de 1806 en ces termes : « Art. 48 : Aucune demande introductive d'instance ne sera reçue dans les tribunaux de première instance que le défendeur ou les parties d'un commun accord n'aient été préalablement appelées en conciliation devant le juge de paix ». Mais la formulation péremptoire de cette disposition ne doit pas faire illusion, car le contexte était complètement transformé depuis les réformes de l'an VIII et spécialement les lois du 27 ventôse sur la nouvelle organisation judiciaire. Une pyramide de tribunaux et de cours avait été dressée et peuplée par un corps de magistrats nommés par le pouvoir exécutif et réinvestis de la fonction régaliennne de juger ; dans le même temps, le monde de la robe s'était recomposé avec le rétablissement des avocats et des avoués. L'heure

³ J. LEONNET, « Une création de l'Assemblée constituante : la conciliation judiciaire », *Une autre justice, 1789-1799*, R. BADINTER (dir.), chap. XIII, Paris, Fayard, 1989 ; J.-J. CLERE, « Recherche sur l'histoire de la conciliation en France aux XVIII^e et XIX^e siècles », *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit des anciens pays bourguignons, comtois, romands*, 1989, fasc. 46, p. 189 ; sur le débat révolutionnaire autour des procédures conciliatoires on lira aussi les développements de Jean-Pierre ROYER dans *Histoire de la justice du XVIII^e à nos jours*, Paris, PUF, 2010, 4^{ème} édition, p. 260 à 270 ; ainsi que Jacques KRYNEN, *L'état de justice France, XIII^e-XX^e siècle*, II, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, NRF – Ed. Gallimard, 2011, p. 23 à 29.

⁴ Sur la justice de paix, on renvoie à l'ouvrage classique de Guillaume METAIRIE, *Le monde des juges de paix de Paris (1790-1838)*, Paris, Éd. Loysel, 1994, complété par les réflexions du même auteur dans *La justice de proximité, une approche historique*, Paris, PUF, Léviathan, 2004, p. 108 à 121 ; voir également les contributions réunies dans J.-G. PETIT (dir.), *Une justice de proximité : la justice de paix 1790-1958*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2003.

La conciliation, la mal-aimée des juges

n'était plus aux « niaiseries métaphysiques » selon la formule attribuée par Fouché à Bonaparte.

Au cours des débats sur le code de procédure, bien que le rapporteur, Jean-Baptiste Treilhard, se soit montré favorable, la conciliation est apparue à bon nombre d'orateurs comme une « vaine formalité » et, au Tribunal comme au Corps législatif, il y eut des voix pour sa suppression⁵. Toutefois, le principe était inscrit dans la constitution et on avait maintenu les juges de paix en réduisant leur champ d'intervention. Le code leur a donc laissé le soin de conduire la tentative de conciliation mais d'une manière très encadrée par les articles 49 et suivants. Elle a pris une allure procédurale avec l'obligation pour le demandeur de faire délivrer au défendeur une citation par un huissier (art. 50) dans un délai de trois jours au moins (art. 51); les parties devaient comparaître en personne, mais en cas d'empêchement pouvaient se faire représenter par un fondé de pouvoir (art. 52). Le juge de paix devait tenter de les concilier et, s'il n'y parvenait pas, délivrait un certificat de non-conciliation qui leur permettait de poursuivre l'action devant le tribunal civil compétent.

Surtout, un certain nombre de demandes ont été exemptées par l'article 49 : toutes celles qui intéressaient les personnes publiques comme l'État, le Domaine, les communes ou les personnes privées incapables de transiger comme les mineurs non-émancipés, les interdits, les curateurs et les femmes mariées. La même dispense a bénéficié aussi aux demandes en matière de commerce, aux litiges concernant plus de deux défendeurs et à ceux « qui requièrent célérité » (art. 49-2).

La jurisprudence s'est employée à élargir ces failles. Les cours d'appel et la Cour de cassation ont d'abord refusé de reconnaître le caractère d'ordre public au préliminaire de conciliation, empêchant ainsi que son défaut, même soulevé d'office, puisse entraîner la nullité de l'action⁶. Le défaut de comparution devant le juge de paix n'était sanctionné que par une simple amende longtemps fixée à la modeste somme de dix francs. Mais c'est surtout l'accueil réservé par les juges de première instance à l'exemption

⁵ Voir la position de Treilhard et les opinions contraires dans J.-G. LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1830, t. XXI, p. 247-249 ; J. L. HALPERIN, « Le code de procédure de 1806 : un code de praticiens ? », *1806 – 1976 – 2006, De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, (L. CADIET et G. CANIVET, dir.), Paris, Litec, 1989, p. 28.

⁶ Un débat a eu lieu sous l'Empire et sous la Restauration, mais il a été tranché par un arrêt du 16 fév. 1826 de la Cour de cassation (Req., Lugo, *D. P.*, 26.1.1974), rappelé à différentes reprises, dont Req. 6 déc. 1892, *D. P.*, 93.1. 479.

pour célérité qui a vidé cette procédure gracieuse de l'essentiel de sa substance. Les tribunaux d'arrondissement ont pris l'habitude d'accorder très libéralement cette exemption sur la base d'un permis d'assigner à bref délai délivré sans motivation particulière par le président. Après quelques hésitations, la Cour de cassation a couvert cette pratique.

Le résultat est une désaffection continue pour cette procédure gracieuse comme l'attestent quelques chiffres glanés dans les comptes généraux de la justice civile publiés depuis la monarchie de Juillet. En 1840, 82 419 affaires ont été portées en conciliation devant le juge de paix et ont donné lieu à 41 517 conciliations, soit un taux de 50,37 %. En 1856, 55 115 préliminaires pour 18 584 conciliations effectivement réalisées (33,71 %) ; en 1890, 30 153 pour 6 679 conciliations (22,15 %) et en 1906, 13 519 pour 3 793 (28,05 %). Alors que le volume général du contentieux porté devant les tribunaux de première instance n'a cessé de croître, le nombre des saisines de l'article 48, pourtant obligatoires, s'est effondré et, qui plus est, le pourcentage de réussite est tombé de moitié.

Il est évident que cette désaffection s'est nourrie de l'attitude négative des hommes de loi. Les auxiliaires de justice, avocats et avoués, détestaient la conciliation qu'ils voyaient comme un détournement d'éventuels plaideurs et les magistrats eux-mêmes ne s'y intéressaient pas. La reconstitution du corps judiciaire a laissé de côté les juges de paix pour des raisons aussi bien sociales que statutaires. Ces petits juges, « hommes à tout faire » des cantons étaient bien éloignés des notables qui peuplaient les cours et tribunaux. Pour ces derniers, l'office du magistrat était d'exercer l'art de juger : une fonction régaliennne, un *imperium*. La recherche laborieuse d'une transaction n'était pas à la hauteur de leur dignité. Les préliminaires de conciliation que leur imposait le code n'étaient perçus que comme des pertes de temps et le fait que la conciliation ait été une invention révolutionnaire n'a pas amélioré leur opinion. Les rapports des chefs de cour sur l'activité et les capacités des juges de paix sont souvent très condescendants.

La doctrine a fait chorus. Dans la première édition du *Dictionnaire général de... jurisprudence*, des frères Dalloz (1835), l'article « Conciliation » s'ouvre par une phrase qui exprime clairement cet état d'esprit : « C'est à l'assemblée constituante que nous devons l'introduction en France du préliminaire de conciliation, institution empruntée aux Anglais, et qui, exercée par des magistrats habiles, peut prévenir une foule de procès et d'inimitiés, mais ce n'est le plus souvent qu'une vaine et onéreuse formalité ». Dès 1828, un des premiers commentateurs du code de 1806,

La conciliation, la mal-aimée des juges

Pierre Boncenne, professeur à la faculté de droit de Poitiers, tout en reconnaissant que « la conciliation fut prescrite pour le maintien de la paix entre citoyen », constate que « la jurisprudence ne la favorise guère. [...] Cette indifférence a achevé de décolorer la conciliation ; elle n'est plus, à vrai dire, qu'une de ces idées qui, n'étant ni entièrement rejetées, ni entièrement adoptées, restent dans la circulation, sans tirer à conséquence »⁷. Dix ans plus tard, dans son *Traité de la compétence des juges de paix*, l'avocat Jacques Curasson reprend le même point de vue, mais en mettant cette évolution sur le compte d'une opposition entre les villes et les campagnes : « Je suis loin de contester l'utilité de ce préliminaire : les idées d'indépendance, qui dominent toutes les classes de la société, sont, il est vrai, peu compatibles avec les mesures conciliatrices, et l'esprit de chicane, surtout dans les villes, a fait dégénérer la tentative du bureau de paix en une pure formalité ; cependant il est des campagnes où la parole d'un homme investi d'une juste considération, peut produire les plus heureux effets »⁸. Mais, ajoute-il, pour concilier d'une manière équitable, encore faut-il être à même d'apprécier les droits des parties et « si j'en juge d'après l'expérience, la conciliation exige autant et même plus de lumières que le jugement de la plupart des contestations soumises aux juges de paix ». Et Curasson de s'interroger : dépourvus de diplôme, ces derniers sont-ils capables d'exercer ce ministère ?

Le discrédit jeté sur le préliminaire de conciliation a eu pourtant un effet paradoxal sur l'activité des juges de paix. Aussi curieux que cela puisse paraître, le code de procédure civile de 1806 n'avait pas prévu de conciliation préalable pour les affaires relevant de leur propre compétence d'attribution. Les juges ne pouvaient être saisis que par une citation délivrée par huissier et ne devaient se prononcer qu'en plein contentieux. Cette situation déplaisait à bon nombre de juges de paix, frustrés de voir leur activité conciliatrice se réduire, alors qu'ils se dévouaient à l'instar du bon juge Clousier qui, dans *Le Curé de village*, était estimé des paysans « à cause du désintéressement paternel avec lequel il accordait leurs différends et leur donnait ses conseils dans leurs moindres affaires »⁹. Aussi, certains d'entre eux ont pris l'habitude d'interdire aux huissiers de leur canton de délivrer

⁷ P. BONCENNE, professeur à la faculté de droit de Poitiers, *Théorie de la procédure civile*, Poitiers, Librairie Catinea, 1828, t. I, p. 297.

⁸ J. CURASSON, *Traité de la compétence des juges de paix*, Dijon, V. Lagier, 1839, t. I, introduction, p. XII.

⁹ H. DE BALZAC, *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, coll. La Pléiade, t. IX, p. 812.

aucune citation, avant qu'ils n'aient eux-mêmes convoqué les parties officieusement par une simple lettre. Cette pratique connut rapidement d'excellents résultats et elle fut intégrée dans l'article 17 de la loi du 25 mai 1838 portant réforme de la justice de paix, mais à titre facultatif¹⁰ ; puis, sous le Second Empire, une loi du 2 mai 1855 l'a rendue obligatoire.

À la différence du préliminaire de conciliation, la « petite conciliation » a suscité un extraordinaire engouement qui s'est chiffré par millions. Dès 1856, les greffiers des justices de paix ont émis 3 360 000 convocations, dénommées « billets d'avertissement », qui donnèrent lieu à 1 450 000 conciliations (43 %), et à presque autant d'abandons du litige par les parties (38 %). Les juges de paix n'eurent à juger réellement que 423 000 affaires (12 %). L'optimum fut atteint en 1865 avec 3 556 000 avertissements. Mais dès le début de la III^e République une décrue s'amorce avec la loi du 23 août 1871 qui prescrit de rédiger les billets sur papier timbré. Le nombre tombe au-dessous des 2 000 000 en 1879, il se situe autour de 1 500 000 au tournant de 1900. En 1913, il n'est plus que de 1 142 000 et en 1938, de 534 569¹¹. Les taux de réussite de la « petite conciliation » ont baissé également mais plus modérément : ils se situent autour de 38 % au début du XIX^e siècle, pour se stabiliser à 30 % du nombre total des avertissements dans l'entre-deux-guerres¹².

Le déclin de la conciliation, la grande comme la petite, n'est pas seulement dû à l'hostilité des hommes de loi et au manque d'appétence des justiciables, les juges de paix ont eu leur part de responsabilité. Les commentateurs n'ont pas manqué de faire observer que l'accroissement constant des tâches mises à la charge de ces petits juges à la fin du siècle

¹⁰ J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements...*, Année 1838, Paris, Bousquet, 1839, p. 359 ; la circulaire du garde des Sceaux du 6 juin, précise : « Je ne vois que de l'avantage à ce que cet usage soit maintenu là où il existe, et à ce qu'il soit introduit dans les cantons où il n'a pas été encore établi. C'est afin de laisser à cet égard aux juges de paix tout le mérite de l'initiative, et de leur permettre d'apprécier les circonstances dans lesquelles la remise de cet avis serait utile ou superflu ».

¹¹ H. VIEILLEVILLE, *Le rôle judiciaire et social du juge de paix*, thèse droit, Paris, 1944, p. 82-83.

¹² Ces pourcentages globaux recouvrent en fait des disparités assez nettes entre ressorts judiciaires, comme le montrent les travaux de cartographie statistique (*mapping*) de Gilles ROUET ; voir sa contribution : « La justice de paix en France entre 1834 et 1950 : une exploration spatiale », dans J.-G. PETIT (dir.), *Une justice de proximité...* ouv. cité, p. 67-99. L'analyse des cartes réalisées fait apparaître une nette dichotomie Nord/Sud qui montre les « anciens pays de droit écrit » moins bien disposés aux accommodements que les « ci-devant pays de coutumes ».

La conciliation, la mal-aimée des juges

(saisies-arrêts sur salaire, constat et réparation des accidents du travail, augmentation des actes de juridiction gracieuse) leur a laissé de moins en moins de temps à consacrer à une activité négligée par les magistrats supérieurs¹³. Dans le même temps, leur statut commençait à évoluer. Alors qu'aucun diplôme n'était exigé, les recrutements des juges de paix sont devenus plus sélectifs à la fin du XIX^e siècle avec l'exigence d'une expérience professionnelle préalable, puis, à l'instigation de Louis Barthou une loi du 1918 a institué un recrutement sur examen d'aptitude et la réforme judiciaire de 1926 a exigé des candidats une licence en droit et un stage pratique dans un greffe ou une étude de notaire. Les juges de paix vont se mettre à ressembler de plus en plus aux magistrats inamovibles des cours et tribunaux, mais avec une échelle des rémunérations moins haute. Dans ces conditions, la justice paternelle et immédiatement accessible, voulue par les révolutionnaires, était-elle encore compatible avec la « fin des terroirs »¹⁴, avec une société en voie d'urbanisation et soumise à une technicité de plus en plus poussée des rapports juridiques ?

II - Mort et résurrection (laborieuse) de la conciliation

À la Libération, s'est constituée, sous une forme associative, l'Union fédérale des magistrats avec pour objectif la défense des intérêts professionnels de la magistrature et le souci de rassurer voire de ressouder un corps assez bousculé au cours des « années noires » du régime de Vichy. Dès sa fondation en décembre 1945, L'UFM a admis en son sein les juges de paix et son bulletin, *Le Pouvoir judiciaire*, leur a consacré quelques tribunes. Dans le n° 4 (1946), deux d'entre eux : Maxime Pépin et Guy Fau, membres du bureau exécutif de l'UFM se livrent sous le titre « Avenir des justices de paix » à un plaidoyer en faveur du maintien des juridictions cantonales et de leurs titulaires mais dans des attributions assimilées aussi bien au niveau des aptitudes que du statut et des rémunérations à celles des autres magistrats. Pour les rédacteurs de la tribune, il est très clair qu'on a dû « renoncer aux illusions qui avaient présidé à la création de la fonction cantonale. Le bon patriarche conciliateur qu'on avait rêvé doit être relégué au rang des utopies ».

¹³ P. TEMPLIER, *De la tentative de conciliation*, thèse droit, Paris 1898, conclusion, p. 311-317.

¹⁴ Pour reprendre l'expression de l'historien américain Eugen Weber qui a consacré à l'administration de la justice dans les campagnes françaises un suggestif chapitre : « De la Justice, Seigneur, délivrez-nous ? », *La fin des terroirs*, Paris, Fayard, 1983, p. 85-107.

Dans l'esprit de ceux qui en étaient chargés, la mort de la conciliation était annoncée. Elle fut prononcée à la sauvette par la loi du 9 février 1949 qui supprima la formalité du préliminaire de conciliation. Pierre Hébraud, éminent spécialiste de procédure civile à la faculté de droit de Toulouse, qui lui était plutôt favorable, prononça son *Requiem* en évoquant « le sacrifice de la conciliation judiciaire »¹⁵. La « petite conciliation » instituée par les lois de 1838 et 1855 restait en place mais de moins en moins tentée et elle fut transférée au nouveau tribunal d'instance par la réforme judiciaire de 1958 qui supprima les juges de paix¹⁶.

La promulgation en 1975 du nouveau code de procédure civile a-t-il favorisé une réapparition de la conciliation devant les juridictions civiles ? *A priori*, on aurait pu le penser au vu de la section VIII (art. 21) de ses *Dispositions liminaires* : « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Une formule péremptoire qui est déclinée plus loin aux articles 127 à 131 qui disposent que « les parties peuvent se concilier d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge tout au long de l'instance... au lieu et au moment que le juge estime favorable ». La conciliation est constatée dans un procès-verbal, dont des extraits peuvent valoir titre exécutoire. Le nouveau code a même désigné un acteur et un moment privilégiés pour sa réalisation : art. 768 « Le juge de la mise en état peut constater la conciliation, même partielle, des parties ». Enfin, devant le tribunal d'instance, la « petite conciliation » des juges de paix a repris du service sous l'aspect d'une « demande aux fins de tentative préalable de conciliation » (art. 830 et s.), à la forme très simple mais laissée au bon vouloir des parties.

Manifestement, les efforts des rédacteurs du code n'ont pas suscité un bien grand engouement tant de la part des juges que du côté des justiciables et dans les premiers commentaires réalisés au tournant des années 1970-1980 on retrouve à des degrés divers l'écho des désillusions du XIX^e siècle¹⁷.

¹⁵ *JORF*, 10 février 1949, p. 1499 ; P. HEBRAUD, « Commentaire de la loi du 9 février 1949 », *Dalloz*, 1949, Législation, p. 269.

¹⁶ F. BANAT-BERGER, « La réforme de 1958, la suppression des justices de paix », J.-G. PETIT (dir.), *Une justice de proximité : la justice de paix 1790-1858*, ouv. cité, p. 225-247 ; d'après le *Compte général de la justice civile* (1967, p. 475) : 28 067 conciliations pour 272 465 affaires appelées (10,3 %).

¹⁷ Y. DESDEVISES, *Dalloz*, 1981, *Chronique*, p. 241 « La conciliation dans le nouveau code » ; G. BOLARD, « De la déception à l'espoir : la conciliation », *Mélanges Pierre Hébraud*, Toulouse, Univ. Sc. Sociales de Toulouse, 1981, p. 46-57 ; P. ESTOUP, *D*, 1986, *Chronique*, « Etudes et pratique de la conciliation », p. 161. Nous n'évoquons pas ici la conciliation dans la procédure du divorce

La conciliation, la mal-aimée des juges

À la même époque, la création subreptice des « conciliateurs » est venue rajouter une poignée de sel dans le brouet judiciaire. L'idée de confier à des simples particuliers la mission de « faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends » est apparue en 1976 dans les cartons de la chancellerie à l'époque d'Olivier Guichard, ministre de la Justice du gouvernement de Raymond Barre. Elle s'inscrivait dans la préoccupation de faciliter l'accès à la justice et allait de pair avec la réforme de l'aide judiciaire. Le projet Guichard a pris corps, au début de 1977, par une simple note d'information de la chancellerie, publiée à la *Revue des Huissiers*, qui annonçait la nomination dans quatre départements d'une poignée de ces conciliateurs¹⁸ et, l'année suivante, sous son successeur, Alain Peyrefitte, un décret du 20 mars 1978 donnait en dix articles un cadre statutaire à cette institution¹⁹. Nommés pour un an renouvelable par le premier président de la cour d'appel, les conciliateurs ne devaient exercer aucune activité judiciaire à titre professionnel, ni être investis de mandat électif ; leur fonction était bénévole et limitée à des différends de faible importance relevant normalement des tribunaux d'instance. Les rares commentaires de la doctrine, plutôt bienveillants, furent néanmoins dubitatifs sur la portée et le succès de l'institution : « Curieuse institution que le conciliateur ! », écrit le professeur Jestaz... « en un mot comme en mille, le présent décret, d'ailleurs fort bref, n'accorde aucun pouvoir de droit au conciliateur et se borne à lui reconnaître les prérogatives de pur fait dont tout un chacun dispose déjà de par la déclaration des droits — laquelle permet ce que la loi n'interdit pas »²⁰.

Du côté de la magistrature l'accueil fut plus frais, voire franchement hostile. Il faut rappeler que les rapports entre le garde des Sceaux, Alain Peyrefitte et le corps de la magistrature traversaient à l'époque une phase de tension et la création des conciliateurs a été perçue comme une sorte de désaveu à l'égard du labeur quotidien des juges les plus modestes de la hiérarchie judiciaire : les juges d'instance, et un moyen de combler à moindre frais la pénurie des effectifs. Le plus en pointe dans la contestation, le Syndicat de la magistrature, a traité la question par la dérision : « Sous

(NCPC, art. 1093-1108) ou celles prévues devant certaines juridictions spéciales, comme les conseils des prud'hommes ou les tribunaux paritaires des baux ruraux.

¹⁸ *Revue des Huissiers*, 1977, IV, p. 43, une manière pour le moins discrète et inhabituelle d'annoncer les choses. Les départements en cause : les Alpes-Maritimes, la Gironde, la Haute-Marne et la Loire-Atlantique.

¹⁹ *JORF*, 23 mars 1978, p. 1265 : décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs.

²⁰ *Revue trimestrielle de droit civil*, 1978, p. 755.

prétexte de dégager les juges d'instance de leur surcroît de travail, l'instauration généralisée des conciliateurs constitue un retour évident du système des notables de 1790, sans toutefois le contrôle du suffrage universel, puisque ces « magistrats » sont désignés par les premiers présidents des cours d'appel »²¹. Quant à l'organisation majoritaire, l'Union syndicale de la magistrature qui avait pris la suite en 1974 de l'U.F.M., son opinion sur le projet Guichard, bien que plus argumentée, n'en était pas moins sévère comme en témoigne la conclusion d'un rapport présenté au congrès de 1978 : « En définitive, ce projet est un gadget et, dans certaines circonstances, il peut se révéler un jouet dangereux »²².

Devant cette fronde, le ministère de la Justice fit réaliser en 1981 par le Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (CREDOC) un rapport sur « Le rôle du conciliateur et ses relations avec la justice », sur la base d'une enquête par entretiens auprès d'un échantillon de conciliateurs, de magistrats, d'auxiliaires de justice, d'élus et de responsables associatifs. Au vu des résultats, on y perçoit des opinions assez divergentes à l'égard d'une institution encore très jeune. Si les chefs de cours, premiers présidents et procureurs généraux, se déclarent satisfaits, responsabilités hiérarchiques obligent, les autres magistrats se montrent plus hésitants et certains franchement hostiles : « Il n'y a pas besoin de conciliation dans la population (...). Dans le contexte actuel, la conciliation, c'est du luxe !! ». Le rapport souligne : « une attitude *a priori* réservée des juges d'instance » qui « ne pensent pas que, dans tous les cas, une conciliation soit préférable à un jugement » et qui la perçoivent comme une forme de « dépossession » d'une partie de leur fonction. À travers certaines positions, on retrouve l'écho des préjugés contre les juges de paix du XIX^e siècle et les mêmes doutes sur leurs aptitudes à remplir la mission qu'on leur avait confiée : « Concilier est une opération difficile qui exige de la part de celui qui entend la mener à bien beaucoup d'expérience ainsi qu'une formation juridique sérieuse ». Seule une minorité des juges interrogés se montre assez favorable à cette institution, le plus souvent par « réalisme ». Quant au barreau, les positions sont globalement négatives, oscillant, d'après le rapport, « entre un scepticisme sur l'avenir de cette nouvelle

²¹ *Justice* (bulletin du S.M.), n° 84, mars-avril 1982, Didier MARCHALL, « Le tribunal d'instance : un enjeu », p. 10.

²² *Le Nouveau Pouvoir judiciaire*, n° 280, p. 19-23, rapport de M. Eugène Clavel, conseiller à Rouen au nom de la commission sur l'accès à la justice.

La conciliation, la mal-aimée des juges

institution, et une hostilité qui s'appuie sur les inconvénients qu'elle peut représenter pour les justiciables »²³.

Au vu de ces réactions, on ne s'étonne pas d'apprendre que l'expérience des conciliateurs fut à deux doigts d'être arrêtée à l'époque où Robert Badinter occupait les fonctions de ministre de la Justice dans le cabinet Mauroy²⁴. Elle sera néanmoins maintenue contre l'assurance que leur activité purement bénévole serait cantonnée en dehors de toute procédure judiciaire. Un temps suspendu, le recrutement des conciliateurs a repris sous le garde des Sceaux Albin Chalandon (1987-1988).

C'est au cours des années 1990 que la conciliation a connu un regain d'intérêt et une évolution de sa pratique qui ont amorcé un processus dont nous présentons, en guise de conclusion les principales étapes.

*

* *

Un premier signe de changement a été apporté par un décret du 25 février 1993 qui a exigé des futurs conciliateurs « une expérience d'au moins cinq ans en matière juridique »²⁵. Mais c'est surtout la loi du 8 février 1995 sur l'organisation judiciaire, et ses décrets d'application qui ont changé la donne. Pour faire face à une inflation considérable des tâches assumées par les juges, le législateur a pensé trouver la solution en les autorisant à se faire assister par des tierces personnes spécialisées et même à déléguer une partie de leur compétence, notamment en matière de conciliation. Les conciliateurs étant déjà en place, le principe posé par l'article 21 de la loi du 8 février 1995 a été décliné par le décret du 22 juillet 1996 qui a donc autorisé le juge d'instance à désigner éventuellement l'un d'entre eux pour le suppléer dans la tentative préalable de conciliation toujours en usage devant le tribunal d'instance²⁶.

²³ CREDOC, *Le rôle du conciliateur et ses relations avec la justice*, 1981, rapport dactylographié, 115 p., voir les extraits d'entretiens rassemblés aux p. 87 à 102.

²⁴ Selon le témoignage apporté au cours du présent colloque par M. le premier président Jean-Pierre Pech, qui était à l'époque conseiller au cabinet du garde des Sceaux.

²⁵ *JORF*, n° 49, 27 fév. 1993, D. n° 93-254, art. 1-2.

²⁶ *JORF*, n° 170, 23 juillet 1996, p. 11125, D. n° 96-652, « art. 831 : La tentative préalable de conciliation peut être menée par le juge ou par un conciliateur remplissant les conditions prévues par le décret du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs désignés à cet effet ». En conséquence, le même décret a modifié l'article 830 et suivants du code de procédure civile ; M. OLIVIER, « La

Les conciliateurs pouvaient ainsi sortir des salles municipales où ils exerçaient habituellement leurs modestes activités et franchir les portes des temples de Thémis, en qualité d'auxiliaires ; d'ailleurs quelques mois plus tard, un nouveau décret leur donnait le titre de « conciliateur de justice » tout en accordant habilement aux juges d'instance un droit de proposition sur leur nomination et leur reconduction²⁷. Cette évolution statutaire n'a pas suscité d'hostilité particulière de la part des juges professionnels, qui auront bientôt d'autres occasions de se mobiliser, notamment contre l'introduction de la « justice de proximité ». Les conciliateurs de justice ont continué leur bonhomme de chemin, en se consacrant surtout à la conciliation extrajudiciaire car les délégations ont très vite plafonné à moins de 10 % de leur activité totale.

La réforme des années 1995-1996 a tout de même introduit une autre pomme de discorde avec la reconnaissance de la pratique de la « médiation judiciaire ». Toujours dans le but d'alléger leurs charges, la loi du 8 février 1995 et le décret du 22 juillet 1996 ont autorisé les juges à désigner des tierces personnes ou des associations spécialisées à intervenir dans des affaires particulièrement conflictuelles pour tenter de rapprocher les parties à l'aide des techniques de la communication ; les affaires matrimoniales ou familiales étaient particulièrement visées mais la loi n'a pas donné de cadre bien délimité à cette procédure et la médiation est devenue assez vite un terrain d'activités professionnalisées et plus ou moins lucratives²⁸.

Les derniers développements de cette saga viennent de se produire. Une conjonction de facteurs a suscité un mouvement en faveur du changement. Il y a d'abord le malaise, pour ne pas parler de crise, dans lequel se trouvent les institutions judiciaires. Le moment n'est plus à la désunion mais à la recherche de solutions. Parmi les expertises réalisées, l'une a retenu particulièrement l'attention : il s'agit du rapport rédigé, à la demande de Rachida Dati, garde des Sceaux, par une commission placée sous la présidence du recteur Guinchard. Remis en 2008 sous un titre très explicite : *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, il présente 65 propositions de

conciliation et la médiation judiciaires en matière civile (aspects anciens et actuels) », *Gazette du Palais*, 19 oct. 1996, p. 1257-1261.

²⁷ *JORF*, n° 292, 15 déc. 1996, p. 18424, D. n° 96-1091, art. 1^{er} ; l'article réduit à 3 ans la durée de l'expérience juridique.

²⁸ La médiation a été, elle aussi, introduite dans le code de procédure civile aux articles 131-1 à 131-10 ; *Juris-classeur Procédure civile*, « Conciliation et médiation », par P. COUV RAT et G. GIUDICELLI-DELAGE ; sur cette pratique, voir la synthèse de M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2012, 6^{ème} édition.

La conciliation, la mal-aimée des juges

réforme, parmi lesquelles figurent plusieurs mesures pour favoriser le développement des modes alternatifs de règlement des conflits²⁹. L'idée défendue est d'ouvrir plus largement la porte du procès civil aux conciliateurs comme aux médiateurs mais sous la responsabilité et le contrôle des magistrats professionnels : « un juge décideur, au cœur d'une équipe ».

Dans le même temps mais à l'initiative du premier président de la cour d'appel de Paris, Jean-Claude Magendie, et du directeur de l'École nationale de la magistrature, Jean-François Thony, un groupe de travail s'est penché spécialement sur les conciliateurs de justice et à abouti à des préconisations qui rejoignent et précisent celles du rapport Guinchard³⁰. L'implication de ces hautes personnalités de la magistrature a été appréciée comme il se devait par les principaux intéressés. Les effets de ces prises de position se sont concrétisés dans un décret du 1^{er} octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale³¹. Le champ d'intervention des conciliateurs par délégation du juge a été étendu : ils sortent du préliminaire de conciliation de la procédure d'instance où ils étaient cantonnés pour intervenir tout au long de la procédure et théoriquement à tous les niveaux des juridictions civiles, sous le contrôle du juge dont ils deviennent de véritables collaborateurs. En contrepartie, la forme de l'acte de conciliation a été mieux précisée et l'encadrement de leur recrutement et de leurs activités par les autorités des cours d'appel a été renforcé. Le même décret leur a également ouvert les portes des tribunaux de commerce et des tribunaux paritaires des baux ruraux³².

Enfin, n'en déplaise aux mânes de Thouret et de Treilhard, le droit français est aujourd'hui tributaire des normes définies par les instances

²⁹ S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée : rapport au garde des Sceaux*, Paris, Documentation française, 2008, voir notamment p. 128-132 : « section 1 – Le développement et la consolidation de l'institution des conciliateurs de justice ».

³⁰ J.-Cl. MAGENDIE et J.-F. THONY, *Célérité et qualité de la justice : les conciliateurs de la justice*, Paris, La Documentation française, 2010, 130 p. Voir les préconisations p. 112-113 : le rapport conseille une meilleure « implication des magistrats chargés de suivre l'activité des conciliateurs », des cycles de formations proposés par l'ENM, le maintien d'une « grande souplesse dans la facilitation de la solution » pour les conciliateurs, mais le rappel « des devoirs » qu'imposent leurs fonctions, etc.

³¹ *JORF*, n° 0230, 3 octobre 2010, p. 17986 ; *Gazette du Palais*, 10-12 oct. 2010, N. GERBAY, « Premières vues sur le décret du 1^{er} octobre 2010 », p. 17-20.

³² Le même décret a intégré ces dispositions dans le code de procédure civile aux articles 129-1 à 5, 130, 131, 312, 862-2 et 887-2.

européennes. Or, depuis 1999, au nom du principe fondamental de libre accès à la justice, le Conseil européen a invité les États membres à développer les modes alternatifs de résolution des conflits et notamment la médiation en la présentant comme « une solution extrajudiciaire économique et rapide aux litiges en matière civile et commerciale ». Du « Livre vert » présenté sur le sujet par la Commission (2002) en passant par les avis et les débats tenus devant le Parlement européen (2007), le processus a débouché sur une directive adoptée le 21 mai 2008³³. Le principe de l'accès à la justice ne masque pas la promotion d'intérêts bien évidents. La médiation est devenue une activité créatrice de services et d'emplois, producteurs eux-mêmes de systèmes de formation et de sources de revenus. Les lobbies concernés n'ont pas manqué de pousser à la roue communautaire.

La France a pris son temps pour transposer cette directive, car si la médiation a déjà sa place dans notre droit depuis 1995, l'existence des conciliateurs de justice est une exception française qui pouvait paraître à la marge du cadre de la directive 2008/52/CE. Il n'empêche, une ordonnance de transposition a été prise le 16 novembre 2011³⁴ et dans la foulée un décret d'application a été signé le 20 janvier 2012³⁵. Ce texte opère une novation importante en créant dans le code de procédure civile *in fine* un livre V consacré à « La résolution amiable des différends ». Sous cette dénomination sont regroupées la conciliation extrajudiciaire pratiquée par les conciliateurs de justice, la médiation conventionnelle et, pour faire bonne mesure, la « procédure participative », c'est-à-dire une transaction entre parties réalisée par l'intermédiaire de leurs avocats. Le décret ne cherche pas à établir de distinction et donne aux deux premières pratiques la même définition : (CPC, art. 1530) « La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent de tout processus structuré, par lequel deux parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide

³³ *Journal officiel de l'Union européenne*, 24 avril 2008, L 136 1-8, sur le site eur-lex.europa.eu

³⁴ *JORF*, 17 nov. 2011, p. 19286 et s., Ordonnance de transposition et rapport au président de la République ; B. GORCHS-GELZER, « Regard critique sur l'ordonnance n° 2011-1540 transposant la directive médiation », *Droit et Procédures*, 2012, n° 1, Chronique, p. 1 à 5. De la même auteure, voir une réflexion d'ensemble sur « La conciliation comme 'enjeu' dans la transformation du système judiciaire », *Droit et société*, 2006, n° 62, p. 223-256.

³⁵ *JORF*, 22 janv. 2012, p. 1280, décret n° 2012-66 relatif au règlement amiable des différends.

La conciliation, la mal-aimée des juges

d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ».

Désormais la conciliation est pleinement reconnue dans tous ses aspects : qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle, elle est gravée sur les tables du code. Que lui reste-il pour se faire enfin aimer des juges ?

Depuis 2003, il existe un réseau dénommé GEMME (Groupement européen de magistrats pour la médiation) dont le président fondateur fut Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation, et qui a beaucoup œuvré pour la transposition en droit français de la directive européenne³⁶. Le site Internet de cette association (www.gemme.eu) comprend depuis peu dans le fonds documentaire de la partie FRANCE une nouvelle rubrique intitulée « conciliation » qui donne accès au guide méthodologique des conciliateurs de justice publié récemment par la direction des services judiciaires du ministère de la Justice. Signe des temps : la conciliation sera-t-elle sauvée de la « désunion » par les TIC³⁷ ?

³⁶ On peut lire les positions du GEMME sur le décret du 20 janvier 2012 dans *Les Annonces de la Seine*, supplément au n° 27 du jeudi 19 avril 2012.

³⁷ Les techniques de l'information et de la communication : information fournie par M. Gilbert Cousteaux, président de chambre à la cour d'appel de Toulouse, membre du GEMME et participant à la gestion du site, que nous remercions.

LES PRUD'HOMMES PECHEURS EN MEDITERRANEE :

par **Bernadette Pierchon-Bédry**,
maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole (CTHDIP)

La prud'homie est une curiosité de la côte méditerranéenne : classé vingt-et-unième beauté de Martigues, décorée par Jean Cocteau à Villefranche-sur-Mer, son « tribunal de pêche » a été aussi immortalisé par un tableau de Jean Dufy à la Ciotat et dans un roman d'Eugène Sue.¹

Au-delà de l'anecdotique, les patrons pêcheurs de la Méditerranée sont des juges qui exercent leurs fonctions dans le cadre de notre organisation judiciaire aux côtés d'autres juges non professionnels, comme les juges consulaires ou encore les prud'hommes terrestres.² Ils forment les trente-trois prud'homies de pêcheurs³ qui s'égrènent de Saint-Cyprien à Menton sans oublier la Corse, perpétuant la tradition fort ancienne qui leur a confié une triple vocation de gestion communautaire de la pêche, de réglementation pour le partage de la mer et de juridiction composant alors un tribunal compétent pour régler les différends survenus entre les patrons pêcheurs.

Certes la population concernée est peu nombreuse, le nombre de jugements rendus sans rapport avec celui des autres juridictions nationales, et les sujets de discorde entre pêcheurs relativement modestes, encore que... Mais l'ancienneté de ces juges prud'homaux et le particularisme de l'institution peuvent nourrir notre réflexion dans le cadre d'un colloque consacré aux désunions de la magistrature au XIX^e et au XX^e siècle. D'autant que l'institution a été vivement critiquée au XIX^e siècle par l'administration et la doctrine avant de subir les attaques d'une campagne de dénigrement dans les années soixante-dix du XX^e siècle.⁴ Depuis plusieurs décennies déjà, sa disparition a été régulièrement annoncée. L'institution ancestrale serait

¹ *Le commandeur de Malte*, 1841.

² Code de l'organisation judiciaire 2012, livre II, titre VI, L261-1 et R 462-1.

³ Les 33 prud'homies de pêche de la côte méditerranéenne française, dans *l'Encre de la mer*, 2012.

⁴ F. FERAL, « La prud'homie des pêcheurs : étude de la mort d'une institution », collection économie et environnement, 1980.

frappée d'une sorte de mort lente⁵ et mon propos pourrait alors se ramener à une lecture prosaïque et désolée d'un acte de décès : celui des juges-pêcheurs, dont la juridiction serait condamnée par l'évolution de la pêche et surtout par la réglementation européenne. Le législateur, un instant inattentif, aurait-il oublié la mise à jour du code et cette juridiction ne serait-elle plus qu'une sorte de « curiosité archaïque » ?

Mais les prud'homies de pêcheurs en Méditerranée ne relèvent pas d'un folklore suranné dont un des seuls vestiges, la fête de la saint Pierre, attesterait encore la vitalité. En effet l'institution résiste au temps même si la juridiction du pêcheur représente une sorte de défi aux règles judiciaires contemporaines.⁶

I - L'ancienneté et le particularisme des prud'hommes pêcheurs

Ces juges ont derrière eux un long passé, certain depuis le moyen âge, et leur institution a depuis longtemps été reconnue et vivement encouragée par la monarchie de l'Ancien Régime qui défendait le pouvoir judiciaire de la communauté des pêcheurs face au tribunal de l'Amirauté à Marseille.⁷

La Révolution glisse sur eux sans vraiment les égratigner : la prud'homie échappe à la législation qui est venue interdire les corporations. Il est vrai que les prud'hommes pêcheurs de Marseille étaient montés à l'Assemblée nationale à l'automne 1790 pour défendre leurs privilèges avec le concours de Mirabeau, assurant l'assemblée de leur patriotisme avec l'appui de quelques espèces sonnantes⁸... Non seulement les prud'hommes de Marseille seront autorisés à poursuivre leur activité dans toutes les fonctions qu'ils exerçaient depuis le XV^e siècle mais encore le modèle est vivement encouragé par un décret-loi des 8-12 décembre 1790 qui autorise la création de ces juridictions dans tous les ports qui en feraient la demande. Ainsi, curieusement, c'est plus d'une dizaine de prud'homies qui dateront de

⁵ N. PEHAU, « Le tribunal de pêche, Les prud'homies de pêcheurs en Méditerranée, le déclin d'une institution », dans *Navires et gens de mer du Moyen-Age à nos jours*, sous la direction de Ph. STURMEL, 2011, p. 233.

⁶ R. REZENTHAL, *Les prud'homies de pêcheurs en Méditerranée : un défi au droit contemporain*, 1983, p. 575 et s.

⁷ A.D., Bouches-du-Rhône, Marseille, 250 E 1- 14 citées par E. TEMPIER, *Mode de régulation de l'effort de pêche et rôle des prud'homies. Les cas de Marseille, Martigues et le Brusc*, étude pour l'IFREMER, p. 8 ; O. LAPIERRE, *Les prud'hommes pêcheurs marseillais de leur origine à la Révolution*, Aix, 1989.

⁸ MAVIDAL et LAURENS, *Archives Parlementaires*, séance du 28 octobre 1790, t. XXI ; Discours de Mirabeau à l'Assemblée constituante, *Moniteur Officiel*, 1790, 30 octobre 1790, p. 1254.

Les prudhommes pêcheurs en Méditerranée

l'époque révolutionnaire et qui ont essaimé sur le littoral méditerranéen en se référant au modèle marseillais.⁹ Un instant mise en cause au Conseil des cinq cents¹⁰, l'institution sera maintenue¹¹ et se développe même si au temps de Louis XVIII subsistent quelques zones d'ombre.¹² Mais c'est le décret du 9 novembre 1859, portant règlement sur la pêche maritime côtière dans le cinquième arrondissement maritime (arrondissement de Toulon), plusieurs fois remanié¹³, qui donne à la prud'homie son cadre juridique moderne.

Pour remplir leur mission, les juges-pêcheurs siègent dans un « tribunal de pêche » qui se compose de trois juges, élus par les patrons pêcheurs titulaires d'« un rôle d'équipage » ayant « exercé leur profession pendant un an dans la circonscription de la prud'homie à laquelle ils demandent à appartenir ».¹⁴ Les juges, hommes « mûrs » -l'âge de quarante ans- est requis- sont choisis surtout pour leur compétence professionnelle garantie par l'exercice du métier en tant que patron pêcheur depuis cinq ans. Le charisme et le dévouement à l'institution motivent toujours aujourd'hui l'élection.¹⁵ A l'origine, la possession d'une barque et l'exercice du métier étaient les seules exigences, la qualité de Français ne sera imposée qu'en 1927.

Le premier prud'homme préside le tribunal. Il est assisté dans sa tâche par d'autres prud'hommes dont le nombre varie selon l'importance de la prud'homie. La fonction est honorifique mais non dénuée de danger parfois.

⁹ P.E.-M. COURRONAT, *De la juridiction du prud'homme pêcheur de la Méditerranée*, Toulouse, 1904, p. 5-6.

¹⁰ L. DOYNEL, « Les prud'homies de patrons pêcheurs de Méditerranée », dans *Revue maritime et coloniale*, p. 28-31.

¹¹ Arrêté des Consuls n° 750 du 23 messidor an 9 relatif à la juridiction des prud'hommes pêcheurs du quartier maritime de Martigues ; arrêté n° 751, même date, portant établissement de prud'hommes pêcheurs à Saint-Laurent, Bages, et Leucate. *Recueil des lois de la République française concernant l'ordre judiciaire depuis 1790*, J.P. Croisilhes, 1798-1808, p. 314.

¹² *Mémoire adressé par MM. Les Prud'hommes Pêcheurs de Toulon à sa Majesté Louis XVIII*, rédigé par A.J.-L. COLLE, avocat en la Cour Royale d'Aix, in 4°, Toulon, 1816.

¹³ Notamment par les décrets du 20 octobre 1871, 10 novembre 1914, 2 octobre 1927, 21 juin 1933, 10 mars 1936 ; l'ordonnance du 14 août 1945, portant sur la réorganisation des pêches maritimes, confirme dans son article 23 les attributions des prud'homies ; décret du 9 janvier 1953 ; décret 90-95 du 25 janvier 1990 ; décret 2000-73 du 22 mars 2000.

¹⁴ Décret du 19 novembre 1859, portant règlement sur la pêche maritime côtière dans le cinquième arrondissement maritime, article 4 « Prud'homie ».

¹⁵ L. PATANIA et J. GUILLAUME, *Histoire des prud'homies de pêche varoise de leurs origines à nos jours*, 2002, p. 66.

Le milieu est rude et les personnalités affirmées : le premier prud'homme de Gruissan en 1982 sera violemment injurié et giflé par la mère d'un jeune pêcheur excédée par l'interdiction d'une pêche aux crevettes!¹⁶ Le prud'homme ainsi attaqué mettra dans la balance son honneur et son autorité en menaçant de démissionner. La menace est souvent brandie d'ailleurs dans les moments difficiles.

Les opérations électorales ont lieu traditionnellement en décembre au moment de la fête de Noël. L'élection se déroule, tous les trois ans, à bulletin secret, dans le local de la communauté des pêcheurs en présence d'un représentant des Affaires maritimes, autorité de tutelle de l'institution et sous le regard de Saint-Pierre. Mais pendant longtemps l'élection des prud'hommes se fit « à haute voix » et à main levée « car tel donnerait son suffrage par la voix cachée du scrutin à un homme mal famé, qui n'oserait pas le nommer, ni le proposer à haute voix, dans la crainte de se déshonorer »¹⁷. La majorité absolue des voix est requise au premier tour. Indéfiniment rééligibles, ces juges -qui ne sont pas des magistrats- ont constitué de véritables dynasties locales, parfois même comme à Menton les prud'hommes choisissaient encore leurs successeurs au XIX^e siècle¹⁸.

Élus, ils prêteront un double serment -ce qui est original- : le premier, devant le juge de paix au XIX^e siècle, depuis 1958, devant le tribunal d'instance, et le second, devant leur autorité de tutelle : l'administrateur des Affaires maritimes, hier administrateur de l'Inscription maritime.¹⁹ Et ils seront, ensuite, nommés par l'administration...

¹⁶ F. MARTY, *La prud'homie des pêcheurs de Gruissan, Aude : concept et pratique de la prud'homie au travers d'archives*, 2002, non paginée.

¹⁷ O. VERNIER, « Les prud'homies de pêches sur le littoral méditerranéen aux XIX^e et XX^e siècle : les prémices du droit contemporain de la mer », dans *Les activités littorales*, Comité des travaux historiques et scientifiques, 2002, p. 64.

¹⁸ O. VERNIER, *Une juridiction singulière entre archaïsme et modernité : la prud'homie de pêche. L'exemple de Menton*. Actes de la journée d'étude régionale de la SAHM, 9 octobre 1999, volume 3.

¹⁹ Le serment fut un temps aussi, politique : à Gruissan où les événements parisiens n'ont pas encore trouvé d'écho le serment des prud'hommes pêcheurs se fait le 12 août 1792 sur les Evangiles, chacun jurant fidélité « à la nation, à la loi, au Roy » ; la formule est modifiée l'année suivante et en 1796, le prud'homme pêcheur devra promettre de se comporter « en franc républicain ». M.R. TAUSSAC, « Modes et usages pendant la Révolution », dans *Gruissan Autrefois*, n° 006 juillet 1989. Dès 1791, le serment des prud'hommes de Toulon les engage nettement dans la fidélité à la nation : « Je jure... d'être fidèle à la nation et de verser jusqu'à la dernière goutte de mon sang pour le salut de l'Etat » cité par L. PATANIA, déjà cité, p. 217.

Les prudhommes pêcheurs en Méditerranée

La juridiction des prud'hommes pêcheurs est une juridiction collégiale, et « professionnelle » ce qui s'explique -aujourd'hui comme hier- par la nécessité de connaître sérieusement toutes les techniques d'un métier, pratiqué de manière très artisanale²⁰. Les juges pêcheurs ont, en effet, une compétence exclusive pour connaître « de tous les différends entre pêcheurs, survenus à l'occasion de fait de la pêche, manœuvres et dispositions qui s'y rattachent, dans l'étendue de leur juridiction. » Seuls les patrons pêcheurs relèvent de leur juridiction et donc ont le privilège d'être jugés par d'autres pêcheurs dans le cadre de leur activité professionnelle.

La juridiction des prud'hommes est une juridiction purement civile.²¹ Les « faits de pêche » sont des événements souvent bien modestes : usurpation de la place en mer dévolue à un autre pêcheur par le tirage au sort, violation du tour de rôle, ou encore comportement « indélicat » : ainsi, le fait d'effrayer le poisson dans des parages réservés à un autre pêcheur, ce qui rend ainsi la pêche infructueuse...²² Les manœuvres employées par les pêcheurs peuvent être aussi sanctionnées : le tribunal est alors compétent pour connaître des pêches effectuées en dehors des zones autorisées, à des heures interdites, en temps prohibé, ou encore des manœuvres maladroites qui déchirent des filets, que ce soit par inadvertance ou par jalousie...

Enfin les prud'hommes auront aussi à juger des différends qui mettent en cause des « dispositions » se rattachant à la pêche, dispositions largement entendues : il s'agit des règles -bien souvent coutumières et immémoriales- qui gèrent la pratique de la pêche artisanale côtière dans l'étendue de la circonscription prud'homale : ce sont les règlements prud'homaux qui définissent l'utilisation d'une multitude d'engins de pêche que l'on appelle « des petits métiers », héritage de pratiques séculaires. Ainsi la prud'homie se fait-elle juge de l'application des règlements dont elle est l'auteur.

Quant à l'étendue de la juridiction prud'homale, elle a une double limite : elle correspond à la souveraineté de l'État sur les côtes françaises en

²⁰ G. MARCEILLE, *Les prud'hommes pêcheurs en Méditerranée*, Toulouse, 1919, p. 166-167.

²¹ Le décret-loi du 9 janvier 1852 sur la pêche côtière a, en effet, transféré l'important pouvoir répressif des prud'homies aux tribunaux correctionnels. Jusque-là les prud'hommes pouvaient punir les auteurs des infractions aux règlements de pêche émanant de l'autorité publique. P.-E. COURONNAT, *De la juridiction des prud'hommes-pêcheurs de la Méditerranée*, 1904, p. 22.

²² P.-E. COURONNAT, déjà cité p. 26 ; G. MARCEILLE, déjà cité, p. 119.

mer : fixée d'abord à trois miles marins puis à douze miles ; sur terre, la limite de juridiction est réglée par la longueur des côtes.²³

La procédure devant le tribunal de pêche a été perçue comme « une anomalie juridique »²⁴ : elle a toujours été exempte de tout formalisme et elle est gratuite. Primitivement l'audience avait lieu le dimanche après convocation à huitaine pour éviter la perte d'une journée de travail et dans un souci de rapidité. Toute la procédure est orale et il n'y a pas de ministère public. Au XIX^e siècle les jugements ont souvent été rendus dans le parler local –provençal ou catalan- et à la fin du siècle encore, les patrons pêcheurs n'accepteront pas l'obligation de savoir lire et écrire, exigée pour le premier prud'homme, craignant sans doute que la présidence du tribunal de pêche ne soit alors réservée aux seuls pêcheurs lettrés.²⁵ Ils refuseront d'ailleurs la mise par écrit de leur règlement considérant qu'ils étaient inscrits « dans la mémoire collective ».²⁶

Une question essentielle se pose aux juges pêcheurs : celle de la preuve pour ces faits qui ont eu pour seuls témoins, le ciel et la mer... La recherche de la responsabilité est en effet délicate : la mer laissera peu de traces, et si elle abrite le coupable, elle donne aussi peu de place aux témoins. Les prud'hommes doivent savoir si le pêcheur poursuivi a commis une faute professionnelle : « c'est cette notion de faute qui est au cœur de la décision du tribunal »²⁷ et pour la définir, les juges se réfèrent aux usages et aux règles adoptées pour le partage de la mer. Or, non seulement ces innombrables règles coutumières n'ont bien souvent pas été codifiées mais elles sont surtout « incodifiables » ! La réponse des prud'hommes est donc extrêmement technique et rarement contestée d'ailleurs²⁸. Ainsi la prud'homie des pêcheurs a des privilèges qui en font une sorte

²³ S. MABILE, *L'institution prud'homale en Méditerranée, analyse juridique*, 2007, p. 8.

²⁴ O. QUARANTE, « Sur le pont, avec les prud'homies de pêcheurs », dans *Profession Avocat Le Magazine*, n° 21, 1^{er} mai 2011.

²⁵ Délibération du 2 mars 1882 des Prud'hommes de Bandol, dans L. PATANIA, déjà cité, p. 15-16.

²⁶ F. ESCARD, *Corporation et prud'homie des pêcheurs de Martigues*, Paris, 1910 p. 56.

²⁷ F. FERAL, *Un hiatus dans l'administration et la politique des pêches maritimes : les prud'homies de pêcheurs de Méditerranée*, 1987, Poitiers, t. 34, numéro 133-135, p. 360.

²⁸ L'adage : « qué touto barbo d'homé calé, lou prud'hommé va parlar » traduisait au XIX^e siècle encore cette autorité naturelle, F. ESCARD, *Corporation et prud'homie des pêcheurs de Martigues*, Paris, 1896 p. 5.

Les prudhommes pêcheurs en Méditerranée

d' « anomalie juridique » : juridiction, elle est aussi créatrice de droit, mais encore elle s'est fait juge du droit qu'elle a créé, c'est dire la confusion des pouvoirs !

La faute peut aussi venir de la pratique anormale du métier : un engin a-t-il été bien « calé » selon les dispositions du site, de la météorologie, ou encore du courant ? Les précautions nécessaires ont-elles été prises pour le signalement de l'engin de pêche et si le filet a dérivé, la fixation prévue avait-elle été suffisante ? A ce pêcheur dont la barque avait été entraînée dans les filets d'une barque concurrente, alléguant pour sa défense avoir été surpris par un grain, le tribunal répondra qu'il aurait dû prévoir et « carguer la voile » ou « mettre à la cape » expressions techniques dont le sens échapperait à un juge « profane ». Mais la coïncidence entre l'infraction et une faute professionnelle n'est pas pour autant systématique.²⁹

Si plaignants et accusés exposent librement leur désaccord en revanche ils ne peuvent avoir recours aux avocats, « ces intermédiaires louches, à ces courtiers marron guettant les différends et toujours prêts » eux, « à pêcher en eaux troubles »³⁰ : jugement sans appel...

La procédure utilisée par les juges pêcheurs est donc très dérogatoire au droit commun d'autant que, si les jugements sont rendus sans formalisme aucun, ils ne sont susceptibles d'aucune voie de recours : il y a ni appel ni cassation (article 17 du décret de 1859). En revanche, les juges peuvent être pris à partie pour dol ou fraude mais cela est rarement arrivé. Toutes les tentatives d'appel contre les jugements des tribunaux de pêche seront vouées à l'échec : la jurisprudence est constante³¹. Par ailleurs l'absence d'écrits a permis aussi de dire en cas de différends que le jugement n'existait pas...³²

Quant aux sentences prononcées, elles seront plus ou moins sévères : amendes dont le taux reste cependant bien inférieur à celui des condamnations correctionnelles, et dans le pire des cas, la confiscation de la barque et des engins de pêche. Les décisions des juges pêcheurs sont parfois cocasses et la sentence prend alors des allures d'un jugement de Salomon : ainsi ces juges convaincus de la bonne foi d'un pêcheur dont la barque avait détruit les filets, et surtout de son incapacité à indemniser le propriétaire des filets détruits, décideront que l'indemnisation serait à la charge de tous les

²⁹ P.-E. COURONNAT, déjà cité, p. 59.

³⁰ F. ESCARD, déjà cité, p. 9.

³¹ Cour de cassation, 13 juillet 1947, *Dalloz*, 1847, I, 243. Arrêt de la cour d'appel de Montpellier, 3 avril 1856, *Dalloz*, 1857, 2, 3.

³² Ainsi dans l'affaire Galliffet, G. MARCEILLE, *Les prud'hommes pêcheurs de la Méditerranée*, Collioure, 1919, p. 99.

patrons pêcheurs qui... s'exécutèrent sans murmurer! D'autres prud'hommes laisseront en blanc la nature des sanctions en attendant les preuves du « délit »...³³ La sévérité des jugements est plus ou moins marquée selon les tribunaux et les époques.³⁴ Ainsi les sanctions vont de modestes sommes représentant le prix du « bruit » ou celui de la pêche à la dorade prohibée, à de lourdes amendes prononcées contre des chalutiers venus pêcher dans des zones interdites³⁵ qui s'exécutent ou ailleurs, ne se présentent pas...

Mais les sanctions infligées par les prud'hommes pêcheurs pour violation des règlements ne faisaient pas échec à celles encourues devant les juridictions répressives et le pêcheur malin qui soutenait ainsi avoir déjà été jugé par le tribunal de pêche se voyait tout de même condamné par un tribunal correctionnel; les juges prud'hommes délinquants eux-même n'échappèrent pas à la juridiction répressive.³⁶

Le juge prud'homal est enfin chargé de l'exécution de ses propres sentences et il bénéficie jusqu'au XX^e siècle de la force publique. Que d'éléments dérogatoires et de pouvoirs exorbitants!

Rendre compte de l'activité jurisprudentielle de ces tribunaux de pêche est une tâche délicate: bien des conflits se sont réglés par la voie de la conciliation et il y a eu peu de jugement par rapport au nombre de citations déposées devant les quelque quatre-vingt prud'homies qui fonctionnent au XIX^e et au XX^e siècle.³⁷ Le tribunal de pêche de Bastia a rendu en 1900 une vingtaine de jugements pour les deux cent citations déposées. Entre 1900 et 1914 la prud'homie de Marseille prononce quinze jugements et celle de Cette à peine une dizaine.³⁸ A Martigues les juges pêcheurs ont été plus actifs: cent cinquante jugements par an en moyenne pour le XIX^e siècle.³⁹

Ce rôle, relativement modeste, a cependant été vivement critiqué par les magistrats professionnels comme en témoignent les propos tenus en 1847 par un avocat général devant la chambre criminelle de la Cour de cassation:

³³ PV de la séance de Bandol Tribunal de pêche de 14 juin 1918, dans L. PATANIA, déjà cité, p. 9.

³⁴ G. SOREL dans *Réflexions sur la violence*, 1908, écrira p. 72: « J'ai vu les prud'hommes pêcheurs accabler d'amendes pour de prétendues contraventions, les marins italiens qui venaient leur faire concurrence ».

³⁵ L. PATANIA, déjà cité, p. 18.

³⁶ P.-E. COURONNAT, déjà cité, p. 55.

³⁷ F. FERAL, *La prud'homie des pêcheurs de Palavas*, 1980, p. 82.

³⁸ G. MARCEILLE, déjà cité, p. 121-122.

³⁹ F. ESCARD, déjà cité, p. 10.

Les prudhommes pêcheurs en Méditerranée

il se scandalise de cette juridiction « si peu conforme aux règles de la législation »⁴⁰ qui a causé -dit-il- bien des difficultés.

L'absence de recours et une procédure peu conforme aux règles ordinaires avaient en effet rendu cette juridiction suspecte : dès 1806 le pouvoir répressif des juges prud'hommes avait été attaqué⁴¹ par une série de circulaires ministérielles venant rappeler que les tribunaux correctionnels avaient seuls compétence pour juger des délits et des contraventions en matière de pêche⁴². Il y a eu là une démarche « systématique » visant enlever aux tribunaux de pêche le pouvoir répressif et ce, bien avant le décret du 9 janvier 1852 qui a rendu cette dépossession effective. La Cour de cassation analysera d'ailleurs en 1836 les condamnations prononcées par les tribunaux de pêche comme des mesures « purement disciplinaires »⁴³. Le ministre de la Marine de 1852⁴⁴ est aussi très sévère vis-à-vis des prud'hommes à qui il reproche leur partialité, leur esprit d'indépendance, rejoignant ainsi la sévérité dont faisait déjà preuve Turgot en 1774 et Varlin, commentateur de l'ordonnance de la marine de 1681.

Un congrès international de la pêche tenue à Marseille en 1893 verra dans les prud'homies « de petits états dans l'État » aux pouvoirs exorbitants. Un avocat toulousain soutiendra dans sa thèse de doctorat : « c'est une juridiction qui fait tache dans notre organisation »... pour déplorer qu'« on ne peut leur accorder ni la comparer à aucune de nos institutions modernes »⁴⁵.

L'administration cherchera aussi à marginaliser le pouvoir réglementaire de ceux qui étaient à la fois administrateurs et juges, en le limitant au droit de « prévenir les rixes, dommages ou accidents » or, c'est sur la base de ces règlements que se fondait l'interprétation des différends survenus entre pêcheurs. Dans la même logique, le Conseil d'État refusera

⁴⁰ Nicias GAILLARD, Aix, 19 juin 1847, « De la juridiction des prud'hommes pêcheurs », *Journal des avoués*, deuxième série, 1847, p. 506-512.

⁴¹ L. DOYNEL, déjà cité, p. 21.

⁴² F. FERAL, « Un phénomène de décentralisation contestée », déjà cité, p. 100 et s.

⁴³ Les condamnations prononcées par les juridictions prud'homales sont en général très inférieures aux amendes dont seraient passibles les mêmes infractions devant les tribunaux correctionnels : le délit de pêche au « gangui » fixé à 300 frs. devant les juridictions répressives, est puni de trois francs par le tribunal de pêche.

⁴⁴ Dépêche ministérielle du 5 juin 1852 : « les prud'homies ont été pour le département de la marine la cause de nombreuses difficultés ; conservant toujours des prétentions à une complète indépendance... » Cité par F. FERAL, « Un hiatus... » déjà cité, p. 104.

⁴⁵ P.-E. COURONNAT, déjà cité, p. 60.

dans un avis du 11 mars 1921, d'imposer aux patrons de chalutiers l'adhésion à la prud'homie ce qui pouvait les faire ainsi échapper à la juridiction prud'homale.⁴⁶

Plus radicale encore, la suppression pure et simple des juges-pêcheurs a été envisagée en 1962 par le ministre des Travaux publics et des Transports ; « les dispositions contenues dans le décret de 1859 (n'avaient) pas à proprement parler un caractère normatif ». Les pouvoirs juridictionnels du tribunal de pêche n'ayant à ses yeux « aucun fondement légal... rien ne ferait obstacle à ce que les dispositions du décret de 1859 se voient modifiées dans le sens de la suppression de leurs attributions... ».⁴⁷ C'était, il est vrai, l'époque où entre 1962 et 1981 pêcheurs artisans et chalutiers, venus d'Algérie, se livraient la guerre pour le partage de la mer.⁴⁸

Le tribunal de pêche a survécu à ces persécutions, aux critiques d'une justice expéditive qui méconnaîtrait le principe de la séparation des pouvoirs, et d'une juridiction dont l'entrée est interdite à l'avocat.⁴⁹

II - Le tribunal de pêche aujourd'hui

Quelques cent dix prud'hommes pêcheurs élus ou réélus lors du renouvellement de 2011 à la date traditionnelle du mois de décembre, pourront être appelés à siéger au tribunal de pêche de leur ressort.⁵⁰

Sans doute depuis deux ou trois décennies, les tribunaux de pêche ne se sont-ils réunis qu'exceptionnellement et les derniers jugements pour certains d'entre eux remontent aux années quatre-vingt dix ou même quatre-vingt. Cette situation est liée à la forte diminution du nombre des pêcheurs professionnels qui a été générale en Méditerranée : à titre d'exemple, à la Ciotat quatre-vingt barques sont actives à la fin du XIX^e siècle, il y en aura une cinquantaine dans les années soixante et aujourd'hui la prud'homie des

⁴⁶ L'attitude des prud'homies ne sera pas uniforme ; certaines accepteront les patrons de chalutiers ; d'autres seront même totalement contrôlée par les chalutiers, ce qui ne manque pas de soulever encore des réactions mitigées chez les pêcheurs dont la majorité exerce de manière très artisanale : une ou deux barques dont le gabarit n'a rien à voir avec la flotte des grands chalutiers comme à Sète par exemple.

⁴⁷ Avis du Conseil d'État du 6 février 1962, dans *Gazette du Palais*, premier semestre 1962, p. 152.

⁴⁸ F. MARTY, déjà cité, non paginé.

⁴⁹ Curieusement le rôle de l'avocat est parfois tenu par un prud'homme...

⁵⁰ Décision du directeur interrégional de la mer Méditerranée portant désignation des prud'hommes pêcheurs en Méditerranée, 24 janvier 2012, n° 34/2012.

Les prudhommes pêcheurs en Méditerranée

pêcheurs compte une petite vingtaine de membres.⁵¹ La prud'homie de Gruissan dans l'Aude comptait encore quatre-vingt pêcheurs à la fin du XX^e siècle, réduits à une trentaine depuis 2003. Ce phénomène est si général qu'une enquête lancée en 2001 par l'administration pour connaître le nombre du jugement a été interrompue... par crainte de dénoncer l'inutilité des tribunaux de pêche ?...

L'Europe est venue en 2008 perturber encore le cours des choses et a refusé aux tribunaux de pêche la qualité d'institution judiciaire au sens du traité européen⁵². Statuant sur un recours préjudiciel de la prud'homie de Martigues, la Cour européenne s'est déclarée incompétente. Le différend portait sur l'utilisation d'engins de pêche qualifiée de « thonaille » par des navires de pêche immatriculés au quartier des affaires maritimes de Martigues. L'un des protagonistes soutenait que cet engin faisait partie des filets interdits par la réglementation de l'Europe. Pour se déclarer incompétente la Cour clouait au pilori l'absence -prétendue- d'autonomie des juridictions de pêcheurs et dans sa décision elle a surtout souligné l'importance de la tutelle des affaires maritimes sur les prud'homies. Il est vrai que l'article 26 du décret de 1859 a ouvert la porte du tribunal à l'administration maritime lorsqu'elle le jugeait nécessaire. Le représentant de l'administrateur peut donc assister aux séances du tribunal de pêche afin de s'assurer que l'audience se déroule dans des conditions normales. La Cour soulevait également dans le même sens la question du serment prévu par le décret de 1859 : « Je jure de remplir avec fidélité les fonctions de prud'hommes pêcheurs et de faire exécuter ponctuellement les règlements relatifs à la pêche côtière, de me conformer aux ordres qui me seront donnés par mes supérieurs... » Si ce premier serment pouvait, en effet, laisser à penser que le juge prud'homal devait se conformer à des ordres, l'article 16 du même décret organisait en des termes différents le serment prêté devant l'administrateur : « Je jure de remplir avec conscience et loyauté les fonctions de prud'hommes pêcheurs ». Il est vrai aussi que les prud'hommes pêcheurs aux termes de l'article 22, toujours du même décret, peuvent être révoqués de leurs fonctions par le directeur des Affaires maritimes après une enquête préalable diligentée par cette même administration. Pour couronner le tout, la dissolution même de la prud'homie peut être prononcée par le ministre chargé de la marine marchande sur proposition du directeur des affaires maritimes. Enfin, la Cour européenne stigmatisait pour justifier sa décision

⁵¹ P.-E. COURONNAT, déjà cité, p. 74.

⁵² Ordonnance de la première chambre de la Cour des Communautés, 14 mai 2008, affaire C109/07, *Recueil de jurisprudence*, 2008 p. I-03503.

l'article 24 du décret fondateur aux termes duquel les prud'hommes délibèrent « secrètement ».

Malgré ces différents procès d'intention, la réalité est autre...

Loin de tout formalisme, les prud'hommes pêcheurs ont en effet voulu régler les différends en dehors du prétoire fut-il de la pêche, sur le terrain, sur le port dans des échanges verbaux et non conventionnels⁵³. Ils ont voulu emprunter la voie de la conciliation, retrouvant un rôle d'arbitre qui juge en fonction des circonstances et des hommes, qui était celui de leurs lointains ancêtres avant même la création des communautés de métier. Les patrons pêcheurs connaissent les règlements prud'homaux et ont intérêt à respecter leur autorité. Tout se sait vite dans le monde de la mer et gare au pêcheur « indélicat ». Par ailleurs les juges prud'homaux n'ont plus voulu rendre solennellement la justice de leur profession par peur de « représailles » venues de ce milieu assez fermé. Certes, ils n'en siégeaient plus que rarement sous la forme d'un tribunal... Leurs robes et leurs toques de juge empruntées aux magistrats de l'ordre judiciaire ont depuis longtemps été rangées dans les armoires de la prud'homie et ne ressortent que le 29 juin. Une certaine perte de motivation aussi, a frappé -un temps- les rangs prud'homaux.

La crise et le déclin des juridictions prud'homales ne sont pas venus de leur particularisme mais bien davantage de l'évolution même de la pêche et de la diminution du nombre des pêcheurs en Méditerranée. Cette situation a été tout particulièrement liée à l'affrontement de deux conceptions économiques de la pêche, radicalement opposées : pêche artisanale et pêche industrielle. Les prud'hommes pêcheurs sont devenus, par nécessité, des organismes de résistance qui, plus que des juges, militent pour une pêche durable et responsable dont la règle d'or est « le partage des métiers de la mer ».⁵⁴

On comprend dès lors que leur activité judiciaire ne soit ni publique ni formaliste. Les prud'hommes empruntent, aujourd'hui comme hier, des voies peu conventionnelles, réglant au quotidien, près des bateaux, les difficultés qui pourraient surgir entre patrons pêcheurs et non plus au sein des tribunaux. Il y a eu comme une sorte de « déjudiciarisation » des conflits.

⁵³ A. Sebaoun, premier prud'homme de Bandol, 2001, dans L. PATANIA, déjà cité, p. 39.

⁵⁴ E. TEMPLIER, *L'encre de la mer*, n° 24-25, 2007.

Les prudhommes pêcheurs en Méditerranée

Mais la mort annoncée n'a pas frappé : depuis le printemps de 2009⁵⁵, quelques signes de réveil se manifestent sur les côtes méditerranéennes et après des années de demi-sommeil les marins se réunissent à nouveau en tribunal. On voit arriver aujourd'hui dans les prud'homies une autre génération d'hommes, jeunes, qui ne baissent pas les bras. Le premier prud'homme de Martigues récemment élu est un jeune patron pêcheur de 35 ans.⁵⁶ On retrouve la même jeunesse à Saint-Raphaël. Un renouveau semble aussi se dessiner dans les bases : les pêcheurs inscrits à la prud'homme de Valras ont moins de 38 ans. Et la prud'homie pourrait alors retrouver son rôle juridictionnel puisque les jeunes générations auront à connaître les règlements prud'homaux.

Un tribunal de pêche qui certes, fait toujours partie du patrimoine culturel, mais qui entend aussi montrer sa pérennité. Les prud'hommes de Cassis ont ainsi organisé la visite de leur tribunal de pêche dans le cadre des Journées du Patrimoine exposant un objet venu du XIX^e siècle, sorte de boîte trouées de tiroirs : l'« urne » qui servait à recueillir le vote des prud'hommes au moment de l'élection. La statue de saint Pierre, statue polychrome de la fin du XVII^e siècle, classée monument historique trône toujours à la prud'homie, à Cassis, comme ailleurs.

La juridiction prud'homale semble d'ailleurs aujourd'hui et, par un curieux retour des choses, confirmée, si ce n'est encouragée par l'administration elle-même. Elle peut désormais naviguer sur des eaux plus calmes, tout au moins au niveau étatique : la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche n'a pas eu pour effet la mise à l'écart de l'institution. A l'automne 2010, le ministre est venu rappeler que « les prud'homies continueront à exercer l'ensemble de leurs compétences dans le cadre des textes fondateurs qui ne seront pas modifiés par la loi du 27 juillet 2010 »⁵⁷, ajoutant que la défense des activités artisanales dans la proche bande côtière restait « une priorité pour la France ».

Par ailleurs, il semble, malgré la décision européenne, que le régime juridique de ce curieux tribunal soit un régime « euro-compatible ». Il est en effet fondé sur le respect des personnes et le respect des générations futures : c'est un sens collectif pour une pêche écologique qui est le maître mot des

⁵⁵ « Pêche : quel avenir pour les prud'homies ? », *Vent du Sud*, numéro 28, 2009.

⁵⁶ *Journal le Marin*, 23 décembre 2011.

⁵⁷ *J.O.*, 7 septembre 2010.

prud'homies⁵⁸. La doctrine reconnaît aussi la souplesse réglementaire de cette profession : « les règlements prud'homiaux peuvent être modifiés ou complétés quasi en instantané, par décision du conseil des prud'hommes ou par l'assemblée générale de la prud'homie. Cette souplesse réglementaire permet de régler rapidement les sources de conflits »⁵⁹. Certains soulignent aussi leur caractère moderne : « En dépit de leur image vieillotte, les prud'hommes de pêcheurs en Méditerranée et leurs principes juridiques ou économiques, écologiques et compatibles avec le droit européen ouvrent toutes les facettes d'une institution résolument moderne »⁶⁰.

La crise aidant, il reste à souhaiter que les prud'hommes récemment élus relèvent le défi de leur adaptation juridique et économique au XXI^e siècle dans le contexte cependant très délicat de la législation européenne. Le croisement des réglementations européennes, régionales et nationales est venu en effet complexifier à l'envi ce secteur dont les protagonistes restent inquiets : « Pourquoi cet acharnement de la commission contre la petite pêche côtière méditerranéenne » s'interroge un des leurs.⁶¹ Les juges de cette institution si originale, venue des temps presque immémoriaux, continuent à tenir la barre dans une logique résolument moderne, une logique environnementale et humaine, celle du partage des richesses de la mer. Logique dont ils entendent assurer la réalisation par le biais de leur juridiction dont la vocation reste incontestée.

⁵⁸ « Un sens collectif pour une pêche écologique ». Avec François MARTY et Iro GAUMER, prud'hommes pêcheurs à Gruissan, dans *Encre de la Mer*, 2008, p. 18-19.

⁵⁹ A propos des règlements de Saint-Raphaël dans S. MABILE, ouvr. cité, p. 3.

⁶⁰ O. QUARANTE, « Sur le pont, avec les prud'homies de pêcheurs », *Profession Avocat le Magazine*, numéro 21, 11 mai 2011.

⁶¹ D. RANC, *Lettre d'information trimestrielle du collectif pêche et développement*, numéros 93-94, troisième-quatrième trimestre de 2011.

QUATRIEME PARTIE
L'UNITE DU CORPS : A L'EPREUVE DES STRUCTURES

LES MAGISTRATS FORMÉS A L'ÉCOLE COLONIALE : UN ORDRE A PART DE LA MAGISTRATURE

par **Adrien Blazy,**
docteur en droit de l'Université Toulouse I Capitole (CTHDIP)

L'École coloniale fut créée en 1885, à l'initiative d'Auguste Pavie, à qui l'on doit notamment la mise en place du protectorat français sur le Laos. Elle s'appelait alors l'École cambodgienne et avait pour vocation de former des cadres pour l'administration indigène du protectorat du Cambodge. Elle devient l'École coloniale en 1889 et se fixe pour objectif de donner une formation complémentaire aux administrateurs et aux magistrats coloniaux.

En 1905, une section magistrature est créée, permettant ainsi de former des magistrats coloniaux dont les connaissances seraient en phase avec les besoins de la justice coloniale. Si, dès 1912, l'École coloniale obtint le monopole de la formation des administrateurs coloniaux, ce n'est pas le cas des magistrats qui peuvent être recrutés parmi ceux servant en métropole. En 1934, L'École prend le nom d'École nationale de la France d'Outre-mer (ENFOM) qui lui restera jusqu'à sa disparition en 1960, la dernière promotion ayant été acceptée en 1958.

Le nombre de magistrats formés à l'École coloniale peut sembler bien dérisoire : de 1889 à 1958, à peine 299 étudiants s'y inscrivirent. Si l'on tient compte des 21 abandons et des 12 échecs aux examens, ce sont seulement 266 élèves qui exercèrent des fonctions judiciaires outre-mer. Ainsi, sur la période allant de 1892 (date d'entrée en fonction du premier magistrat breveté) à 1961 (entrée en fonction de la promotion de 1958) les magistrats formés à l'École coloniale représentent 1 % du nombre total de magistrats ayant officié (266/24 820)¹.

Ce chiffre est cependant à nuancer selon les périodes. Entre l'ouverture de l'École et la création de la section magistrature, seulement 24 élèves s'y

¹ J. CLAUZEL, « La formation à l'ENFOM », dans J. CLAUZEL (dir.), *La France d'outre-mer (1930-1960), témoignages d'administrateurs et de magistrats*, Paris : Editions Khartala, 2003, p. 37-69. On pourra également se référer à J.-C. FARCY, *Annuaire rétrospectif de la magistrature, XIX^e et XX^e siècles*, base de données consultable sur Internet, <http://tristan.u-bourgogne.fr:8080/index.html>.

inscrivent ; entre 1905 et 1944, ils ne sont guère plus nombreux : 84. C'est à partir de la fin de la seconde guerre mondiale que l'on voit la fréquentation de l'École s'élever puisqu'ils sont 193 à y être formés entre 1945 et 1958. Cette hausse soudaine s'explique par les remaniements de la justice coloniale qui s'opèrent en 1946 suite à la conférence de Brazzaville. Ainsi, le volet pénal cesse d'être confié aux administrateurs pour être transféré aux magistrats. Mais elle s'explique également par le fait qu'un grand nombre de jeunes gens, ayant traversé les privations et le climat tendu de la société française sous l'Occupation, se montre désireux de quitter la métropole afin de chercher de meilleurs horizons tout en servant la France.

Les motivations des élèves magistrats de l'École coloniale sont avant tout à placer sous le signe de la vocation. Il y a en effet chez eux la volonté constante de servir outre-mer, ce qui n'est pas nécessairement le cas des autres magistrats coloniaux parfois envoyés dans l'Empire par une chancellerie désireuse d'éloigner certains éléments indésirables². Néanmoins, à partir de 1945, et probablement même dès l'entre deux guerres, la vocation ultra-marine semble être partagée par la majorité des magistrats coloniaux qu'ils soient issus de l'École ou non³.

A priori, l'existence même d'une offre alternative de formation permettant d'intégrer la magistrature semble pouvoir être un vecteur de désunions. Comment ces magistrats, formés par un organisme spécifique, furent-ils accueillis par leurs collègues coloniaux ? Furent-ils à la hauteur de la réputation d'excellence que l'on attribuait à l'École coloniale ? Le fait d'être issus de cette École leur permit-il de créer des liens particuliers ? Et lors du retour en métropole à la suite des décolonisations, lorsque la magistrature traversa une période de désunion cristallisée autour de la place à accorder aux magistrats d'Outre-mer, quelles furent les réactions des anciens élèves de l'ENFOM ? En somme, il s'agit de comprendre si ces magistrats formaient un ordre à part au sein de la magistrature, si de cette position naquirent des désunions et comment ils firent face à celles qu'ils traversèrent.

² J.-P. ROYER, R. MARTINAGE & P. LECOCQ, *Juges et notables au XIX^e siècle*, Paris : Presses universitaires de France, 1982, p. 233-242.

³ Une enquête menée en 1985 auprès de magistrats ayant servi dans le cadre de la France d'Outre-mer fait apparaître qu'ils sont 75 % à avoir choisi cette voie en raison d'un « choix de carrière » ou par « vocation ». M. FABRE, « Le magistrat d'Outre-mer, l'aventure de la justice », dans B. DURAND & M. FABRE (dir.), *Le juge et l'Outre-mer, les roches bleues de l'empire colonial*, t. 2, Lille : Centre d'histoire judiciaire, 2004, p. 71-93, p. 77.

Les magistrats formés à l'École coloniale

Pour ce faire, nous étudierons dans un premier temps l'influence de la formation dispensée par l'École coloniale, puis nous évaluerons son impact sur le corps de la magistrature pendant et après la colonisation.

I - La formation à l'École coloniale : la création d'un ordre à part et un possible vecteur de désunion

A - Une école sélective et prestigieuse

Dès sa création, l'École coloniale cultiva une prétention à l'excellence qui ne s'est jamais démentie. Si dans un premier temps, cette dernière ne délivrait qu'un simple brevet que les licenciés en droit pouvaient faire valoir pour rejoindre directement la magistrature coloniale au poste d'attaché au parquet en Indochine –vestige de l'origine indochinoise de cette école–, les choses évoluèrent très rapidement dès 1905.

Alors que le concours comme mode d'entrée dans la magistrature fut longtemps écarté, il s'est imposé dès les débuts de la section magistrature à l'École coloniale. Suite au décret du 7 avril 1905 qui créait cette section, les élèves magistrats étaient admis après un concours distinct de celui de la section administration. Ce dernier était ouvert aux licenciés en droit, dont l'âge était compris entre 20 et 28 ans, le nombre de places était déterminé par le ministre des Colonies. Les épreuves du concours portaient sur le droit privé, l'économie politique, l'histoire et la géographie coloniale et une langue étrangère (anglais ou allemand). À partir de 1907, les élèves brevetés de l'École coloniale passaient un examen professionnel, réservé aux magistrats appelés à servir outre-mer. On notera ici qu'un tel examen ne fut mis en place que par le décret du 13 février 1908 concernant la magistrature métropolitaine. « Les élèves qui avaient satisfait aux examens de sortie étaient nommés dans la magistrature coloniale à un grade élevé : juge de paix de première classe⁴. »

À partir de 1908, l'École coloniale met en place une classe préparatoire intégrée à l'école même et destinée à préparer au concours d'entrée quelle que soit la section visée par le candidat. Ce système se généralise à partir de 1927 et des classes préparatoires sont alors créées dans une dizaine de lycées, allant des établissements les plus prestigieux comme les lycées parisiens Henri IV et Louis le Grand, à des établissements provinciaux moins côtés (dont un à Toulouse).

⁴ G. MANGIN, « La magistrature coloniale française », dans *Magistrats au temps des colonies*, Lille : L'espace juridique, 1988, p. 89-124, spéc. p. 94.

Adrien Blazy

Peu de choses changèrent jusqu'au décret du 30 octobre 1950 qui réforma l'entrée à l'École en la rapprochant du modèle de l'École nationale d'administration (ENA) créée en 1945. Désormais, le concours d'entrée est commun aux trois sections, une section d'inspection du travail ayant été créée en 1949. Les élèves reçus au concours choisissaient leur section en fonction de leur position de classement. Il existait un concours A, destiné aux étudiants, et un concours B réservé à des fonctionnaires coloniaux déjà en poste. Concernant la section magistrature, le concours A était réservé aux hommes âgés de 18 à 26 ans⁵, bachelier en droit, la licence se préparant en parallèle de la formation dispensée à l'École. Quant au concours B, il était réservé à des hommes âgés de plus de 35 ans, titulaires d'un baccalauréat en droit, ayant servi au moins quatre ans outre-mer ou seulement deux ans s'ils avaient exercé en tant que juge de paix pendant au moins douze mois.

D'autres réformes tardives visèrent à ouvrir encore plus grand les portes de l'ENFOM. Ainsi, le décret du 14 mai 1956 créait un concours C pour les étudiants originaires d'outre-mer⁶ qui intégraient alors l'École comme les étudiants ayant satisfait au concours A. Fut également créé un cycle de perfectionnement appelé officieusement concours D et réservé aux cadres de l'administration ultramarine. De son côté, la section magistrature, devenue section judiciaire, était ouverte aux magistrats reçus à l'examen professionnel de la magistrature métropolitaine, mais désireux de rejoindre la magistrature coloniale. Ces derniers devaient alors suivre une formation supplémentaire avant de rejoindre les cadres coloniaux.

Ultime réforme, le décret du 19 décembre 1957 se proposait de gommer certaines différences dans le recrutement des magistrats coloniaux et métropolitains. Les élèves ayant accédé à l'École par les voies A, C ou D se voyaient remettre le brevet uniquement s'ils avaient satisfait à l'épreuve de l'examen professionnel, désormais commun aux deux magistratures.

Le système même du recrutement au sein de cette École marquait une nette distinction avec le système alors en vigueur dans la magistrature métropolitaine. De ce point de vue, il est tentant de percevoir cette institution comme un vecteur de désunion, et ce, d'autant plus que par sa

⁵ Les femmes étaient pourtant autorisées à exercer les fonctions de magistrats depuis 1946. Mais on craignait surtout la réaction des justiciables indigènes.

⁶ Ce concours forma de nombreux cadres des administrations nées des décolonisations qui bien souvent occupèrent les plus hautes fonctions dans leur domaine respectif de compétence. On peut ainsi citer l'exemple de M'Baye Keita qui formé à l'ENFOM choisit en 1963 la magistrature sénégalaise où il présida notamment la Cour suprême du Sénégal.

Les magistrats formés à l'École coloniale

formation et son fonctionnement, l'École coloniale favorisait la naissance d'un esprit de corps.

B - La formation professionnelle et la naissance de l'esprit « Colo »

Ayant passé le concours, les élèves magistrats suivaient alors une formation dont la durée était de deux ans, puis de trois à partir de 1950. De l'avis de plusieurs anciens élèves, « la sélection déterminante ayant été faite à l'entrée, la scolarité n'était pas une compétition permanente, source de tension et d'animosité⁷ », de plus, « l'École étant en externat, les examens rares, en cours d'année, la compétition absente, les conditions de vie et de travail étaient plus proches de celles de l'École normale supérieure que d'une grande école militaire ou même scientifique⁸ ». Il en résultait ainsi une « ambiance générale [qui] était celle d'un libéralisme de bon ton [qui donnait à l'élève] l'impression d'être libre de ses centres d'intérêt⁹ ».

Pour les élèves magistrats, les cours se divisaient entre des cours théoriques communs avec les autres sections et qui portaient, au fil des différents programmes et d'une manière générale, sur l'organisation administrative et politique des colonies françaises et étrangères, la condition des indigènes en droit privé, la compatibilité administrative et commerciale, l'économie coloniale. Il y avait également des cours plus tournés vers la pratique comme l'hygiène tropicale, l'agronomie, la pêche... En fonction de l'ensemble colonial auquel les élèves s'étaient destinés, ils étaient regroupés en sous-sections spécialisées. Pour les magistrats, ces dernières étaient au nombre de deux : africaine-malgache et indochinoise. Il y avait donc d'autres cours spécialisés portant sur l'histoire et la géographie de ces colonies, la législation, les langues. Ils suivaient également une formation juridique poussée, et à partir de 1950 devaient obtenir la licence en droit en parallèle. Ainsi, ils suivaient les cours dispensés par des professeurs de la faculté de droit de Paris et des travaux pratiques dirigés par de hauts magistrats en droit civil et criminel.

Cette formation se doublait d'une charge de travail supplémentaire. Le décret du 27 juillet 1907, s'il avait supprimé l'obtention du doctorat l'avait remplacé par l'obligation pour les élèves de justifier de leur inscription au stage des avocats, ce qui impliquait, à partir de 1943, la possession du certificat d'aptitude à la profession d'avocat. À la fin de leur stage, ils

⁷ J. CLAUZEL, *op. cit.*, p. 51.

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

devaient produire une attestation par le bâtonnier de l'Ordre. En outre, les élèves étaient, au cours de leur séjour à l'École, attachés au parquet général de la cour d'appel de Paris ou au parquet du tribunal de première instance de la Seine. « Traditionnellement, à la fin des années 40, ils étaient affectés au "petit parquet" (flagrants délits) et aux parquets des tribunaux pour enfants¹⁰. »

Rétrospectivement et malgré des abandons, certes rares, cette lourde formation fut jugée très favorablement par ceux qui l'ont traversée. Elle était jugée de « caractère pratique » et très complète : « Des magistrats de tout grade nous enseignaient [...] la manière de rédiger jugements et arrêts en sorte que sur le terrain nous n'étions nullement dépaysés, quant au stage au Barreau et au Parquet, ils avaient un très grand intérêt¹¹. »

Il ressort de l'accès et du mode de fonctionnement de cette institution que cette dernière était particulièrement adaptée à la naissance d'un « esprit colo », à rapprocher d'un esprit de corps propre aux grandes écoles françaises. Cet esprit se manifestait dès l'entrée en classe préparatoire laquelle durait en général deux ans après le baccalauréat. La plupart de ceux ayant effectué ces classes préparatoires les jugent très importantes dans leur formation. Certains indiquent que "l'esprit Colo" était très apparent déjà en préparation¹², d'autres affirmant que « c'est en prépa, plus qu'à la Colo, que s'est formé l'esprit d'École¹³ ».

Il ne fait aucun doute que cet esprit fut soigneusement cultivé par l'administration de l'École coloniale. En témoigne notamment la gestion toute paternelle des directeurs successifs, n'hésitant pas à intervenir pour que les élèves puissent bénéficier de quelque indulgence¹⁴. Participait à la constitution de cet esprit la création d'équipes sportives participant aux tournois interuniversitaires, la création en 1895 d'une Société des anciens élèves et élèves de l'École coloniale qui devient en 1945 l'Association des anciens élèves de l'ENFOM, la parution de différents bulletins publiés par

¹⁰ *Idem.*

¹¹ J. CLAUZEL, *ibid.*, p. 55. Dans son livre, François Romerio lui aussi ancien élève, insiste sur la haute teneur pratique de cette formation. F. ROMERIO, *Le métier de magistrat*, Paris : Editions France-Empire, 1976, p. 65.

¹² J. CLAUZEL, *ibid.*, p. 45

¹³ *Idem.*

¹⁴ C.A.O.M., Fonds de l'École coloniale, Carton 39, Dossier 20, Cas Angevin et Guilhem, lettre du directeur de l'École coloniale au procureur général près la cour d'appel de Paris. Il s'agissait de placer certains élèves le plus rapidement possible afin qu'ils puissent terminer leur stage dans les meilleurs délais.

Les magistrats formés à l'École coloniale

ces associations et qui réunissaient aussi bien des articles de fond que quelques contenus potaches¹⁵.

Ainsi, un concours d'entrée difficile et très sélectif, une formation lourde et exigeante incluant une pratique des tribunaux, cumulés à une gestion des hommes cultivant ces spécificités ont ainsi assuré, mieux que tout le reste, la naissance d'un esprit de corps. Bien avant l'ENA et bien avant la création du Centre national d'études judiciaires, embryon de l'ENM créé en 1958, l'École coloniale avait su s'imposer comme un organisme de formation prestigieux susceptible d'attirer les talents et de les consacrer exclusivement à l'empire colonial français. Dans le cas des magistrats, il est indéniable que les élèves brevetés de l'École pouvaient se prévaloir d'une certaine supériorité, caractérisée par leur accession à des postes plus élevés dès leur entrée dans leur carrière de magistrat colonial¹⁶.

Les possibilités de désunions étant donc réelles, une mise en perspective avec la réalité du métier de magistrat nous permettra de voir si elles se manifestèrent ou non.

II - Les magistrats de l'École « sur le terrain »

A - *Le métier de magistrat colonial : une union sans désunion*

La présence avérée d'un esprit de corps propre aux magistrats formés à l'École coloniale était fortement contrebalancée par leur faiblesse numérique. « Parmi les magistrats nommés en Afrique noire de 1895 à 1960, sur près de 1 200, 200 seulement sont passés par l'École coloniale. Pour l'Indochine, les chiffres sont respectivement de 456 et 66, soit dans les deux cas autour de 15 % de l'effectif nommé¹⁷. » Au regard de la magistrature coloniale, le nombre de magistrats brevetés était donc important, en tout cas suffisant pour faire naître des dissensions, mais ils demeuraient toujours en infériorité numérique. Si les premiers postes étaient occupés dans environ 20 % des cas par des magistrats de l'École¹⁸, on voit bien que cette proportion diminue par la suite, conséquence des décès, des démissions et

¹⁵ Le premier bulletin fut créé en 1899, il fut complété en 1931 par un autre réalisé par les élèves alors inscrits à l'École. Le bulletin de l'association des anciens élèves paraît encore aujourd'hui sous forme dactylographiée.

¹⁶ Les réformes des années 1950 effacèrent toutefois ces différences.

¹⁷ J.-C. FARCY, « Quelques données statistiques sur la magistrature coloniale française (1837-1987) », dans *Clio@Thémis*, n° 4, 2011, p. 9.

¹⁸ Il faut cependant distinguer les périodes et les possessions. Si ce chiffre est constant en Indochine pour la période 1895-1954, ce n'est qu'à partir de 1945 qu'il devient identique en Afrique. J.-C. FARCY, *ibid.*

de la nécessité de faire venir un nombre toujours plus grand de magistrats métropolitains pour pallier les absences. Dans les faits, l'esprit de corps des magistrats de l'École fut largement contrebalancé par leur faiblesse numérique.

Si l'on s'intéresse de plus près au cas des magistrats ayant fait toute leur carrière dans les colonies et n'ayant donc pas connu les décolonisations, on s'aperçoit qu'ils ont un déroulement de carrière identique à celui des autres magistrats coloniaux. Ainsi, les magistrats formés entre 1890 et 1930 ayant pu terminer leur carrière sans revenir en métropole ont en moyenne occupé huit postes différents (avec des écarts allant de un à seize). Ils ne sont donc pas réellement éloignés des chiffres de la magistrature coloniale dans son ensemble où cette moyenne se situe en six et sept postes¹⁹.

Au niveau de leur travail même, la jurisprudence ne nous apprend malheureusement pas grand-chose, aucune règle ne semblant se dégager de manière générale. On ne retrouve ni de grande jurisprudence dont ils seraient à l'origine, ni d'action concertée entre eux pour faire évoluer cette dernière. Les magistrats de l'École coloniale sont avant tout des magistrats coloniaux comme les autres.

Cependant, l'étude d'un certain nombre de dossiers personnels révèle qu'ils jouissaient d'une haute considération. Le terme « magistrat d'élite » apparaît ainsi de manière systématique dans les évaluations de ces magistrats par leurs supérieurs. Ils sont bien notés et les chefs des services judiciaires les imaginent souvent destinés « à un bel avenir », souhaitant les voir arriver au sommet de la hiérarchie judiciaire de telle ou telle possession. On ne peut faire de lien automatique avec la formation dont ils ont bénéficié, mais il est possible, à travers divers témoignages, de sentir toute l'importance qu'elle avait comme en témoignait dès 1913 « un éminent magistrat, ancien procureur général de l'Indochine, [qui] vient de proclamer hautement dans la presse la nécessité du recrutement des magistrats coloniaux par la voie de l'École coloniale dans l'intérêt d'une bonne justice²⁰ ».

Ces magistrats sont donc conscients de la supériorité donnée par leur formation et ils entendent bien en récolter les fruits. C'est notamment le cas lorsque l'avancement n'est pas à la hauteur de leurs espérances, comme en témoigne une lettre directement adressée au ministre des Colonies : « Il n'est pas possible qu'un magistrat qui, comme moi, s'est imposé cette lourde

¹⁹ J.-C. FARCY, *ibid.*, p. 23-24.

²⁰ C.A.O.M., Dossier Cury, EEII 6085/3, lettre de M. Cury au ministre des Colonies, datée du 17 mars 1914.

Les magistrats formés à l'École coloniale

épreuve, puisse être semblablement sacrifié dans son avancement²¹. » Cette plainte individuelle s'insérait dans un ensemble de récriminations plus vaste appuyé directement par la métropole : « Je me permet de vous rappeler Monsieur, que votre bienveillante attention fut attirée sur la situation des magistrats anciens élèves de l'École coloniale par M. le directeur de cette école²². » D'ailleurs, les magistrats eux-mêmes n'hésitent pas à solliciter directement l'École lorsqu'il leur semble rencontrer des difficultés dans l'avancement, ou pour demander un poste plus conforme à leurs désirs²³.

Il est donc clair que les magistrats de l'École coloniale formaient un corps à part dans la magistrature en général et coloniale en particulier. Un corps soucieux de ses intérêts et n'hésitant pas à faire bloc pour les défendre. Il est en tout cas indéniable que ces derniers formaient un ordre à part caractérisé par son esprit de corps particulier et la conscience de sa valeur. Pour autant, cette solidarité n'était pas contradictoire avec le métier de magistrat colonial et lorsqu'ils entendent la faire jouer, les magistrats de l'École coloniale le font pour leur avantage propre et rarement au détriment de leurs collègues passés par la voie classique. S'il y avait donc bel et bien une rupture de l'unité de la magistrature, elle ne se caractérisait pas par une désunion, mais par l'union plus intime de certains magistrats.

Cette union sans désunion va se perpétuer après les décolonisations. Mais le retour des magistrats coloniaux en métropole va s'accompagner de tensions que les magistrats de l'École coloniale vont surmonter de façon inattendue, mais somme toute logique.

B - Le retour en métropole : quand la désunion renforce l'union

Les décolonisations et le retour en métropole des magistrats d'outre-mer firent naître des désunions au sein de la magistrature. Se posait la question de savoir comment intégrer dans les cadres métropolitains les magistrats servant outre-mer d'autant plus que la réforme de la carte judiciaire de 1958 avait grandement diminué le nombre de juridictions de première instance. Les 351 tribunaux de première instance avaient été remplacés par 172 tribunaux de grande instance et les 740 Justices de paix par 454 tribunaux d'instance. En conséquence, « les magistrats métropolitains faisaient preuve

²¹ *Idem.* A noter que ce magistrat, entré dans la carrière en 1910, terminera procureur général de la Réunion après avoir occupé 13 postes différents.

²² *Idem.*

²³ C.A.O.M., Papiers Paul Dislère, Carton 3, Registre 7, Lettre du procureur de la République à Phnom Penh au directeur de l'École coloniale, datée du 1^{er} février 1910.

de réserves et d'inquiétude devant l'arrivée d'un si grand nombre de collègues du cadre d'outre-mer, alors que ces derniers s'interrogeaient sur leurs conditions de reclassement, leur lieu d'affectation, les possibilités de promotion ultérieures et l'âge de la retraite²⁴ ». Les 689 magistrats d'outre-mer représentaient alors en 1960 13 % de l'effectif total de la magistrature (689/5 422) et parmi eux, les 186 magistrats de l'ENFOM 3,5 %. Le gouvernement français opta pour une intégration progressive, laissant sur place des magistrats détachés au titre de la coopération, instaurant un congé spécial, favorisant les départs à la retraite, ce qui permit de réaliser en douceur cette intégration.

Le retour de ces magistrats fut cependant l'occasion de mésententes. Si seulement un tiers des magistrats d'outre-mer le juge de manière défavorable²⁵, l'avis général est cependant orienté vers le fait que les « premières années furent pénibles²⁶ ». C'est une fois de plus la question de l'avancement, si rapide outre-mer, qui déclencha le plus de protestations. Dans une enquête présentée par Martine Fabre, « 40 % reconnaissent que leur avancement a été retardé : "les chefs de Cour, en général ne tenaient aucun compte, pour l'avancement, des années de service accomplies" ». Certains magistrats ont ainsi porté un regard très dur sur l'attitude des chefs de juridiction. Ainsi, l'un d'entre eux « pense avoir perdu dix ans. Nous étions inscriptibles au tableau d'avancement en rentrant. Beaucoup de premiers présidents nous ont fait subir un délai d'épreuve d'au moins trois ans avant de nous proposer une inscription éventuelle ». Pour un autre : « Je me suis heurté à l'esprit particulièrement étroit du chef de juridiction. Je ne peux cependant affirmer que ce seul fait ait été la cause de mon médiocre avancement²⁷. »

Habités à l'avancement rapide, à occuper des fonctions souvent élevées du fait des intérim, à être réactifs du fait de l'unicité dans les juridictions de première instance coloniales, beaucoup de magistrats souffrirent de leur situation. Ils jugeaient alors la justice métropolitaine étriquée, sclérosée, faisant preuve d'un esprit très petit fonctionnaire, où ils affrontaient des collègues frileux et craintifs. Cette période de désunion de la magistrature fut en réalité une période d'observation au cours de laquelle les magistrats

²⁴ A. ORTOLLAND, « Les magistrats : vers de nouveaux horizons », dans J. CLAUZEL, *op. cit.*, p. 777-787, spéc. p. 778.

²⁵ M. FABRE, « Le magistrat d'Outre-mer, l'aventure de la justice », *op. cit.*, p. 92.

²⁶ A. ORTOLLAND, *op. cit.*, p. 783.

²⁷ M. FABRE, *ibid.*, les trois extraits sont ici des témoignages directs recueillis par l'enquête mentionnée.

Les magistrats formés à l'École coloniale

d'outre-mer furent soumis à des tests : on voulait vérifier leur sens juridique et leur respect des règles, eux qui n'avaient pas particulièrement bonne presse. Certains quittèrent la magistrature, profitant ainsi du congé spécial, d'autres firent valoir le plus rapidement possible leurs droits à la retraite, mais dans l'ensemble, ils continuèrent d'exercer le métier.

Passée cette période d'observation, les magistrats ENFOM, eux aussi impliqués dans ce contexte de mésentente connurent une évolution des plus significatives. En 1985, soit 25 ans après les décolonisations, ils représentaient près de la moitié des anciens magistrats ayant servi outre-mer encore en exercice (113/261). Alors que la totalité de ces derniers ne représentait plus que 4,5 % du corps de la magistrature (261/5879), les magistrats de l'ENFOM en représentaient 2 % (113/5879).

Plus significative encore était leur surreprésentation au sein des emplois hors catégorie du premier grade, qui représentent environ 5 % des effectifs. Ainsi entre 1980 et 1987, 8 % des conseillers et avocats généraux de la Cour de cassation ont été formés à l'ENFOM (18/226) ; c'est également le cas de près de 10 % des premiers présidents de cour d'appel (7/75) et de 6 % des procureurs généraux (4/70). On note également cette surreprésentation auprès des cours d'appel de Paris et de Versailles où ils constituent 5,5 % de l'effectif des conseillers et avocats généraux (12/216). En outre, il faut intégrer à ce constat les individualités détachées et appelées à exercer des fonctions importantes : on compte ainsi deux inspecteurs généraux des services judiciaires parmi seize nommés entre 1980 et 1987, et plusieurs conseillers techniques dans les ministères.

Les années 1990 virent ce mouvement se prolonger puisque 19 magistrats supplémentaires accédèrent à la Cour de cassation, quatre autres furent nommés procureur général, deux premiers présidents et douze autres, conseillers ou avocats généraux près les cours d'appel de Paris et Versailles²⁸.

Comment expliquer cette surreprésentation ? Le prestige dont jouissait l'ENFOM a indiscutablement rejailli sur ces magistrats, ce fut également le cas des administrateurs qui fournirent une bonne partie du contingent des ambassades. On leur reconnaissait la supériorité d'une formation réputée exigeante, alliée à un sens de l'initiative acquis lors de leurs années de service outre-mer. On peut également se questionner sur l'importance de l'esprit de corps qui s'est formé lors de leur passage à l'École. Si ce dernier sentiment est difficile à évaluer, il n'est pas anodin. Les grandes écoles

²⁸ Les différents chiffres sont issus de *l'Annuaire rétrospectif de la magistrature* et de l'article de A. ORTOLLAND, *op. cit.*, p. 783-786.

forment des microcosmes où se tissent des amitiés et des réseaux dont l'influence n'est pas à démontrer.

Se pose donc la question de savoir dans quelle mesure, ce sentiment d'union a permis de surmonter la désunion liée au retour en métropole et comment il a influé sur l'ascension de la hiérarchie judiciaire par ces magistrats ? On retiendra de cette étude que l'existence de ce parcours alternatif de formation qu'était l'ENFOM ne fut pas en lui-même créateur de désunion. Mais il conditionna la naissance d'un ordre de magistrats à part, avec un degré de solidarité plus élevé, et qui, assurément, surent mieux que les autres faire face aux mésententes dans lesquelles ils étaient plongés.

SIEGE ET PARQUET EN FRANCE (XIX^E-XX^E SIECLES)

par **André Cabanis et Olivier Devaux,**
professeurs à l'Université Toulouse 1 Capitole (CTHDIP)

Le principe, en honneur en France, de l'unité de la magistrature, cette dernière regroupant juges du siège et du parquet, avec un statut leur permettant de passer d'une fonction à l'autre en cours de carrière, constitue une source d'étonnement tant dans notre pays que plus encore au niveau international. Beaucoup ont de la peine à considérer que l'on puisse assimiler un conseiller à la cour ou un juge au tribunal de grande instance et un procureur, un avocat général ou un substitut. Leurs responsabilités ne sont pas les mêmes et surtout leur statut est différent. Certains croient même pouvoir déceler une contradiction entre l'indépendance inséparable de la position de magistrat et le principe hiérarchique auquel sont soumis les parquetiers. En fait, il y a là une caractéristique du système français qui puise sa justification dans un passé très ancien. C'est un thème classique sous l'Ancien Régime que celui du juge au service du roi mais également défenseur de l'intérêt général, se considérant en charge de la protection des intérêts supérieurs de la couronne, y compris contre l'idée que peut s'en faire son titulaire du moment, mal informé ou mal conseillé.

Au-delà de l'application mécanique des textes, telle que Montesquieu paraît la concevoir¹, le juge d'Ancien Régime revendique le droit d'imposer sa propre conception du bien commun et des décisions les mieux à même de préserver la paix publique². Il s'affirme comme chargé par ses fonctions

¹ Cf. les formules utilisées par Montesquieu à propos du juge : « êtres inanimés », « puissance (...) pour ainsi dire invisible et nulle », « puissance (...) en quelque façon nulle ». Il se méfie de la volonté des juges d'interpréter la loi en fonction de leur idée de l'équité (A. CABANIS, « Le juge et Montesquieu », dans *Revue des sciences politiques*, premier semestre 2008, n° 59, p.17-37).

² Cf. Jean-Louis Nadal, procureur général près la Cour de cassation : « Je rappellerai d'un point de vue historique, que la spécificité du ministère public, à la fois organe de poursuite et gardien des libertés individuelles, remonte à ma connaissance à la grande ordonnance de Philippe le Bel du 23 mars 1303 énonçant la formule du serment des gens du roi et montrant que l'accusateur doit également avoir en charge la recherche de la vérité et la bonne application de la loi » (allocution d'ouverture au

d'arbitrer entre les droits légitimes des justiciables et les principes de la monarchie. C'est au nom même de sa soumission à cette dernière qu'il se sent fondé à défier celui qui l'incarne à un moment donné. L'ancienneté de la famille royale française lui confère une solidité, quasi une invulnérabilité, qui autorise ses serviteurs, sans risque d'être taxés de rébellion, à rappeler le monarque à une juste appréciation de ses devoirs. Dans ces conditions, le juge peut s'ériger en conseiller du prince et le conseiller peut être appelé à juger sans que les principes d'indépendance de la magistrature paraissent gravement menacés.

Parmi les conséquences modernes de cette dualité de nature permettant de surmonter les éventuelles contradictions entre la soumission au pouvoir souverain et la liberté de décision en conscience figurent certaines spécificités de notre système juridictionnel, tant dans sa dimension administrative que judiciaire. Ces caractéristiques communes provoquent la perplexité des observateurs étrangers à l'égard de ce qui leur apparaît comme un élément d'ambiguïté, sinon de contradiction. Il s'en suit, notamment de la part des instances européennes, des prises de position qui révèlent leur incompréhension des logiques qui président au statut de nos juges, ou qui trahissent notre incapacité à l'expliquer. Si les Cours de Luxembourg et de Strasbourg se sont accommodées de la double mission du Conseil d'Etat français, à la fois conseiller du gouvernement et juge de l'administration, en revanche elles ne sont pas parvenues à admettre par exemple la participation du commissaire du gouvernement comme membre à part entière des instances de jugement en matière administrative³. De même et par rapport à notre réflexion sur les rapports entre ceux qui sont chargés de requérir et ceux auxquels il appartient de juger, elle tend à refuser aux premiers le statut de magistrat. Ce serait alors la fin d'une évolution pluri-séculaire qui a vu l'instauration d'un système fondé à l'origine sur l'unité de corps (I) et qui laisserait progressivement place à un

« Cycle de conférences de procédure pénale » à la Cour de cassation, 19 janvier 2006).

³ Ce sont les ordonnances des 2 février et 12 mars 1831 qui reconnaissent aux maîtres des requêtes faisant fonction de ministère public devant le Conseil d'Etat le titre de « commissaire du roi », dénomination à laquelle est substituée en 1849 celle de « commissaire du gouvernement ». Bien qu'il formule ses conclusions « en toute indépendance » (notamment arrêt du Conseil d'Etat du 29 juillet 1998), la Cour européenne des droits de l'homme (arrêts Kress du 7 juin 2001, Løyen du 5 juillet 2005 et Martinie du 12 avril 2006) a exprimé ses réserves à l'égard de sa présence, *a fortiori* de sa participation, au délibéré. Désormais le commissaire du gouvernement porte le titre de « rapporteur public » (décret du 1^{er} février 2009).

Siège et parquet en France (XIX^e-XX^e siècles)

traitement différent réservé aux membres du parquet par rapport aux magistrats du siège (II).

I – L’instauration d’un système fondé sur l’unité de corps

Au début du XIX^e siècle, lorsque le régime consulaire instaure ces grands corps que Napoléon comparera à des « masses de granit » sur lesquelles il entend refonder la société française, figure, au premier rang, une institution judiciaire invitée à se répartir entre magistratures debout et assise. Si les objectifs qui sont fixés aux uns et aux autres sont identiques – la défense de l’ordre social pour faire court – chacun se voit affecté des missions spécifiques et clairement différenciées. Comme souvent dans les grandes réformes introduites en 1800, il s’agit de rompre avec les hésitations et les ambiguïtés de la période révolutionnaire. C’est à ce titre que ces dernières méritent d’être rappelées, dans la mesure où elles éclairent les motivations ayant présidé, par réaction, à l’installation du système encore partiellement en vigueur de nos jours. De fait, entre 1790 et 1799, les positions évoluent fortement et parfois s’inversent. Pour résumer près de dix ans d’histoire du parquet, l’on dira que l’époque est marquée par la rivalité des deux institutions mises en place par l’Assemblée nationale constituante, ce qui trahit l’impossibilité où se trouve la classe politique de choisir entre un parquet nommé par l’exécutif et relevant de lui et des agents élus par le peuple et chargés d’exprimer sa volonté. Ce refus de se déterminer clairement entraîne la création de deux corps rivaux : d’une part celui des commissaires du roi, d’autre part celui des accusateurs publics.

Les premiers sont évidemment héritiers de la tradition des procureurs de l’Ancien Régime. Leur affaiblissement, souhaité par le législateur qui n’ose cependant pas les éliminer totalement, passe d’abord et d’un point de vue statutaire, par la disparition de la vénalité : ce ne sont plus des officiers mais des « commissaires du roi ». Ils sont donc nommés par le monarque mais on leur reconnaît l’inamovibilité⁴. Du point de vue des fonctions, cet affaiblissement passe également par la perte du monopole de l’accusation ce qui résulte surtout de la création des accusateurs publics élus mais également du rôle reconnu, en matière de déclenchement des poursuites,

⁴ Titre 8 (art. 1 à 7) de la loi des 16-24 août 1790 qui institue un *ministère public* composé de commissaires du roi (*Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens et avis du Conseil d’Etat* publiée par J.B. DUVERGIER, t. I, Paris 1824, p. 371-372 ; désormais désigné : DUVERGIER). Art. 1^{er} de la loi des 8 mai-27 septembre (sic) 1790 indiquant que les membres du ministère public seront nommés par le roi et institués à vie (DUVERGIER, t. I, p. 199).

aux citoyens, aux juges de paix, aux directeurs des jurys d'accusation⁵. Dans un premier temps, entre 1790 et 1792, ce sont les commissaires du roi qui interprètent en leur faveur la législation en cours d'élaboration. Ils s'appuient non seulement sur la promulgation tardive des textes d'application ce qui leur permet de maintenir les anciennes pratiques, mais également sur la volonté du monarque d'encourager la préservation de leurs prérogatives⁶. Ces efforts se heurtent à leur réputation de conservatisme auprès de l'opinion publique et au discrédit qui les frappe à cause de leurs liens avec la monarchie. Ils tombent avec le roi et sont supprimés par un vote intervenu dès le 18 août 1792⁷.

Sous la Terreur, c'est la revanche des accusateurs publics. La tentative de remplacer les commissaires du roi par des commissaires du pouvoir exécutif élus n'a pas grand avenir : ceux mis en place dans le cadre des tribunaux criminels sont les premiers supprimés, dès octobre 1792, les autres commissaires fonctionnant au niveau des tribunaux de district perdent progressivement leur influence. Ce sont donc les accusateurs publics qui s'affirment, souvent et de façon avouée en marge de la législation. La nécessité de défendre la Révolution contre ses ennemis leur paraît justifier ces atteintes à la légalité. Elle favorise les excès de la loi sur les suspects et du tribunal révolutionnaire, tant dans sa composition que dans sa procédure. La Convention et ses représentants en mission n'hésitent pas à démettre les accusateurs publics qui ne paraissent pas assez rigoureux⁸. La sévérité dont ils font preuve leur vaut, à leur tour, d'être traduits devant les tribunaux après le 9 thermidor.

Leur défense, et d'abord celle du personnage qui les symbolise le mieux, Fouquier-Tinville, consiste à se présenter en serviteur loyal de l'ordre établi : « Je n'étais qu'un être passif, un rouage et un ressort que faisait mouvoir la loi. Ainsi, c'est à la loi qu'il faut s'en prendre et non à son organe [...] S'il y a délit d'avoir exécuté les arrêtés des comités de salut public et de sûreté générale, je confesse que je suis coupable, je l'aurais été évidemment en ne

⁵ Eric de MARI, « Le parquet sous la Révolution, 1789-1799 », dans *Histoire du parquet* (dir. J.-M. CARBASSE), PUF, Paris 2000, p. 226.

⁶ Ils s'appuient donc sur les encouragements du roi qui les qualifie de « gardiens de la liberté, de la sûreté et de la propriété » (Eric de MARI, art. cité, p. 229).

⁷ Décret des 18-30 août 1792 qui suspend (sic) les fonctions des commissaires du roi près les tribunaux civils et criminels (DUVERGIER, t. IV, p. 379).

⁸ Eric de MARI évoque l'accusateur public de la Vienne, Rampillon, destitué à la suite de l'intervention des représentants en mission Lejeune et Piorry, pour un réquisitoire jugé trop indulgent en faveur de deux domestiques impliqués dans une émeute (art. cité, p. 237).

Siège et parquet en France (XIX^e-XX^e siècles)

les exécutant pas. Que fallait-il donc faire ? »⁹. En somme l'héritage de la Révolution est double de ce point de vue : le vain affrontement entre commissaires du roi et accusateurs publics conduit à vouloir reconstituer l'unité du corps et même sa hiérarchisation rigoureuse, presque militaire sous l'influence de Bonaparte ; l'évidente efficacité d'un système où les poursuites sont entre les mains de personnalités qui se proclament au service de la politique officielle pousse à préserver une soumission si efficace. Napoléon se souviendra de ce double constat.

Le statut du parquet a peu évolué au cours des XIX^e et XX^e siècles. Les principes sont posés par la constitution de l'an VIII qui réunit les fonctions d'accusateur public et de commissaire du gouvernement¹⁰ mais qui ne leur confère pas l'inamovibilité¹¹. C'est un peu plus tard la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice qui complète le dispositif faisant du droit de « juger et requérir une affaire de 'professionnels' »¹². Par la suite, les équilibres se maintiennent, marqués cependant par quelques réformes longtemps réclamées avant d'être obtenues. Ainsi en va-t-il par exemple de l'indépendance progressivement arrachée par le barreau puisqu'il appartenait à l'origine au procureur général non seulement de désigner les membres du conseil de discipline de chacun des barreaux qui en étaient dotés, c'est-à-dire à partir de vingt membres, mais également de nommer le bâtonnier. C'est cette dernière prérogative qui est retirée en premier au parquet, par une ordonnance du 20 novembre 1822, suivie du rétablissement de l'élection du conseil de surveillance par une ordonnance du 27 août 1830¹³.

Dans la mesure où la législation change peu, il faut s'en remettre à l'évolution des mentalités et à la transformation des pratiques pour reconstituer les mutations qui affectent les rapports entre magistratures debout et assise. L'image du parquet par rapport aux juges du siège dépend de plusieurs éléments. Le premier peut être déduit du dépouillement

⁹ Extrait du dossier conservé aux Archives nationales à propos du procès de Fouquier-Tinville, cité par Eric de MARI, art. cité, p. 239.

¹⁰ Constitution de l'an VIII, art. 63 : « La fonction d'accusateur public près un tribunal criminel, est remplie par le commissaire du gouvernement ».

¹¹ *Idem*, art. 41 : « Le premier consul [...] nomme et révoque à volonté [...] les commissaires du gouvernement près les tribunaux ».

¹² Formule figurant en titre de développements dans *Histoire de la justice en France*, par J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, N. TERASSE et B. DUBOIS (PUF 2010), p. 453.

¹³ Art. 8 de l'ordonnance du 20 novembre 1822 (DUVERGIER, t. XXIV, p. 184) et art. 1^{er} de l'ordonnance du 27 août 1830.

systématique des archives publiques. Les rapports des procureurs, notamment portant sur l'opinion des habitants de leur ressort, ainsi que les correspondances qu'ils échangent avec la chancellerie donnent l'impression d'une absolue soumission au gouvernement et d'un souci persistant et qui domine tous les autres, d'exécuter les consignes ministérielles qui leur sont adressées. Les plus ardents paraissent même s'efforcer de les prévenir par un zèle constamment renouvelé en vue de débusquer les fauteurs de troubles et jusqu'aux germes de désordre.

Il ne faut pas s'y tromper : les protestations de fidélité aux ministres en place constituent un élément habituel du style en honneur dans l'administration avec des expressions si stéréotypées qu'elles font presque figure de formules de politesse banales. L'on s'étonne cependant de les trouver avec cette profusion sous la plume d'un magistrat. De toutes façons, ces témoignages de loyauté politique à base de dénonciation des opposants potentiels¹⁴ ne reflètent que très imparfaitement ce qui constitue le fond de l'activité de ces magistrats, surtout consacrée à poursuivre une délinquance en quelque sorte « ordinaire ». Face à des parquetiers que leurs fonctions conduisent à multiplier les protestations d'obéissance aveugle, les juges du siège peuvent affecter une réserve qui se veut de meilleur aloi. C'est ce que l'on constate par exemple avec ce premier président de la cour d'appel d'Amiens qui déplore auprès du garde des Sceaux la tendance de son procureur général à abuser des adresses de soutien au roi, au point de s'exposer à les rendre, par leur répétition, « plus nuisibles qu'utiles »¹⁵.

La classe politique ne fait rien pour améliorer l'image des procureurs, notamment dans le cadre des débats parlementaires où les députés apprécient que le gouvernement se proclame déterminé à obtenir du

¹⁴ Cf. les nombreuses citations extraites des rapports et des correspondances conservés dans la série BB des archives nationales et figurant dans l'article très explicite de Jean-Pierre ROYER, « Le ministère public, un enjeu politique au XIX^e siècle » dans *Histoire du parquet*, p. 257 à 296. A l'inverse, il relève comme une belle manifestation d'indépendance la lettre du procureur général de Douai qui ose informer le ministère qu'il a cru bon de faire preuve de modération dans la mise en œuvre des mesures de rigueur qui lui avaient été demandées contre les écrits dangereux mais qui poursuit sa missive par une protestation de loyauté fort prudente, expliquant au ministre que si « ces adoucissements vous paraissent avoir des dangers, même dans des départements paisibles comme les nôtres, je vous prie de m'en prévenir et de les excuser en faveur des bonnes intentions. J'aurais soin de faire exécuter les mesures que vous jugerez à propos d'y substituer » (*id.*, p. 265-266). Le naturel soumis revient donc rapidement.

¹⁵ Lettre du président de Malleville du 23 août 1820 citée par Jean-Pierre ROYER, art. cité, p. 266, note 4.

Siège et parquet en France (XIX^e-XX^e siècles)

parquet un soutien sans faille à la politique officielle, sans guère paraître se soucier du risque d'en faire passer les membres pour de purs exécutants des ordres ministériels. Les rôles sont clairement répartis dès le Consulat et notamment lors du débat préparatoire à la loi du 7 pluviôse an IX. Thiessé, membre du Tribunal, ne manifeste aucune hésitation sur la soumission obligatoire de cette branche de la magistrature : « Le peuple français ayant voulu que le ministère public fût désormais une agence du gouvernement, il ne nous est plus permis je ne dis pas de décider, mais d'examiner s'il doit en être indépendant [...] Plaçons donc un ressort vigoureux dans la main du gouvernement ; que ce ressort soit tendu sur tous les points de la République ; qu'en comprimant le crime, il relèvera l'espoir de tous les bons citoyens »¹⁶. Boulay de la Meurthe en tire la conclusion logique : le représentant du ministère public doit être un « homme du gouvernement, nommé par lui et révoqué par lui »¹⁷.

Cette position survit à la succession des régimes politiques, reprise sous la Restauration¹⁸ et la Monarchie de Juillet. Il n'est jusqu'à la Seconde République qui maintienne ces consignes. En 1848, une circulaire du ministre de l'Intérieur Ledru-Rollin s'adressant à ses commissaires est sans ambiguïté, avec une distinction claire entre magistratures debout et assise. A l'encontre de la première : « Vous exigerez des parquets un concours dévoué » ; vis-à-vis de la seconde : « quant à la magistrature inamovible, vous la surveillerez »¹⁹. Les obligations des uns et des autres sont ainsi nettement différenciées : les premiers seront punis s'ils ne mettent pas tout leur zèle à obtempérer aux consignes qui leur sont données ; les seconds encourrent des sanctions seulement en cas d'hostilité publiquement affirmée à l'encontre du gouvernement.

Face à l'opinion publique, la répartition des rôles est évidente. Elle apparaît particulièrement dans les procès de presse, ceux qui ont tout

¹⁶ *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, 2^e série, t. II, Paris 1873, p. 213-214.

¹⁷ *Id.*, p. 214.

¹⁸ En 1824, puis dans une deuxième édition datée de 1825, M. d'EYRAUD publie *De l'administration de la justice et de l'ordre judiciaire en France* (première édition : 2 vol., Crapelet éd. ; 2^e édition : 3 vol., Fanjat aîné éd.), ouvrage qu'analyse Jacques KRYNEN sous le titre « Une charge contre le ministère public » (*L'Etat de justice. France, XIII^e- XX^e siècle*, t. II : *L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard, Bibliothèque des histoires, Paris 2012, p. 77-83). Eyraud défend une haute conception des missions et des responsabilités du ministère public, tout en reconnaissant qu'il peut être tenté de se mettre au pur et simple service d'une ligne politique et en lui refusant l'inamovibilité.

¹⁹ Cité dans *Histoire de la justice en France*, p. 660.

naturellement le plus fort retentissement médiatique dans la mesure où les collègues du journaliste inculpé se font un devoir de le défendre, toutes opinions confondues pour un temps. Parmi les utilisateurs les plus efficaces de la méthode figurent des personnalités très notoires comme Benjamin Constant. Ses lourds traités qui ont fait sa réputation, et ses petits romans fort connus aujourd'hui jusqu'à faire l'objet d'adaptation cinématographique, ne constituent qu'une minime partie de son œuvre. Son talent est le plus souvent mobilisé pour la défense de la liberté partout où il la sent menacée : au Parlement lors du vote des lois, dans les opérations de maintien de l'ordre contre les complots vrais ou supposés découverts par la police et surtout contre la censure judiciaire à l'encontre des journaux²⁰.

Sur ce dernier terrain, la technique de Constant est à peu près toujours la même, fondée sur une opposition soigneusement marquée entre les magistrats du siège et ceux du parquet. Ces derniers font l'objet des attaques les plus vives et même des insinuations les plus injurieuses. Il ne se borne pas à dénoncer leurs tendances liberticides ; il décortique, quasiment comme un juriste, leurs arguments techniques, leur interprétation des lois pour en dénoncer l'absurdité ; il en montre non seulement les faiblesses dans le raisonnement mais aussi les conséquences funestes si le tribunal commettait l'erreur de les suivre ; il va jusqu'à attaquer les parquetiers personnellement dans les motivations de ce qui est présenté comme de l'acharnement : tel procureur accable un journaliste parce qu'il ne s'est pas montré assez humble lors de l'enquête ; tel autre cherche à plaire au gouvernement pour obtenir une promotion flatteuse comme en témoigne toute sa carrière passée ; tel autre même doit être mû par une vanité d'auteur puisqu'il a commis quelques vers ridicules passés inaperçus et qu'il est sans doute jaloux de la notoriété de l'écrivain qu'il tente de faire condamner. On rappelle leurs déclarations imprudentes sous la Révolution et leurs palinodies bonapartistes sous l'Empire, ce qui affaiblit leurs exhortations pour une loyauté sans faille en faveur de la monarchie parlementaire.

²⁰ Cf. A. CABANIS, Présentation et notes de *De la liberté des brochures, des pamphlets et des journaux, considérée sous le rapport de l'intérêt du gouvernement*, publié dans Constant (Benjamin), *Oeuvres complètes*, t. IX, Tubingen 2001, 1, p. 57 à 115 ; Présentation et notes de *Questions sur la législation actuelle de la presse en France, et sur la doctrine du ministère public, relativement à la saisie des écrits, et à la responsabilité des auteurs et imprimeurs*, publié dans Constant (Benjamin), *Oeuvres complètes*, t. X, Tubingen 2010, 1, p. 659 à 728 ; A. CABANIS et O. DEVAUX, Présentation et notes de *Annales de la session de 1817 à 1818*, publiées dans CONSTANT (Benjamin), *Oeuvres complètes*, t. X, Tubingen 2010, 1, p. 899 à 1053

Siège et parquet en France (XIX^e-XX^e siècles)

Par opposition, les magistrats du siège sont prudemment traités : ni attaque, ni critique même lorsqu'ils interrogent un peu rudement la personnalité poursuivie ; tout au plus quelques objurgations pour une prise en compte des circonstances atténuantes ; à l'inverse, un éloge sans nuance de leurs interventions apaisantes en faveur du prévenu ; parfois une discrète allusion aux conséquences désastreuses sur leur réputation d'une décision trop sévère qui viendrait ternir la juste confiance que chacun nourrit dans leur modération prévisible ; une affectation de sécurité quant au verdict qu'ils vont prononcer ; tout est mis en œuvre pour les opposer à leurs collègues du parquet et pour les inciter à n'en pas suivre les réquisitions. Si la technique mise en œuvre par Constant ne donne pas toujours les résultats attendus, si elle ne peut empêcher certaines condamnations, elle est systématiquement mise en œuvre et d'ailleurs suivie par la plupart des écrivains de l'époque, défenseurs de la liberté d'expression, à gauche comme à droite²¹. D'un bout à l'autre de l'échiquier politique, l'objectif est de désolidariser les juges et les procureurs, en flattant les premiers, en accablant les seconds.

Lors des procès qui n'ont pas de caractère politique mais qui traitent de la délinquance en quelque sorte ordinaire, c'est une image fort différente que répandent les médias à propos des agents responsables de la répression. Ici domine une sorte d'identité d'intérêt, parfois de connivence entre les auteurs des chroniques judiciaires et les autorités en charge de repérer et de poursuivre les coupables présumés. Le parquet notamment, la police même, font l'objet d'une véritable réhabilitation de la part de la presse. Les chroniques judiciaires ont en effet constitué, au cours de la première moitié du XIX^e siècle, l'un des points d'appui décisif pour les journaux populaires en cours de multiplication. C'est le fondateur de cette nouvelle sorte de médias, Emile de Girardin qui, en 1836 avec le quotidien *La presse*, imagine d'attirer un nouveau public qu'éloignaient jusqu'alors des gazettes plutôt élitistes. Les chroniques judiciaires sont, avec les comptes rendus des pièces de théâtre en vogue, un moyen efficace de séduire des lecteurs évidemment moins attirés par les problèmes juridiques que par le récit d'horribles forfaits

²¹ Pour ce qui est des auteurs de droite, en l'occurrence légitimiste, on peut citer CHATEAUBRIAND, poursuivi pour sa défense de la duchesse de Berry, assurant lui-même sa défense, se moquant des attitudes du procureur, flattant le jury : *Mémoires d'Outre-Tombe*, livre 36, chap. 26 : « Mon procès ». Comme souvent chez Chateaubriand il y a une part de reconstruction de sa propre histoire : cf. le compte rendu du procès par *Le Moniteur*, 1^{er} mars 1833, p. 559 ; Ghislain de DIESBACH, *Chateaubriand*, Perrin, Paris 1995, p. 485-487.

et par la description de coupables cruels²². La peinture de Pierre-Paul Prud'hon sur « La justice et la vengeance poursuivant le crime » qui remonte à l'époque de la Restauration, évoque ces milliers de procès présentés comme les éléments d'une politique destinée à déboucher sur la juste punition de monstres indignes de quelque pardon que ce soit. Dans la mesure où le président du tribunal doit faire preuve d'une certaine réserve, et puisque les jurés sont à peu près réduits au silence, le procureur se voit reconnaître la première place dans cette lutte contre la criminalité. Dans le même mouvement par lequel ils accentuent le caractère sanglant et barbare des faits commis, les auteurs de chroniques judiciaires exaltent le magistrat du parquet érigé au rang de héros en charge de la défense de la société, rôle sur lequel ils insistent complaisamment.

Il n'est jusqu'aux écrivains connus qui mettent en scène le procureur avec un mélange de fascination et d'ironie. Les grands auteurs du XIX^e siècle tels Victor Hugo dans les *Misérables* ou Stendhal dans *Le Rouge et le Noir* placent ainsi un procès pénal comme un moment important de leur roman. Plus près de nous, Albert Camus dans *L'Étranger* ou François Mauriac dans « L'affaire Fabre-Bulle » dépeignent des rites de la justice criminelle. Ils ont évidemment tendance à en accentuer les aspects dramatiques ce qui, d'une certaine façon, valorise celui qui conduit les poursuites par rapport au reste du tribunal et, paradoxalement, par rapport à l'accusé dont tous s'accordent, parfois avec surprise, à souligner combien il paraît extérieur à son propre procès²³. Par opposition, le ministère public se déploie avec une véhémence qui mobilise l'attention, parfois aussi qui suscite un peu d'ironie pour des effets oratoires jugés outranciers par rapport à la dimension tragique du procès qui n'aurait pas besoin d'être artificiellement accentuée²⁴...

²² Claude BELLANGER *et al.*, *Histoire générale de la presse française*, t. II, PUF, Paris 1969, p. 114 et s.

²³ A. CABANIS, « L'image des débats en Cour d'assises chez les romanciers français des XIX^e et XX^e siècles », dans *Justice et politique : de la guerre de cent ans aux fusillés de 1914* (dir. J. BASTIER), Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1998, p. 53 à 72 ; not. « II – Une affaire de professionnels ».

²⁴ Victor HUGO souligne le style inutilement emphatique du vocabulaire utilisée par le procureur lors du procès qui va conduire Jean Valjean à se dénoncer ; il évoque « cette langue de province qui, [...] étant devenue classique, n'est plus guère parlée que par les orateurs officiels du parquet, auxquels elle convient par ses sonorités graves et son allure majestueuse » (*Les Misérables*, livre 7, chap. 9 et 10). Albert CAMUS met en scène Meursault surpris de l'agressivité de l'avocat général à son encontre : « tant d'acharnement m'étonnait. J'aurais voulu lui expliquer cordialement, presque avec affection [...]. Mais naturellement, dans l'état où l'on

Siège et parquet en France (XIX^e-XX^e siècles)

Il est vrai qu'au cours de la deuxième moitié du XIX^e siècle, une dimension nouvelle se fait jour et va s'affirmer jusqu'à influencer les réquisitoires eux-mêmes. Il s'agit, dans l'appréciation de la gravité des crimes commis, de prendre en compte les malheurs, les handicaps, les influences qui font de l'accusé quasi une victime, en tous cas celle d'un système. Les idéologies de gauche dénoncent l'injustice et presque la cruauté qu'il y aurait à ne pas tenir compte des situations individuelles. Là encore le ministère public est en première ligne et fait l'objet des attaques les plus importantes. Une littérature populaire politiquement orientée, des campagnes de presse organisées par les journaux socialistes et d'abondantes caricatures mettent en scène des procureurs tout entier mobilisés pour la défense de l'ordre bourgeois et incapables de prendre en compte les souffrances humaines ou, pour parler plus sobrement, le contexte économique et social. Ce discours va exercer une influence sur le comportement des juges au point d'inquiéter certains sur le rôle de relais que peut jouer en ce domaine l'École nationale de la magistrature, à l'origine d'une nouvelle génération de juges²⁵.

II – Un traitement différent progressivement réservé aux membres du parquet par rapport aux magistrats du siècle

Le ministère public est, au sein de la fonction publique, l'un des corps ayant payé le plus lourd tribut aux successives épurations qui ponctuent la vie politique française, depuis le régime napoléonien jusqu'à la libération de l'occupation allemande, donc sur un siècle et demi. Jusqu'en 1885, il est de

m'avait mis, je ne pouvais parler à personne sur ce ton » (*L'étranger*, deuxième partie, chap. 3 et 4). François MAURIAC, pour sa part, décrit l'avocat général « orateur armé de poncifs redoutables », ajoutant qu'il « met au service de la société de très vieilles armes mais éprouvées, car la rouille envenime les plaies » (« L'affaire Fabre-Bulle », dans *Œuvres romanesques et théâtrales complètes*, Gallimard (La Pléiade), Paris 1979, t. II, p. 889).

²⁵ Une certaine image du procureur de la République s'impliquant personnellement dans la poursuite des crimes dure jusqu'à nos jours. A l'occasion du départ un peu prématuré à la retraite, début octobre 2011, de M. Bilger, avocat général près la cour d'appel de Paris, le *Monde* publie un article délicieusement fielleux comme à son habitude²⁵. Le grand quotidien du soir se délecte de ce que ce « partisan enthousiaste » de Nicolas Sarkozy le qualifie désormais de « Caligula au petit pied ». Nous retiendrons de cette *interview* le passage suivant : « j'espère n'avoir pas mis la main ni l'esprit dans une véritable erreur judiciaire. Je n'ai pas toujours été à la hauteur de cette philosophie qui veut que, lorsqu'une accusation judiciaire s'effondre, il faille la laisser s'effondrer : parfois je la retenais je l'admets ».

règle que chaque changement de régime s'accompagne de changements importants au sein des tribunaux et particulièrement parmi les procureurs, d'autant plus exposés qu'ils se sont mobilisés pour les dirigeants précédents et que les nouveaux venus attendent davantage d'eux. Ce n'est pas que les anciens ne soient pas prêts à se redéployer pour passer au service des responsables suivants, mais la plupart des acteurs de la vie politique considèrent que ce serait déconsidérer la fonction au-delà du raisonnable que d'utiliser les mêmes personnes pour soutenir des positions trop différentes.

Il n'est jusqu'aux intéressés eux-mêmes qui en ont plus ou moins conscience. Certaines lettres de démission en témoignent : « Je comprends les nécessités politiques qui empêchent le gouvernement de me conserver mes fonctions [...]. Je n'entends rien faire qui soit voisin de l'amertume ou de l'hostilité [...]. Je rentre dans le rang et je dis un éternel adieu à la vie politique »²⁶. Chaque régime insiste sur une motivation particulière pour justifier les mesures d'élimination : le Consulat invoque l'incompétence des juges hérités de la Révolution ; la Restauration dénonce les séides de l'usurpateur ; la Monarchie de juillet se méfie des légitimistes trop intransigeants ; la II^e République veut des juristes convaincus des bienfaits du nouveau régime ; le Second Empire cherche des hommes d'ordre... Il n'est jusqu'à la III^e République qui, au cours des années que dure sa difficile gestation, entre 1870 et 1883²⁷, multiplie les campagnes d'épuration d'une

²⁶ Lettre de Gustave Rouland, avocat général à la Cour de cassation (3 mars 1848) citée dans *Histoire de la justice en France*, p. 659 où il est ajouté, à propos de cet « éternel adieu à la vie politique » : « Pas si sûr... ». De fait, il est rappelé dans ses fonctions dès 1849. Il sera même ministre de l'Instruction publique et des Cultes sous Napoléon III.

²⁷ Première épuration : entre septembre 1870 et janvier 1871 lorsque s'installe le gouvernement républicain provisoire et que Crémieux revient au ministère de la Justice ; deuxième mouvement important en sens inverse : entre février 1871 et mai 1873, en forme de revanche des victimes des mesures précédentes avec la présence de Thiers comme chef du pouvoir exécutif et de Dufaure comme ministre de la Justice ; troisième mouvement qui accentue le précédent : de mai à octobre 1877 dans le cadre du régime de l'ordre moral qui croit possible d'inverser l'évolution du corps électoral vers la République en s'appuyant sur le relais des agents publics, au premier chef les préfets et les magistrats ; enfin quatrième épuration : entre février 1879 avec l'arrivée du ministère Waddington et jusqu'à la loi du 30 août 1883, avec la volonté des Républicains de mettre la magistrature en harmonie au moins apparente avec le nouveau régime, avec notamment Cazot et Martin-Feuillée comme gardes des Sceaux.

Siège et parquet en France (XIX^e-XX^e siècles)

année sur l'autre, au gré des allers et venues du pouvoir entre la droite et la gauche.

En fait, il est difficile d'évaluer le nombre de magistrats touchés par chacune de ces épurations. A l'époque, les responsables à l'origine de ces mesures d'éviction se gardent de s'en vanter. Par la suite, les historiens ont de la peine à s'accorder sur des chiffres indiscutables. Pour s'en tenir à un exemple et s'agissant des magistrats ayant refusé de prêter le serment à Louis-Philippe, les auteurs en décomptent entre plus de trois cents pour le chiffre le plus élevé et une centaine pour le plus modeste²⁸. Plusieurs causes s'additionnent pour expliquer ces difficultés d'évaluation. La première tient au procédé d'épuration auquel il est le plus souvent fait appel, consistant, pour chaque nouveau régime, à proclamer hautement l'inamovibilité de la magistrature mais en limitant le bénéfice aux magistrats nouvellement nommés²⁹. Le résultat ? Il n'y a pas à proprement parler de décisions d'éviction mais des mesures de confirmation, de promotion, de déplacement, de rétrogradation ou de nouvelle nomination. Ceux que le régime ne maintient pas constituent une sorte de chiffre noir dont on ne connaît les composantes qu'à travers des exemples individuels, soit que les victimes bénéficient d'une certaine notoriété qui rend leur départ ostensible, soit qu'elles osent protester, ce qui n'est pas le cas de la majorité. Il n'y a pas de statistiques officielles sur les campagnes d'épuration.

Par ailleurs, il est difficile de faire le partage entre les diverses formes que peut prendre la perte par un magistrat du poste qu'il occupait. Evoquant quelques années plus tard sa carrière interrompue, il a souvent tendance à parler de renvoi pur et simple, ce qui peut être un moyen de se présenter en martyr et de prétendre à une réintégration ultérieure qu'il espère accompagnée d'une promotion considérée comme une juste compensation. Cette identité de destin qui unit en apparence tous les évincés, peut dissimuler des décisions assez différentes, parfois explicables

²⁸ Soit une centaine selon G. PICOT (*La réforme judiciaire en France*, Hachette, Paris 1881), 319 selon G. MARTIN-SARZEAUD (*Recherches historiques sur l'inamovibilité de la magistrature*, Marchal, Paris 1883) et 156 selon M. ROUSSELET (*La magistrature sous la monarchie de Juillet*, Sirey, Paris 1937). Ces comparaisons sont effectuées dans *Histoire de la magistrature en France*, p. 654, n. 1.

²⁹ Art. 41 de la constitution de l'an VIII : « Le premier consul [...] nomme tous les juges criminels et civils autres que les juges de paix et les juges de cassation, sans pouvoir les révoquer » ; art. 58 de la charte de 1814 : « Les juges nommés par le roi, sont inamovibles » ; le chancelier précisant : « Il n'y a que les juges nommés par le roi qui soient inamovibles ».

comme lorsqu'il s'agit de simples refus de serment comme en 1830 où un certain nombre de monarchistes traditionnels ont l'impression que leur monde s'effondre avec le départ du représentant de la branche aînée des Bourbons alors qu'au contraire tout est mis en œuvre pour que Louis-Philippe préserve l'essentiel.

Les démissions invoquent souvent une sorte de clause de conscience comme au début des années 1880 lorsque le gouvernement enjoint la justice de collaborer à sa politique de lutte contre les congrégations non autorisées : dans un milieu resté très catholique, certains refusent de prêter la main aux mesures d'expulsion prévues³⁰. Il y a aussi les pressions qui s'exercent sur des magistrats accusés d'avoir participé à des juridictions d'exception mises en place par le régime précédent : les III^e et IV^e Républiques, à près de trois quarts de siècle d'intervalle, utiliseront le procédé d'abord, en 1870, contre ceux qui ont figuré dans les commissions mixtes chargées de conduire la répression au lendemain du coup d'Etat du 2 décembre 1851 ; ensuite, en 1944 contre ceux ayant accepté de siéger dans les sections spéciales³¹. Il y a enfin les mises à la retraite comme celles prononcées par le décret du 1^{er} mars 1852³².

Les parquetiers sont évidemment les plus exposés à ces mesures d'autant qu'ils ne bénéficient pas de l'inamovibilité³³ et que les dirigeants considèrent qu'ils sont en droit d'en obtenir « un concours dévoué » pour reprendre la formule citée plus haut, émanant du ministre de l'Intérieur de 1848, Ledru-Rollin. Cette année-là, c'est le ministre de la Justice Crémieux, qui remplace assez systématiquement les procureurs institués par le précédent régime, par des avocats de sa connaissance. Il recommence d'ailleurs en 1870 jusqu'à susciter l'indignation d'Edmond de Goncourt, observateur attentif de la vie politique de l'époque et qui note dans son

³⁰ Ce serait 259 parquetiers et 300 juges qui auraient démissionné en cette circonstance (*Histoire de la justice en France*, p. 744).

³¹ Alain BANCAUD, *La haute magistrature sous Vichy XX^e siècle*, Paris 1996 ; *id.*, *Une exception ordinaire. La magistrature en France 1930-1950*, Paris 2002 ; AFHJ, *La justice des années sombres (1940-1944)*, Paris 2001 et not. J.-P. JEAN, « Quel regard porter sur les magistrats ayant siégé dans les juridictions d'exception sous l'occupation ? », p. 237-246.

³² Nombre des magistrats affectés par ce décret fixant l'âge de retraite à 70 ans pour l'ensemble des magistrats et à 75 ans pour les membres de la Cour de cassation : 132.

³³ En 1830, les parquetiers sont les premières victimes des épurations : 426 révocations d'après ROUSSELET (*La magistrature sous la Monarchie de juillet*, ouvr. cité).

Siège et parquet en France (XIX^e-XX^e siècles)

Journal l'afflux à « la curée des places [...] de tous les avocats de deux sous, tous les avocats sans cause, tous les avocats sans talent et sans honorabilité »³⁴. Les historiens soulignent d'ailleurs que certaines vagues de remplacement ont parfois eu un effet négatif pour ceux qui les avaient organisées : ainsi en 1848, où les républicains ont éliminé de vieux magistrats habitués à faire preuve de docilité passive par la succession des régimes précédents, pour les remplacer par de jeunes juristes dont certains sont passés sans effort par la suite au bonapartisme ; symétriquement Napoléon III, en voulant rajeunir le corps, s'est privé des services de personnalités installées par son oncle et qui étaient sans doute disposées à retrouver les fidélités de leurs débuts.

Sous la Troisième République, après les épurations qui en marquent les premières années, l'image du procureur aux ordres du pouvoir en place s'estompe avec la quasi disparition d'une justice politique en rupture avec le sentiment dominant au sein de l'opinion publique. Ce n'est pas que la répression disparaisse à l'encontre des opposants : ainsi avec l'application des lois dites *scélérates* contre les anarchistes. Simplement, les mesures de rigueur rejoignent l'indignation populaire à l'encontre des attentats aveugles et des dérives criminelles de certains groupes comme la « bande à Bonnot ». Désormais, le parquet n'a plus trop de peine à se dire le défenseur de la société dans la mesure où il participe de la politique officielle de maintien de l'ordre et de protection de la sécurité publique. Les magistratures debout et assise sont perçues comme faisant, d'un certain point de vue, le même métier, au service de la défense des citoyens, des personnes et des biens. Ils se voient en partenaires plutôt qu'en adversaires et le bon sens commun approuve ce positionnement. Tout au plus quelques idéologies d'extrême droite et d'extrême gauche, relayées par leurs organes de presse et leurs auteurs, conduisent-elles à dénoncer l'acharnement de certains procureurs mais qui n'est pas considéré comme d'une autre nature que la sévérité de quelques juges.

La grande loi de réforme de la justice de 1958 constate l'état de fait ancien, s'agissant de l'unité de la magistrature, avec un article 1^{er} sans ambiguïté : « Le corps judiciaire comprend les magistrats du siège et du parquet [...] »³⁵. La conséquence d'une telle affirmation est confirmée par la

³⁴ Cité dans *Histoire de la justice en France*, p. 665.

³⁵ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature (*JO* 23 déc. 1958, p. 11551). En revanche, dans sa version primitive, la constitution de 1958 ne donne pas d'indication sur le corps unique, lacune comblée par une décision du Conseil constitutionnel du 11 août 1993 :

loi organique du 25 février 1992 : « Tout magistrat a vocation à être nommé au cours de sa carrière, à des fonctions du siège ou du parquet »³⁶. On a l'impression que le ton est d'autant plus péremptoire que la règle commence à subir des attaques de plus en plus vives. Il ne paraîtrait peut-être pas nécessaire de l'affirmer aussi fortement si personne n'en doutait. L'unité du corps continue cependant d'être défendue par les grandes organisations professionnelles regroupant les juges, ainsi de l'Union syndicale des magistrats et du Syndicat de la magistrature. Ils l'ont notamment rappelé lors de la mise en cause du fonctionnement de la justice après l'affaire Dutreuil³⁷. Ils ont conscience que la dépendance du parquet à l'égard de la chancellerie menace leur unité ce qui les conduit à réclamer la coupure du lien entre les procureurs et le ministre. Pour sa part, le Conseil supérieur de la magistrature, dans plusieurs de ses rapports annuels depuis 1998, demande que les magistrats du parquet soient nommés sur sa proposition ou, à tout le moins, sur son avis conforme, « donc contraignant » et qu'ils bénéficient, en matière disciplinaire, des mêmes garanties que les juges du siège de façon à leur assurer « les exigences et garanties attachés au statut de magistrat qui serait plus sûrement et ostensiblement assuré »³⁸.

La classe politique y semble moins que jamais disposée. Sans doute, l'apparition de ceux que les médias ont désignés sous le nom de « juges rouges » n'est-elle pas étrangère à la crainte de perdre un efficace droit de

« l'autorité judiciaire qui, en vertu de l'article 66 de la constitution, assure le respect de la liberté individuelle, comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet » (décision n° 93-326, 5^e considérant).

³⁶ Art. 1^{er} de la loi organique n° 92-189 du 25 février 1992, ajoutant un deuxième paragraphe à l'ordonnance de 1958.

³⁷ Cf. le développement « Clarifier les fonctions du siège et du parquet » (p. 446 et s.) Rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite Dutreuil », n° 3125, 6 juin 2006 : « Si le président de l'USM ne se pose pas la question de l'opportunité ou non de la pérennité de ces passerelles entre le siège et le parquet (« En quoi faudrait-il modifier le système et prévoir une séparation du siège et du parquet ? Ce n'est absolument pas nécessaire »), les arguments avancés ici et là en faveur de l'unité du corps des magistrats apparaissent d'ordre psychologique, professionnel et déontologique. [...] Dans le même ordre d'idées, pour M. Eric Alt, vice-président du Syndicat de la magistrature : « la scission du corps irait dans le sens d'une fonctionnarisation du parquet ». Les mêmes considérations déontologiques ont été formulées sous une autre forme par ce magistrat : « Il est important que magistrats du siège et magistrats du parquet doivent défendre les mêmes valeurs. C'est pourquoi nous sommes pour l'unicité du corps ».

³⁸ *Rapports pour 1998, 2001, 2003-2004 et 2005* (La documentation française, p. 191-192).

Siège et parquet en France (XIX^e-XX^e siècles)

regard et d'influence sur le fonctionnement interne de juridictions qu'il paraît de plus en plus difficile de maîtriser. La volonté affichée par certains magistrats de se mettre au service de la protection des plus faibles et de la poursuite des responsabilités jusque chez les plus notables a inquiété les responsables du pays³⁹, tous partis confondus et même si l'alternance aux sommets de l'Etat s'est traduite par des politiques différentes selon les majorités au pouvoir, la période la plus favorable par rapport à notre propos étant celle du gouvernement Jospin, entre 1997 et 2002, avec l'engagement de renonciation à toute intervention dans des affaires individuelles et de respect des avis négatifs du Conseil supérieur de la magistrature relatifs aux projets de nomination des magistrats du parquet. D'une façon générale, les gouvernements et, au premier chef, les gardes des Sceaux, puisent des motifs de prudence dans les successives déconvenues qui leurs ont été infligées en plusieurs occasions où ils essayaient de s'imposer. Les procureurs ne sont pas les seuls qui aient fait l'objet de pression de la part de la chancellerie. Les juges d'instruction notamment en ont eu leur part, avec la menace du dessaisissement.

Le parquet demeure cependant le plus exposé par cette tradition qui conduit à le considérer comme en charge de transmettre les vœux du pouvoir politique. Les résultats sont divers, d'autant plus satisfaisants pour la chancellerie que la confidentialité de l'intervention est préservée ce qui est rarement le cas. Parmi les affaires les plus médiatisées, l'on peut évoquer celle du substitut Ceccaldi parvenant en 1976 à faire annuler sa mutation comme procureur à Hazebrouck⁴⁰. Doit être également cité un épisode spectaculaire de l'instruction dirigée contre le maire de Paris Jean Tibéri et contre son épouse avec la décision du garde des Sceaux de faire aller chercher en hélicoptère dans l'Himalaya le procureur Davenas pour qu'il annule l'ouverture d'une information judiciaire prononcée par son substitut

³⁹ Pour une tentative de mise en perspective historique de l'évolution des missions du juge en France depuis l'Ancien Régime : A. CABANIS et M. MARTIN, « La justice depuis le XIX^e siècle : attentes sociales et dérives professionnelles », dans *La légitimité des juges*, Toulouse 2004, p. 25-37. Pour une rétrospective bienveillante sur le destin des « juges rouges » : « Vingt ans de syndicalisme judiciaire 1968-1987 », dans la revue du SM., *Justice*, juin-septembre 1988.

⁴⁰ La mutation en forme de promotion dans un petit Tribunal de grande instance, de M. Ceccaldi, jusque là substitut à Marseille, est considérée par la presse comme une sanction faisant suite à son enquête sur les ententes pétrolières. Une grève de plusieurs centaines de magistrats lui permet d'obtenir l'annulation de sa nomination. Il sera nommé préfet de Nice par la gauche arrivée au pouvoir. Quant au TGI d'Hazebrouck, il est décidé de le supprimer en 2011.

adjoint⁴¹... Il est vrai que les médias se font plus souvent l'écho des pressions subis par les juges d'instruction. Il n'en reste pas moins que l'accueil généralement défavorable réservé par l'opinion publique à ces immixtions du gouvernement, même lorsqu'elles ne sont pas juridiquement irrégulières, témoignent d'un sentiment dominant favorable à l'indépendance des juges.

Le parquet y puise un argument pour obtenir une indépendance qui lui paraît de plus en plus nécessaire pour préserver le corps unique. La perspective d'une perte de ce statut les inquiète avec un risque de *fonctionnarisation*⁴², pour reprendre une expression utilisée volontiers, bien qu'elle ne soit pas juridiquement très correcte. De même la formule incitant les procureurs à « prendre un bain de siège »⁴³ ne paraît-elle pas très raffinée, en tous cas peu valorisante tant pour le parquet que pour la magistrature assise. L'objectif se situe à un niveau plus élevé. La préservation du statut de la magistrature debout passe par une réforme du Conseil supérieur de la magistrature. C'est ce que réalise la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 prévoyant deux formations de douze membres mais avec des garanties qui demeurent moins importantes pour le parquet dont les membres sont nommés sur avis simple du CSM, à l'exception de ceux dont les emplois sont pourvus en conseil des ministres. Par ailleurs le CSM, dans sa formation spécialisée, reçoit les compétences de l'ancienne commission de discipline du parquet⁴⁴, ce qui constitue un autre aspect de rapprochement avec les juges du siège. Une étape supplémentaire aurait pu être franchie avec le projet de réforme du CSM prévue par le gouvernement Jospin, étendant l'exigence de l'avis conforme et augmentant les pouvoirs de l'instance disciplinaire. Bien qu'accepté en principe par le

⁴¹ L'information judiciaire devait porter sur un rapport sans intérêt payé par le Conseil général de l'Essonne à Mme Tiberi qui ne sera finalement pas poursuivie à cause d'erreurs de procédure. Quant à l'ancien procureur de l'Essonne, Laurent DAVENAS, il va publier ses réflexions sur la justice sous le titre *Lettre de l'Himalaya à ceux qui jugent et à ceux qui sont jugés* (Seuil 1998).

⁴² Philip MILBURN, Katia KOSTULSKI et Denis SALAS, *Les procureurs entre vocation judiciaire et fonctions politiques*, PUF, Paris 2010, p. 152. Pour une vision dramatisée du *syndrome obsidional* de la magistrature debout : « les parquetiers se sentent assaillis par un environnement hostile qui déciderait de leur sort à leur corps défendant. Ils perçoivent une alliance objective –réelle ou fantasmée- entre juges, avocats et parlementaires pour instaurer une procédure accusatoire dans le système judiciaire français » (*id.*, p.151).

⁴³ Cité dans *Histoire de la justice en France*, p. 1180.

⁴⁴ Art. 1 de la loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993, modifiant l'article 65 de la constitution relatif au Conseil supérieur de la magistrature.

Siège et parquet en France (XIX^e-XX^e siècles)

président Chirac et voté par les deux assemblées en juin et novembre 1998, le texte n'a pas été soumis au congrès qui devait se réunir début 2000. La grande réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 n'affecte que de façon très limitée les garanties accordées au parquet⁴⁵. Du moins l'évolution va-t-elle dans le bon sens.

L'idée d'une véritable indépendance n'est pas abandonnée. Elle réapparaît notamment dans les allocutions prononcées par le procureur général près la Cour de cassation lors de l'audience solennelle de début d'année de cette dernière, par exemple en 2010, par la voix de Jean-Louis Nadal⁴⁶. Il appréhende une évolution tendant « éloigner le ministère public du statut de la magistrature ». Il craint que se réalise l'annonce formulée, quarante plus tôt, par le premier président Aydalot qui s'inquiétait d'un « parquet rejeté dans les ténèbres extérieures », prophétie dont on mesure le caractère angoissant quand on se souvient que cette référence à la Bible évoque le destin des pécheurs condamnés à l'enfer. Contre une perspective si sombre, il développe les ouvertures qui s'offrent au parquet, apte par le système de collégialité qui le caractérise, à corriger les inconvénients de la solitude dans laquelle se débat le juge d'instruction. Il prône une prise en compte mieux assurée des avis du Conseil supérieur de la magistrature et souhaite en augmenter l'autorité en les assortissant de motifs.

*

* *

La question de la qualité des membres du parquet a été récemment traitée par la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agit de la mise en garde à vue puis en détention provisoire d'une avocate toulousaine, soupçonnée d'avoir divulgué des informations liées à une affaire de drogue à laquelle était mêlé un client de son cabinet. Parmi tous les arguments qu'elle a soulevés à l'encontre de sa détention, la Cour a retenu la violation de l'article 5 § 3 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme prévoyant que toute personne arrêtée ou détenue doit être aussitôt entendue

⁴⁵ Art. 31 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 modifiant l'art. 65 de la constitution, notamment en prévoyant un avis du CSM pour la nomination de tous les magistrats du parquet, y compris ceux auxquels il est pourvu en conseil des ministres.

⁴⁶ Audience solennelle de début d'année de la Cour de cassation, allocution par Jean-Louis Nadal, procureur général près la Cour de cassation, 14 janvier 2010.

par un juge⁴⁷. L'avocate avait en effet comparu devant le procureur adjoint de Toulouse et l'Etat français rappelait en cette occasion « l'unité du corps judiciaire ». La Cour a invoqué sa jurisprudence antérieure⁴⁸ pour considérer que le procureur ne disposait pas de l'indépendance suffisante pour répondre aux exigences de la convention⁴⁹ et a condamné l'Etat français. L'arrêt est du 23 novembre 2010. Moins d'un mois plus tard, le 15 décembre 2010, la Cour de cassation française en prend acte, également dans une affaire de garde à vue concernant une personne qui avait blessé un voisin avec une carabine à air comprimé, occasion pour la haute juridiction d'indiquer que « c'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 paragraphe 3 de la convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requise par ce texte »⁵⁰. Ce ralliement à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est d'autant plus méritoire qu'il n'était pas nécessaire à la décision finale dans la mesure où, la garde à vue prolongée par le procureur ayant duré à peine plus d'une heure, elle n'a pas encouru la censure de la Cour de cassation.

La question de l'unité de la magistrature en France, ou plutôt du regroupement en son sein du siège et du parquet, demeure donc très ouverte⁵¹. Toutes sortes de puissantes fées se penchent sur son destin puisque l'on ne saurait parler de berceau pour une institution si ancienne.

⁴⁷ Article 5 § 3 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Toute personne arrêtée ou détenue [...] doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires ».

⁴⁸ Arrêt de base : Schiesser contre Suisse du 4 décembre 1979, § 31 : « le « magistrat » ne se confond pas avec le « juge » mais encore faut-il qu'il en possède certaines des qualités, c'est-à-dire remplisse des conditions constituant autant de garanties pour la personne arrêtée. La première d'entre elles réside dans l'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties ».

⁴⁹ § 59 de l'arrêt du 23 novembre 2010 : « La Cour estime que le procureur adjoint de Toulouse, membre du ministère public, ne remplissait pas, au regard de l'article 5 § 3 de la Convention, les garanties exigées par la jurisprudence pour être qualifié, au sens de cette disposition, de 'juge ou (...) autre magistrat habilité par la loi à exercer les fonctions judiciaires' ».

⁵⁰ Arrêt n° 7177 du 15 décembre 2010 (10-83.674). Cour de cassation, chambre criminelle.

⁵¹ Cf. *Quel avenir pour le ministère public ?*, sous l'égide de la Cour de cassation, Dalloz, Paris 2008, notamment les « Conclusions et perspectives d'avenir » de Robert BADINTER (p. 173-181).

Siège et parquet en France (XIX^e-XX^e siècles)

Elles manifestent la volonté d'intervenir avec des intentions contradictoires. Parmi les plus hautes autorités sur le terrain du droit, le Conseil constitutionnel français a reconnu à l'unité du corps une valeur constitutionnelle, justifiée par son rôle de défense du respect de la liberté individuelle mais, à l'opposé, la Cour de justice de Strasbourg refuse aux procureurs la qualité de magistrats indépendants aptes à défendre les droits des citoyens européens. Dans le monde politique, les divers partis publient des programmes uniformément bienveillants à l'égard de la liberté de décision des juges, du moins aussi longtemps que ces mouvements sont dans l'opposition. En revanche, arrivés au pouvoir, ils ont de la peine à renoncer au levier que leur donne l'autorité de la chancellerie sur la hiérarchie judiciaire. Au sein même de la magistrature, les syndicats expriment leur attachement à la préservation de l'unité du corps mais la Cour de cassation doit tenir compte des décisions des Cours européennes. Finalement le destin de ce regroupement des magistratures assise et debout paraît dépendre de grands enjeux dont on ne peut même pas dire qu'ils le dépassent. Ce qui est en cause, c'est rien moins que les modalités de protection des libertés publiques, que la conception d'une démocratie fondée sur la séparation des pouvoirs, ou que, d'une certaine façon, l'avenir du processus de construction de l'Europe.

LE MINISTERE PUBLIC EN ITALIE APRES L'UNIFICATION (XIX^E -XX^E
SIECLE). QUELQUES CONSIDERATIONS SUR SON ROLE
POLITIQUE, LE PRINCIPE DE LA LEGALITE ET...
DE L'OPPORTUNITE DES POURSUITES

par Maria Gigliola di Renzo Villata,
professeur à l'Université de Milan

I - Une petite préface

« L'institution d'un ministère public appartient essentiellement à la nature des gouvernements représentatifs. Elle n'est, en effet, que le développement de cette idée, que les intérêts de toutes les parties qui constituent la société, doivent être représentés dans l'organisation de l'ordre social. Bien que le gouvernement représentatif soit un établissement récent en France, déjà, dans les temps reculés de notre monarchie, le ministère public y avait déployé avec énergie, à côté du despotisme royal, toute l'indépendance de son caractère : c'est que la pensée qu'il est appelé à réaliser, n'est point en France une pensée nouvelle ; c'est que le besoin d'une institution, qui fut comme la sauvegarde des libertés et des franchises de la nation, s'y fait sentir de bonne heure ». Ainsi débute *Le ministère public en France*, ouvrage publié en 1831 à Paris J.L.E. Ortolan, avocat à la Cour royale de Paris, et L. Ledeau, avocat ¹.

J'y vois un bon début à ma propre contribution à ce colloque. Car les événements qui portent à la même époque en Italie le ministère public sont sur plusieurs points comparables à ce qui se passe en France. L'origine étrangère de cette institution n'est pas contestée : comme pour beaucoup d'autres normes substantielles et procédurales, nous avons hérité de la France, à travers la domination française, le ministère public qui, après sa création par Napoléon, a été repris durant la restauration dans plusieurs Etats composant le territoire italien, cela jusqu'à l'organisation du Royaume d'Italie. Ce ministère public, à la physionomie calquée sur le modèle

¹ J.L.E. ORTOLAN et L. LEDEAU, *Le ministère public en France*, Paris 1831, p. V.

français, auquel est reconnue la qualité de représentant du pouvoir exécutif sous la direction du ministre, faisant figure de créature polymorphe dotée de plusieurs pouvoirs, apparaît en Italie avec la loi du 13 novembre 1859 n° 3781 (art. 146)². Bien que Pierre Dolce, secrétaire du procureur général royal de la Cour d'appel de Brescia, qui écrit en 1813 un ouvrage intitulé *Origine e attribuzioni del Pubblico Ministero nel Regno d'Italia*, relève au cours des siècles passés, des institutions presque similaires depuis la domination romaine, il ne met pas en doute pas la nouveauté chez les Italiens de la figure du ministère public, tenant à la qualité, à la multiplicité et à l'importance des attributions politiques, civiles et criminelles à lui confiées³.

Lors de l'introduction du nouveau système d'organisation judiciaire, le ministère public fut donc conservé, malgré les nombreuses critiques qui s'élevèrent, touchant aux fonctions qu'il exerçait et à son rôle au sein de l'ordre judiciaire.

Pour la Lombardie, ce n'était une nouveauté qu'en partie. Charles Zandrini, de Bergame, à l'issue de sa formation en droit à Pavie, soutenait en 1863 une thèse intitulée *Du ministère public dans les jugements pénaux*. Deux ans après la création du Royaume d'Italie, qui devait être agrandi dans les années suivantes au rythme de l'unification italienne, l'impétrant, face à la commission d'examen, se montrait favorable au ministère public dans le domaine pénal. Il décrivait cette magistrature comme une importante innovation dans un territoire où s'étaient déroulées d'autres expériences ayant souvent laissé de mauvais souvenirs. De la même façon un auteur anonyme (en fait il s'agit d'un professeur de l'Université de Pavie, Agostino Reale), écrivit en 1849 un petit essai *Breve esposizione dell'origine e dei progressi dell'istituzione del pubblico ministero* publié à Pavie. Tirant argument d'un rapport envoyé par Alexander Bach, alors ministre de la Justice⁴, à l'empereur François-Joseph en date 8 juin 1849, il décrivait les origines françaises du ministère public et soulignait le caractère exclusivement judiciaire de ses attributions telles que les prévoyait la loi des 16-24 août 1790, par comparaison avec les fonctions qu'il exerçait à l'époque précédente, de nature tant judiciaire que politique. L'institution, considérée

² Cf. F. CORDERO, *Procedura penale*, Turin 2012, p. 190-191.

³ P. DOLCE, *Origine e attribuzioni del Pubblico Ministero nel Regno d'Italia*, Brescia 1813, p. 11.

⁴ Sur la participation très active d'Alexander Bach à la vie politique de l'Empire des Habsbourg dans les années 1850, C. A. MACARTNEY, *The Habsburg Empire, 1790-1918*, 1969, trad. it *L'Impero degli Asburgo. 1790- 1918*, Milan 1976, *ad indicem*.

Le ministère public en Italie après l'unification

comme essentielle dans le cadre d'une monarchie constitutionnelle où la justice vient du souverain, avait la charge de représenter le pouvoir souverain dans la mission de poursuivre tous ceux qui se rendaient coupables d'attentat à l'ordre social et à la sûreté publique. Elle était en même temps un moyen de communication entre le roi et l'autorité judiciaire, cette dernière devant être indépendante dans l'exercice de ses fonctions, même si une surveillance générale par le souverain était réputée nécessaire⁵.

II - Le principe de la légalité ou... de l'opportunité jusqu'à la formation du Royaume d'Italie

Un des problèmes les plus délicats liés à cette institution était l'application du principe de la légalité ou, à l'inverse, de l'opportunité des poursuites exercées par le ministère public. La question continuera longtemps de se poser en Italie et prendra même un caractère plus aigu dans les dernières décennies du vingtième siècle. Le premier code de procédure pénale en Italie en 1807, lié au nom de Gian Domenico Romagnosi (juriste et philosophe, écrivain généreux assez engagé dans le domaine pénal) semblait pencher en faveur du principe de la légalité des poursuites « essentiellement publiques ». C'est ce que prévoit 'son' *code de procédure criminelle* de 1807, le seul code autochtone élaboré par des juristes italiens, entré en vigueur dans le Royaume d'Italie napoléonien. Son article 2 prescrit : « Chaque délit donne lieu à action pénale ». Quant à l'article 4, il précise : « La poursuite est essentiellement publique ». Sur ce point, il suit la formulation de l'article 1^{er} des *Disposizioni preliminari* du *Metodo di procedura criminale* de 1806, premier projet imprimé des travaux préparatoires du code de procédure criminelle pour le Royaume d'Italie. Cet article 1^{er} est lui-même lié à l'article 4 du *code des délits et des peines* de 1795, autrement appelé *Code Merlin* : « Dans les délits que le code pénal qualifie de publics, la poursuite est exercée d'office par les fonctionnaires publics chargés par la loi... ». Il s'agissait des commissaires de police au niveau des juges de paix et surtout des

⁵ *Breve esposizione dell'origine e dei progressi dell'istituzione del Pubblico Ministero*, Pavie, 1849, notamment p. 8-9. Sur les professeurs de l'Université de Pavie, A. ANDREONI et P. DEMURU, *La Facoltà politico legale dell'Università di Pavia nella restaurazione, 1815-1848: docenti e studenti*, prefazione di L. MUSSELLI e M. C. ZORZOLI, Bologne 1999, p. 61, 115-124 (sur l'attribution de l'ouvrage anonyme à l'auteur). E. D'AMICO, "La Facoltà giuridica pavese dalla riforma francese all'unità", dans *Annali di storia delle università italiane*, 7 (2003), notamment p. 118 et s. Le même, "Agostino Reale e la civilistica lombarda nell'età della restaurazione", dans *Studi di storia del diritto*, 2, Milan 1999, p. 773-818.

procureurs royaux ou des procureurs généraux royaux au niveau des tribunaux 'correctionnels' et des cours).

Peu de temps après, le même auteur dans un de ses essais (*Necessità d'una dichiarazione di massima per distinguere quando il Ministero Pubblico debba agire d'ufficio, e quando dietro istanza della parte*, écrit après 1810) dénonçait les dangers d'un système fondé sur l'opportunité des poursuites, car cela pouvait conduire à voir -disait-il- un ministère public ne pas agir quand il devrait et agir quand il ne devrait pas. Ses réflexions, quoique destinées en l'occurrence à poser des limites à l'action publique en l'absence d'une plainte, ce que la loi prévoyait, révélaient sa volonté de censurer l'arbitraire dans le domaine de l'action pénale⁶. Il est en tout cas certain que le principe de la poursuite obligatoire n'a pas toujours été respecté.

Pellegrino Rossi dans son *Traité de droit pénal* se prononçait en faveur d'une utilisation raisonnable du système de l'opportunité. Il prenait en considération l'utilité d'une action de la justice en faveur du maintien de l'ordre social, avec les conséquences d'un tel principe sur l'autorité, la sanction pénale et le procès. Il estimait qu'il fallait que le législateur accorde

⁶ V. ensuite art. 2, 4, 33 et s., du *Codice di procedura penale pel Regno d'Italia*, Milan 1807 : sur l'art. 4, E. DEZZA, *Il codice di procedura penale del Regno Italico (1807). Storia di un decennio di elaborazione legislativa*, Padoue 1983, notamment p. 315-316. Sur la source la plus proche de l'art. 2 v. art. 1 'Disposizioni preliminari' du *Metodo di procedura criminale* (1806), dans E. Dezza (éd.), *Le fonti del Codice di Procedura Penale del Regno Italico*, Milan 1985, p. 80. Le 'Primo progetto a stampa' fut le fruit du travail fondamental d'une commission nommée en 1805 et chargée de composer un projet de code pénal et un autre de 'Méthode de procédure criminelle' (plus de détails dans DEZZA, "Introduzione", dans *Le fonti del Codice* cit., p. 9-10, où est mis en relief comment la 'Méthode' marque le retour au modèle législatif français qui était, dans le domaine de la procédure, le *code Merlin* (art. 4: "Tout délit donne essentiellement lieu à une action publique"). On peut lire l'essai *Necessità d'una dichiarazione di massima per distinguere quando il Ministero Pubblico debba agire d'ufficio, e quando dietro istanza della parte*, dans G.D. ROMAGNOSI, *Opere*, a cura di A. De GIORGI, vol. IV, p. 2 *Scritti sul diritto penale*, Milan 1842, p. 857-861, notamment p. 860-861 : « Il ne reste donc d'autre parti que de fixer les cas où il ne faut pas procéder d'office : sans cela, soit il faudra introduire partout l'enquête criminelle, soit on laissera un arbitraire illimité. C'est pourquoi on procédera d'office là où il ne faut pas, ou bien on ne procédera pas là où il faudrait ». Sur ce grand maître à penser italien et sur ses ouvrages il y a beaucoup d'essais : v. L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi. 1. Il progetto costituzionale, 2. La scoperta del diritto amministrativo*, Milan 1984-1987 (*Per la storia del pensiero giuridico* 18 e 24) ; pour ce qui est de son apport au procès pénal on peut renvoyer en dernier lieu à E. DEZZA, *Il codice di procedura penale*, cit., où on trouve aussi des données biographiques.

Le ministère public en Italie après l'unification

la faculté de ne pas poursuivre afin que la justice, destinée en principe au maintien de l'ordre social, ne devienne pas un facteur de désordre. C'est pourquoi on confiait à celui qui était appelé à poursuivre les crimes le soin d'engager la poursuite ou d'y renoncer en fonction de considérations liées à l'opportunité sociale⁷.

III - Du code de 1865 au code de 1913 : un ministère public qui change...

En Italie, les travaux du code de procédure pénale engagés à partir du 1^{er} janvier 1866, ont abouti à confirmer le principe de la légalité des poursuites. Pourtant, Joseph Pisanelli, l'âme de notre code civil de 1865, envisageait une solution différente. Déjà en 1863 il avait élaboré trois projets de réforme partielle de la procédure pénale et en 1864 le projet d'un premier livre du nouveau code, tout de suite censuré et laissé de côté. Il avait proposé cette solution différente au Sénat au cours de la session du 18 février 1864, dédiée au projet de loi portant sur quelques modifications du code de procédure pénale et portant sur la compétence des juges pénaux (*di mandamento*⁸). Il suggérait de s'inspirer du modèle français qui permettait de

⁷ P. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, nouvelle traduction italienne avec notes et adjonctions de E. PESSINA, Turin 1859, p. 153 et s. Sur l'auteur cf. en dernier les essais recueillis dans *Un liberale europeo : Pellegrino Rossi (1787-1848)* (*Atti della giornata di studio Macerata*, 20 novembre 1998) a c. di L. Lacchè, Milan 2001.

⁸ Cf. « Seguito della discussione sul progetto relativo alla competenza in materia penale dei giudici di mandamento ». *Atti ufficiali della Camera dei Senatori*, session 1863-64, II legislatura, session 18 febbraio 1864, notamment p. 163 ; v. aussi *Atti Parlamentari*, Senato, *Discussioni*, session 1863-64, séance del 17 febbraio 1864 : l'intervention du ministre garde des Sceaux Pisanelli (aux p. 936-944) a été publiée de nouveau dans M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano 1966, p. 691-704. V. ensuite *Atti ufficiali della Camera dei Senatori*, session 1863-64, II legislatura, séance du 1er juin 1863, notamment p. 29. On a des renseignements sur les trois projets de 1863 ; le premier portant sur la soumission de l'exercice de la poursuite aux cas donnés à la plainte de la partie offensée, et sur les limites à fixer aux pouvoirs confiés au juge d'instruction lorsqu'il est appelé à pourvoir sur les actes d'instruction déjà accomplis ; le deuxième sur la modification de la composition des Cours d'assises ; le troisième sur l'élargissement de la compétence des *pretori* (alors juges *di mandamento*) et sur l'abolition de l'appel correctionnel. On a des renseignements aussi autour du projet de code composé en 1864, limité au premier livre de la procédure pénale, qui après la présentation à la Chambre des députés d'un projet de loi pour l'extension du code de procédure criminel sarde de 1859 aux provinces toscanes, devait remplir les lacunes du texte de 1859, en corriger les abus et perfectionner la liberté provisoire. L. CASORATI, "Il processo penale e la riforma", dans *Monitore dei Tribunali*, 19, 1878 (12 gennaio), notamment p. 28 ; E. PESSINA, "Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino

s'appuyer sur des considérations d'intérêt public. Les difficultés rencontrées par le système judiciaire tenant à l'impossibilité d'engager immédiatement toutes les procédures en s'appuyant sur les moyens humains et financiers nécessaires, le conduisaient à préconiser des critères de priorité précis en matière de politique criminelle. Il fallait par exemple évaluer l'opportunité de poursuivre ou non des crimes anodins, qui ne causaient que des troubles limités à l'ordre social. Il convenait également de conditionner, le cas échéant, la poursuite de certaines catégories de crimes au dépôt d'une plainte de la victime. Il paraissait nécessaire de trouver des solutions capables de produire un effet déflationniste sur la masse des procédures à diligenter tout en assurant une justice plus disponible et efficace tant à l'accusé qu'à la victime du crime. Tout cela explique sa proposition de soumettre l'action pénale à des considérations d'opportunité, dans des limites raisonnables. Malgré la pertinence de ces analyses, le problème semble ne pas exister aux yeux de la doctrine du dix-neuvième siècle lorsqu'elle commente l'article du code de procédure pénale consacré à ce sujet.

Dans cette position, le caractère politique du ministère public a joué un rôle indiscutable, soit que son office ait été lié au pouvoir exécutif conformément au système italien du dix-neuvième et de la première moitié du vingtième siècle, soit qu'il ait pu s'affirmer comme un juge indépendant du pouvoir politique, ce dernier représenté par le gouvernement. Ce caractère politique est en Italie souligné par plusieurs auteurs. On peut d'abord mentionner Giuseppe Carmignani, criminaliste de renom, longtemps professeur de droit criminel à Pise, modèle de la figure du *pénaliste professionnel* pour reprendre l'expression de Mario Sbriccoli. Illustre avocat, il publie en 1841 un essai intitulé « Cenni storico-giuridici sul Ministero Pubblico » dans les *Annali di giurisprudenza* qui constituent l'une des premières revues juridiques importantes en Italie. Décrivant les missions du ministère public, il les déclare plus politiques que judiciaires⁹.

alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)”, dans *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di monografie*, a c. di E. Pessina, vol. II, Milan 1906, p. 660 ; cf. en dernier lieu M. MILETTI, *Un processo per la terza Italia. Il codice di procedura penale del 1903. I. L'attesa*, Milan 2003, p. 72.

⁹ G. CARMIGNANI, “Cenni storico giuridici sul Ministero Pubblico”, dans *Annali di Giurisprudenza. Pubblicazione periodica a cura di una Società di giureconsulti*, I (1841), p. 19-39, 73-98 : l'essai fut signalé par Karl MITTERMAIER (“Sullo stato attuale delle scienze legali in Italia con esame delle opere e dei giornali legali più importanti pubblicati in Italia da tre anni, specialmente riguardo alla legislazione e giurisprudenza penale”, publié dans *Eco dei Tribunali*, 1852 (n° 174 del 1° aprile),

Le ministère public en Italie après l'unification

Tout de suite après l'unification italienne un avocat très attentif aux problèmes de la réforme de l'ordre judiciaire, Giovanni Carcano, reçut de l'ordre des avocats milanais la charge d'étudier le rôle et les fonctions du ministère public, afin d'élaborer des propositions. Cet avocat de Milan était qualifié de « génial, brillant et verbeux au point de devenir prolix¹⁰ ». Dans un riche essai publié en 1866, il dressa du ministère public un portrait tendant à en prononcer la suppression. Il niait l'utilité de son action et proposait de la confier aux juges dans l'exercice de leur fonction judiciaire. La tâche que Merlin confiait au ministère public¹¹ était méconnue par Carcano car il n'était pas possible d'après lui d'imaginer chez les titulaires de cette fonction une primauté intellectuelle et morale par rapport aux juges. Au contraire : la qualité de l'activité exercée par les juges bénéficiait d'une présomption de supériorité par rapport aux membres du ministère public¹².

p. 631. La revue dans laquelle sortait l'article de Carmignani, par rapport aux autres revues contemporaines qui avaient un titre presque identique, était variée quant au contenu, et s'y succédaient des essais de doctrine, des comptes rendus de jurisprudence et des suggestions bibliographiques. Après la première année, la publication fut interrompue. Sur le grand criminaliste italien v. *Nuove Giornate Carmignani. Congresso storico-giuridico: Giovanni Carmignani (1768-1847), maestro di scienze criminali e pratico del foro, sulle soglie del diritto penale contemporaneo*, avec de nombreux essais ; encore A. MAZZACANE, "Carmignani, Giovanni", dans *Dizionario biografico degli Italiani*, 20, Rome 1977, p. 415-421 ; P. COMANDUCCI, "La scuola criminalistica pisana tra Sette e Ottocento", dans *La Leopoldina. Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del '700 europeo. X Illuminismo e dottrine penali*, Milan 1990, p. 243 et s. ; M. SBRICCOLI, "La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita", dans A. SCHIAVONE (éd.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, Rome 1990, notamment p. 150 et s., maintenant dans *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milan 2009, p. 497 et s.

¹⁰ G. BORTOLOTTI, "Ministero pubblico (materia penale)", dans *Digesto italiano*, vol. XV, p. II, Torino 1929 (l'entrée est datée de 1906), p. 566.

¹¹ Cf. P.A. MERLIN, « ministère public », § V, dans *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* (V^e éd.), XX, Bruxelles 1827, p. 223 : « Quel est le guide qu'on a donné à la justice ? C'est l'homme de la loi et du public ; c'est un ministère qui prépare tout, et qui ne consomme rien : par là... ».

¹² G. CARCANO, *Il Pubblico Ministero*, dans *Monitore dei Tribunali*, ensuite en édition autonome. Sur la figure et l'ouvrage de CARCANO v. tout à fait récemment mon essai "Giovanni Carcano ovvero... una penna al servizio della patria", dans S. BORSACCHI e G. S. PENE VIDARI (édd.), *Avvocati che fecero l'Italia*, Bologne 2011, p. 294-314 ; mais déjà S. SOLIMANO, *Il letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del Codice civile unitario: i progetti Cassinis (1860-1861)*, Milan 2003, p. 24, 45-46. Le même, "Due popoli. Due codici. Il dibattito del diritto civile tra Lombardi e Piemontesi alle soglie dell'unità (1859-1860)", dans A. PADOA

Carcano refusait le ministère public, qui semblait porter atteinte au principe selon lequel chaque institution a la capacité de se suffire à soi-même. Si le ministère public voulait être d'une façon ou d'une autre utile à la magistrature, il fallait qu'il se borne, selon l'avis du juriste lombard, à faire fonction de simple mémoire de la loi auprès du juge, lui fournissant un commentaire de la loi sans prétendre ajouter rien d'autre. Cette proposition tendait à confiner le ministère public dans un rôle très modeste, sans trop d'efficacité du point de vue pratique.

En 1873 dans un discours d'ouverture de l'année judiciaire, Francesco Carrara, professeur de droit pénal et considéré comme le fondateur de l'école classique, prononçait, alors que la polémique battait son plein, des propos incisifs sur l'office du ministère public. Qu'on les approuve totalement ou partiellement, ou qu'on les réfute, ces propos nous aident à nous concentrer sur les aspects les plus évidents du problème : « Il y a celui qui a dit que le ministère public est le fils aîné de la justice. Sur un plan chronologique, le ministère public qui poursuit les coupables peut s'attribuer une telle qualité car la poursuite est le premier moment dans lequel la justice pénale s'exprime. Pour autant, le ministère public qui aspire à exercer la surveillance, c'est-à-dire le contrôle des magistrats ne se présente pas tout à fait comme un fils de la justice ou alors s'il avait droit à cette qualité, ce serait comme Oreste l'était. En fait, il est fils de la politique, ce que chacun connaît trop souvent comme l'autre nom de la tyrannie. En tant que fils de la politique, il est alors le pire ennemi de la justice s'il a le pouvoir d'asservir d'une quelconque façon, directe ou indirecte, la conscience de ceux qui jugent»¹³.

En 1875, Émile Federici, substitut du procureur du Roi et secrétaire du procureur général près la cour d'appel de Venise, ne pouvait que défendre la sphère d'action du ministère public, qui s'étendait du procès pénal au procès civil, qui se déployait au sein de la juridiction tant contentieuse que volontaire, et qui incluait un éventail très large d'activités dans le domaine de l'administration judiciaire et politique. Les fonctions exercées, très

SCHIOPPA, G. di RENZO VILLATA, G. P. MASSETTO (éd.) *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, vol. III, Milan 2003, p. 2093-2134. Le même, "Due popoli. Due codici. Il dibattito sull'unificazione del diritto civile tra lombardi e piemontesi alle soglie dell'Unità (1859-1860)", dans *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, Padoue 2006, p. 365-407.

¹³ F. CARRARA, II "I discorsi d'apertura (1873)", dans le même, *Progresso e regresso del giure penale nel nuovo Regno d'Italia osservato nella dottrina, nella legislazione e nella giurisprudenza*, I (*Opuscoli di diritto criminale*, IV), Florence 1902 (IV^e éd.), p. 53.

Le ministère public en Italie après l'unification

différentes les unes des autres, étaient minutieusement décrites, presque avec orgueil, afin de mettre en lumière le rôle déterminant joué dans le fonctionnement de l'État par ce petit groupe de personnalités, surtout comparé au nombre des juges, de surcroît privées de l'inamovibilité.

Il cherchait à surmonter les objections les plus fortes qui étaient adressées au régime actuel. En particulier, il n'était pas d'accord sur l'évaluation négative qui était portée sur l'ingérence du ministère public en tant qu'organe du pouvoir exécutif dans la surveillance disciplinaire des juges et, encore, sur l'influence exercée par le ministère public sur leur avancement, leur affectation et leur transfert. Selon les juristes hostiles à cette situation, il y avait là un des obstacles les plus forts à l'indépendance des juges¹⁴.

En 1880, Francesco Lafrancesca, avocat général à la Cour de cassation, dédia ses *Nouvelles Considérations sur le ministère public dans l'ordre judiciaire*, à Pasquale Stanislao Mancini alors ministre garde des Sceaux. Il employait des termes très forts, très métaphoriques, afin de combattre les jugements défavorables à l'institution du ministère public. Il en défendait la vitalité et la valeur dans la configuration actuelle et soulignait les dangers liés à son éventuelle disparition : « Le ministère public n'est pas un arbre affaibli qu'il faut abattre d'un coup de hache mais un arbre plein de vie et d'épanouissement ». Il dénonçait également les périls qui pourraient résulter des changements susceptibles d'être introduits dans ses traits distinctifs dominants. Il proposait de lui donner une plus grande liberté et une plus grande indépendance en s'inspirant de certaines expériences étrangères dont il tirait des arguments en faveur de l'institution¹⁵. La même année, Gabriele Napodano exprimait un avis très sévère sur cette dernière¹⁶.

Au début de 1880, en présence de personnalités politiques influentes, Minghetti avait tenu à Naples un discours sur l'ingérence des députés dans les choses de justice et dans l'administration publique. Il considérait qu'il y avait là un problème à surmonter par des mesures et par des garanties introduites dans l'ordre juridique étatique. Son discours avait suscité une motion de censure déposée par un groupe de députés qui voyaient dans ses propos une offense aux prérogatives du Parlement. Minghetti revint rapidement sur le sujet avec une détermination renouvelée et tout à fait évidente dans un essai flamboyant paru en 1881, intitulé *I partiti politici e*

¹⁴ E. FEDERICI, *Due questioni sul pubblico ministero*, Venise 1875.

¹⁵ Cf. F. LA FRANCESCA, *Del Pubblico Ministero nell'ordine giudiziale. Nuove considerazioni*, Naples 1880, p. 3 et 50.

¹⁶ G. NAPODANO, *Del Pubblico Ministero nei popoli civili*, Naples 1880, *passim*.

l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione, publié plusieurs fois en Italie à la fin du XIX^e siècle et bénéficiant d'une réimpression significative à la fin de la deuxième guerre mondiale, en 1945, et de trois autres éditions dans les années 1990. Le grand homme d'État, s'appuyant sur l'analyse des institutions françaises, allemandes, anglaises, américaines, espagnoles, portugaises et grecques, prenait la défense de l'institution du ministère public bien qu'il jugeait son action parfois discutable. Le problème était d'assurer l'impartialité au sein de la justice et de l'administration sous un gouvernement dominé par les partis. Reconnaissant qu'il était impossible d'avoir des formes libres de gouvernement sans l'existence de partis et sans le libre jeu de leur activité, et constatant la tendance naturelle des partis à exercer une ingérence indue au sein de la justice et de l'administration, il s'interrogeait sur les moyens susceptibles de protéger la constitution politique dans ces conditions.

Il abordait la question sans tabou, soutenant qu'une réforme des institutions était sans aucun doute nécessaire. Il considérait que l'arbitraire du ministère public s'accroissait du fait du défaut de clarté des lois dans certains domaines et du fait de leur interprétation obscure. Le procureur du Roi n'agit pas sous la forme d'une action publique s'appuyant sur des lois constantes mais sur la pression du gouvernement. Il fournissait de nombreux exemples de cette tendance : associations ayant pour but la subversion de l'ordre social traduites devant les tribunaux ou à l'inverse laissées libres ; journaux poursuivis et journaux laissés libres malgré leur conduite coupable, avec des offenses au Roi ou au Pape non poursuivies ; apologies de faits qualifiés par le code pénal de crimes ou délits, provocations à la haine entre classes sociales, articles dans les journaux où les bonnes mœurs étaient offensés, toutes actions que les procureurs ne prenaient pas en considération jusqu'à ce que, tout à coup, ces procureurs agissent. L'opinion publique pouvait alors avoir le sentiment que leur action n'était pas spontanée mais commandée par le gouvernement central. Le ministre-député prévoyait, si ce problème ne recevait pas de solution, que les constitutions modernes ne pourraient pas durer et seraient rejetées par les opinions publiques de la même façon que les gouvernements absolus¹⁷.

¹⁷ Cf. M. MINGHETTI, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, rist. Rome 1945 (avec une préface de G. SARAGAT), p. 51 ; v. aussi, avec le titre un peu modifié (*I partiti politici e la loro ingerenza nella giustizia e nell'amministrazione*) les trois éditions des dernières années du XX^{ème} siècle (Naples 1992, avec une préface de Natalino IRTI, Milan 1995, avec une préface de Carlo GUARNIERI, Milan 1997). Sur l'ouvrage v. G. CIANFEROTTI,

Le ministère public en Italie après l'unification

Antoine Buccellati, Milanais lui aussi, alors professeur de droit pénal à l'Université de Pavie, n'arrivait pas à trouver de raisons valables à la situation ambiguë du ministère public, ce qu'il critiquait de façon vigoureuse. Le ministère public doit, à son avis, éviter d'apparaître comme un personnage hermaphrodite, comme « un magistrat qui présente ses compliments à la politique, qui fait de la *politique sur le dos de la magistrature* » en s'affirmant comme un représentant du pouvoir exécutif. Cette dénonciation renvoie à la pensée de Carcano. Si la première qualité d'un État qui se veut fondé sur la notion de Justice devrait affirmer la supériorité de la justice même, cette dernière serait conduite à échapper aux influences publiques et aux intérêts privés. En découlait l'indépendance nécessaire de l'organe appelé à exercer la poursuite, ce qui conduisait à confier cette prérogative au pouvoir judiciaire sans autre option, en veillant à assurer une distinction convenable entre accusation et jugement, donc à faire fixer par la loi des règles distinguant les rôles¹⁸.

Depuis 1865 jusqu'à la fin du XIX^e siècle se développèrent plusieurs projets de réforme du premier code de procédure pénale en vigueur à partir du 1^{er} janvier 1866. A peine un mois avant son entrée en vigueur, on changea les articles 353 et 678 sur les pouvoirs du ministère public et sur les droits des prévenus à l'appel¹⁹. Jusqu'en 1896 il y eut au moins dix projets présentés sans succès par le gouvernement, parfois sous forme de textes

Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana tra Otto e Novecento (Quaderni di studi senesi 48), Milan 1980, spec. p. 106-110. En ce qui concerne les rapports entre ministère public et pouvoir exécutif v. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Turin 2011, p. 99-103.

¹⁸ A. BUCCELLATI, *Istituzioni di diritto e procedura penale secondo la ragione e il diritto romano*, Naples-Milan-Pise 1884, p. 445-451, spéc. 448 et 451. Sur l'auteur (1831-1890), qui nous laisse une riche production scientifique, cf. M. CARAVALE, "Buccellati, Antonio", dans *Dizionario biografico degli Italiani*, XIV, Rome 1972, p. 753-754, spéc. p. 754, où les *Istituzioni* sont réputées comme un des meilleurs ouvrages produits par l'école classique italienne ; E. DEZZA, "Tra Scuola classica e Scuola positiva: lo studio delle discipline penalistiche a Pavia alla fine del XIX secolo", dans *Fedi e culture in area padana tra '800 e '900 (Annali di storia pavese)*, Pavie 1995, avec le titre "Tra scuola classica e scuola positiva : Antonio Buccellati e le « Istituzioni di diritto e procedura penale » (1884)", dans le même, *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milan 1992, p. 391-423 ; tout à fait récemment A. SANTANGELO CORDANI, *Alla vigilia del codice Zanardelli. Antonio Buccellati e la riforma penale nell'Italia postunitaria*, Milan 2008.

¹⁹ M.N. MILETTI, *Un processo per la terza Italia : il Codice di procedura penale del 1913*, notamment p. 92. V. G. VACCA, "La riforma penale. II. Il processo penale nella sua fisionomia generale", dans *Rivista penale*, 35 (1892), p. 417.

partiels, comme les projets De Falco, Villa²⁰, Tajani, Ferraris²¹, Calenda di Tavani²², Costa²³, Orlando, Fani. Il y eut également des projets plus complets constitué par un code présenté de façon ordonnée, mais ces efforts n'aboutirent pas à des résultats significatifs. Changent d'abord les principes qui avaient inspiré la structure du procès pénal que l'on souhaite désormais concevoir comme construit de façon scientifique. Certains refusent quelques valeurs fondamentales comme le principe du contradictoire, comme l'oralité, comme le jury, comme les garanties de la défense. Il en va ainsi dans le projet composé par la commission Bonacci dont l'âme et l'inspirateur

²⁰ Cf. le texte du projet et le « Rapport ministerial » dans *Rivista penale*, 12, 1880, respectivement p. 199-203; 303-309, 416-422. V. encore G. CRIVELLARI, “Il progetto dell'onor. Villa di riforma al processo penale”, dans *Rivista penale*, 13, 1880, p. 325 et s.

²¹ “Progetto di legge presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (L. Ferraris) al Senato del Regno nella seduta del 21 aprile 1891”, dans *Rivista penale*, 32, 1891, p. 498-502. Sur le débat parlementaire relatif à la partielle approbation du projet cf. “Rassegna parlamentare italiana – Senato del Regno (Sedute dal 26 novembre al 4 dicembre 1891)”, dans *Rivista penale*, 35, 1892, p. 79-80.

²² Renseignements autour de ce projet dans “Rassegna parlamentare – I progetti di parziali riforme di procedimento penale presentati dal ministro Guardasigilli al Senato del regno”, dans *Rivista penale*, 42, 1895, p. 278-290. V. en outre “Relazione Bianchi sui progetti Calenda del 13 luglio 1895”, dans *Rivista penale*, 43, 1896, p. 69-72 ; “Relazione Canonico intorno al progetto sulla competenza dei pretori”, dans *Rivista penale*, 43, 1896, p. 72-73. De Vincenzo CALENDIA DI TAVANI v. encore *Le corti di Cassazione regionali e le riforme giudiziarie. Discorso del Procurator Generale del Re... all'Assemblea Generale del 3 gennaio 1893 della Corte di Cassazione di Napoli*, Naples 1893. Cf. en outre L. LUCCHINI, *I sei progetti di riforma al procedimento penale*, dans *Rivista penale*, 42, 1895, p. 221-232 ; G. VACCA, “Le riforme nella procedura penale proposte dal guardasigilli al Senato”, dans *Rivista penale*, 42, 1895, p. 327-355; F. BENEVOLO, “Le riforme al codice di procedura penale – dell'opposizione e, in genere, dei giudizi contumaciali”, dans *Rivista penale*, 41, 1895, p. 209-214. Le même, “Le riforme al codice di procedura penale - Appello, cassazione, revisione”, dans *Rivista penale*, 44, 1896, p. 23-28.

²³ Renseignements autour de ce projet dans “Rassegna parlamentare – Appello e cassazione - Progetto di legge presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti Costa al Senato nella tornata del 10 dicembre 1896”, dans *Rivista penale*, 44, 1897, p. 199-207. Sur le projet cf. G. GREGORACI, “Sulle modificazioni al processo penale proposte dal ministro Costa”, dans *Rivista penale*, 45, 1897, p. 116-130 ; F. BENEVOLO, “Appello e cassazione. Osservazioni in occasione di due recenti proposte di modificazione al codice di procedura penale”, dans *Rivista penale*, 45, 1897, p. 439-441.

Le ministère public en Italie après l'unification

est Raffaele Garofalo²⁴). Néanmoins dans une phase ultérieure, entre la fin XIX^e siècle et les premières années XX^e siècle l'intervention de personnages plus modérés et très actifs permet de réaliser une restauration partielle du texte antérieur. Luigi Lucchini fournit un exemple de cette position²⁵.

²⁴ Raffaele Garofalo (Naples 1851-Naples 1934), magistrat italien, avant de devenir premier président de la Cour de cassation, sénateur du Royaume d'Italie en 1909, fut un des fondateurs de l'école positive de droit pénal. Il fut auteur prolifique : on peut voir ses *Studi recenti di penalità* (1878) ; *Di un criterio positivo della penalità* (1880) ; *Criminologia : studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, (1885; 2^{ème} èd. 1891), qui est, avec les ouvrages de Cesare Lombroso et de Enrico Ferri, parmi les plus remarquables du nouveau courant scientifique ; *Contro la corrente ! Pensieri sulla proposta abolizione della pena di morte* (1888) ; *Riforma della procedura penale in Italia : progetto in un nuovo codice*, Turin 1889 (avec Luigi Carelli : v. le texte et la note 24) ; *Ancora sulla pena capitale* (1933).

²⁵ Cf. G. VACCA, dans *Commento al Codice di procedura penale* a cura dei signori L. MORTARA - A. STOPPATO - G. VACCA - A. SETTI - S. LONGHI, vol. I *I progetti di riforme parziali e i lavori delle Commissioni riassunti ed esposti*, Turin 1913, p. 5-84 (sur les projets de réformes partielles) ; p. 85 et s. (sur les travaux des commissions chargées de proposer le projet préliminaire du code). V. en outre F. BENEVOLO, "Le riforme al codice di procedura penale. Il pubblico ministero e il giudice istruttore", dans *Rivista penale*, 31, 1890, p. 405-417. Le même, "Le riforme al codice di procedura penale. La parte civile", dans *Rivista penale*, 33, 1891, p. 238-244. Le même, "Le riforme al codice di procedura penale. La carcerazione preventiva", in *Rivista penale*, 36, 1892, p. 5-14 ; G. VACCA, "L'amministrazione della giustizia penale in Italia e la riforma del codice di procedura", dans *Rivista penale*, 35, 1892, p. 560-564. Le même, "La riforma del codice di procedura penale in Italia. La pubblica opinione e la riforma", dans *Rivista penale*, 36, 1892, p. 217-234. Le même, "La riforma del codice di procedura penale in Italia. Il processo penale nella sua fisionomia generale", dans *Rivista penale*, 36, 1892, p. 417-426. Le même, "La riforma del codice di procedura penale in Italia. Il processo penale nella sua struttura e nella pratica. § 1. I difetti. Le azioni nascenti dai reati", dans *Rivista penale*, 37, 1893, p. 209-222. Le même, "La riforma del codice di procedura penale in Italia. Il processo penale nella sua struttura e nella pratica. I difetti". § 2. "La competenza", dans *Rivista penale*, 38, 1893, p. 293-310. Le même, "Studi di riforma legislativa. Di nuovo sulla posizione in accusa", dans *Rivista penale*, 42, 1896, p. 125-149. L. LUCCHINI, "Appunti di riforma legislativa. Azione penale", dans *Rivista penale*, 49, 1899, p. 5-15. Le même, "Giustizia per tutti. A proposito di un nuovo Codice di procedura penale", dans *Rivista penale*, 54, 1901, p. 489-505. Pour le projet de 1893 v. *Foro penale*, III, p. 25. Pour les actes de la commission constituée en 1898 par Finocchiaro Aprile (elle poursuivait les travaux deux années et demi durant sous le garde des Sceaux Bonasi avant que d'être publiés par le ministre Gianturco) cf. *Lavori preparatorii del codice di procedura penale per il Regno d'Italia. Atti della Commissione istituita con decreto 3 ottobre 1898 del Ministro Grazia e Giustizia e dei Culti (Finocchiaro Aprile) con l'incarico di studiare e proporre le modificazioni da introdurre nel vigente codice di procedura penale*, 2

Raffaele Garofalo et Luigi Carelli, partisans appréciés de l'école positiviste et hauts magistrats napolitains, composaient, vers la fin des années 1880, un projet vaste et articulé de réforme du code de 1865. Ce projet mérite notre attention pour les horizons non limités de la structure et pour l'engagement employé dans la rédaction. S'agissant du principe de la légalité des poursuites et de la nécessité 'sociale' du châtement de chaque crime afin d'empêcher toute perturbation de la sensibilité publique, la nécessité 'sociale' étant réputée au niveau théorique « inexorable, aveugle, fatale », les deux auteurs se rendaient eux-mêmes à l'impossibilité de réaliser dans la pratique le concept de l'égalité absolue dans l'application de la loi pénale « dans tous les cas, dans tous les temps et contre toutes personnes »²⁶.

Le garde des Sceaux Enrico Pessina, un professeur de droit pénal renommé, envoyait une circulaire en date 28 février 1885 aux procureurs généraux de Venise, Bologne et Parme afin de communiquer la volonté du gouvernement d'empêcher les grèves générales qui menaçaient au printemps : il leur confiait la charge d'agir en justice contre les chômeurs accusés de manifestations séditeuses et de dissoudre les associations ouvrières, ou au moins d'ordonner des perquisitions et des séquestres dans les sièges sociaux.

Entre 1907 et 1908 suivaient quelques réformes, très significatives quoique peu efficaces : elles furent voulues par Vittorio Emanuele Orlando, un grand juriste italien spécialisé en droit administratif, alors garde des Sceaux, qui dans le passé avait critiqué le défaut d'indépendance de la magistrature vis-à-vis du pouvoir exécutif. La loi du 14 juillet 1907 institua le Conseil supérieur de la magistrature. L'année suivante, la loi du 24 juillet 1908 fixa la garantie de l'inamovibilité des juges de leur siège²⁷. Mais la

volumes dont un des *Verballi delle Commissioni*, l'autre des *Relazioni dei Commissari* (v. aussi le fascicule ajouté sur les *Principi adottati dalla Commissione*). Cf. aussi en dernier lieu F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Turin 1986, p. 94-98. Le même, *Procedura penale cit.*, p. 82-85, sur la genèse du code, mais surtout Miletta, *Un processo per la terza Italia*, notamment p. 88 et s.

²⁶ R. GAROFALO et L. CARELLI, *Riforma della procedura penale in Italia. Progetto di un nuovo codice*, Turin 1889, notamment p. 152 (le caractère italique dans le texte est employé dans l'édition), mais aussi p. 153-165.

²⁷ Cf. sur ces réformes E. R. PAPA, *Magistratura e politica. Origini dell'associazionismo democratico nella magistratura italiana (1861-1913)*, Padoue-Venise 1973, p. 75 et s. ; v. encore U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bologne 1989,

Le ministère public en Italie après l'unification

réussite de ces lois ne fut pas très grande. Ludovico Mortara jugeait ces lois avortées par rapport aux buts fixés, même s'il excluait une émancipation absolue de la magistrature et par conséquent –disait-il– contre l'isolement, contre la séparation par rapport au pouvoir exécutif et contre un autogouvernement poussé à l'extrême, estimant dangereux dans un Etat démocratique l'existence d'un pouvoir absolu exercé par un organe qui n'était pas soumis à un contrôle²⁸.

Le code de 1913²⁹ qui eut une vie très courte, organise de façon ambiguë les caractéristiques du ministère public. Il lui assigne des pouvoirs mixtes non seulement de mise en accusation du coupable mais aussi de défense de l'innocent. Il accorde le pouvoir d'abandonner les poursuites tant aux

p. 485-500, notamment p. 494. L. DAGA, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Naples 1993, *passim*; A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano : dagli albori dello Statuto albertino al crepuscolo della Bicamerale*, avec avant-propos de G. de VERGOTTINI (Seminario giuridico dell'Università di Bologna 188), Milan 1999, p. 22 et s. Sur la pensée d'Orlando autour de la magistrature italienne cf. V. E. ORLANDO, "La giustizia amministrativa", dans *Primo Trattato di diritto amministrativo*, vol. III, Milan 1900, p. 635-638 : sur son apport v. G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana tra Otto e Novecento* (Quaderni di studi senesi 48), Milan 1980, notamment p. 168-170. Le même, *Storia della letteratura amministrativistica italiana, 1. Dall'unità alla fine dell'Ottocento : autonomie locali, amministrazione e costituzione*, Milan 1998, *ad indicem*.

²⁸ Cf. L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia*, Turin 1885, maintenant publié de nouveau avec le titre *Lo Stato moderno e la giustizia e altri saggi* (prémise de A. Pizzorusso), Naples 1992, spec. p. 85. V. d'un oeil critique aussi, à titre d'exemple, A. CARCANI, *L'amministrazione della giustizia in Italia. Studi e proposte di ordinamento giudiziario, circoscrizione territoriale, procedura civile*, Rome 1884, notamment p. 50-67.

²⁹ Cf. sur la genèse du code, maintenant MILETTI, *Un processo per la terza Italia*, *passim*; ensuite, sur les attributions du ministère public cf. en outre *Atti parlamentari. Legislatura XXII – Sessione 1904-1905. Progetto del codice di procedura penale per il Regno d'Italia. Disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Finocchiaro Aprile) nella seduta del 28 novembre 1905*, partie I *Relazione Ministeriale*, Rome 1905, p. 32-51, 222 et s., 283 (sur son rôle d'organe de juridiction). Sur cet aspect v. de façon incisive, C. STORTI STORCHI, *Accusare il delitto, difendere l'innocenza. Le impugnazioni del pubblico ministero nella legislazione e nella dottrina italiane nella prima metà del XX secolo*, dans A. PADOA SCHIOPPA - M.G. di RENZO VILLATA - G.P. MASSETTO (éd.), *Amicitiae pignus*, Milan, Giuffrè, p. 2191-2236, aussi dans B. DURAND, L. MAYALI, A. PADOA SCHIOPPA und D. SIMON (éd.), *Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten*, Fankfort 2005, p. 357-400.

magistrats du parquet qu'au juge d'instruction. Fait son apparition, sous une nouvelle forme, le principe de légalité qui subordonne le pouvoir de châtier à une sentence prononcée selon les formes établies par la loi (« Nessuno può essere punito se non in forza di una sentenza pronunziata con le forme stabilite dalla legge »), en liaison étroite –comme le disait le garde des Sceaux dans son rapport sur le projet de 1911– avec l'art. 1^{er} du code pénal afin de « fixer les frontières que le pouvoir social ne pouvait pas dépasser pour ce qui est de la forme comme du fond »³⁰. Bien que le principe de légalité soit confirmé, Silvio Longhi, savant magistrat, alors conseiller à la Cour de cassation, interprète l'art. 179 co. 2 qui règle l'inaction du ministère public, c'est-à-dire l'abandon de la poursuite, la soumettant à un décret du juge d'instruction à la demande du ministère public, mais de façon non rigoureuse. En effet, dans le cadre d'une « légalité juridictionnellement garantie », le code donne en revanche une marge importante au pouvoir discrétionnaire du ministère public considérant l'intervention du juge d'instruction comme non nécessaire et laissant le magistrat du parquet maître d'établir un « classement sans suite » pour les cas relevant de la 'bagatelle'³¹.

L'image du ministère public semble changer. Il n'est pas non plus partie mais organe de la justice. Il n'est pas seulement titulaire du pouvoir exécutif mais appelé à promouvoir la justice et l'intérêt de l'État. Il doit assurer la liberté civile de la personne, et pas seulement punir le coupable. En découlaient des pouvoirs multiples qui allaient de la poursuite au recours contre les sentences dans l'intérêt de l'accusé, et à la faculté de promouvoir la révision des sentences de condamnation. Simultanément, on imposait l'obligation pour le ministère public de produire les preuves non seulement à charge mais aussi à décharge de l'accusé. Mais bientôt ces règles ne sont plus agréées... comme, du reste, le nouveau code lui-même.

IV - Le ministère public au XX^e siècle entre le code de 1930 et la constitution républicaine

Sous le régime fasciste, le code de 1930, en vigueur en Italie jusqu'en 1989, donne de nouveau au ministère public le rôle d'une partie tout en

³⁰ *Progetto del codice di procedura penale per il Regno d'Italia e disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti (Finocchiaro Aprile) nella tornata del 23 maggio 1911*, Rome 1911 (Atti parlamentari 544, p. 85 (artt. 1- 3)).

³¹ S. LONGHI, dans *Commento al codice di procedura penale*, II, Turin 1923, 367 et s., 374 et s. : sur cette position CORDERO, *Procedura penale* cit., 425, 428.

Le ministère public en Italie après l'unification

renforçant ses pouvoirs. A titre d'exemple le pouvoir d'abandonner la poursuite qui n'est plus partagé avec le juge d'instruction. Ce choix ne se fit pas sans discussions. La *Relazione ministeriale* annexe au projet de loi présenté par le garde des Sceaux Alfredo Rocco dans la séance du 13 janvier 1925, préfigurait déjà d'importants changements touchant l'image et les pouvoirs du ministère public. L'équilibre du code de 1913 était censuré sans ménager les termes utilisés en le décrivant comme « inspirée par une indépendance hyperbolique et la neutralité » pour reprendre les formules du ministre. Il s'agissait de distinguer avec précision la fonction de juger, qui appartenait au juge en tant qu'organe du pouvoir judiciaire, et la fonction accusatoire qui revenait au ministère public en qualité d'organe du pouvoir exécutif.

Il jouissait, d'après les propos du ministre, de la faculté de renoncer à la poursuite tandis qu'on le privait du pouvoir d'agir dans l'intérêt et pour le compte de l'accusé, ce qui ne correspond pas à la fonction de partie que l'on voulait lui rendre : « Perché se il pubblico ministero, come organo distinto dal giudice deve conservarsi, esso non può essere raffigurato che come rappresentante dello Stato nella sua funzione esecutiva, e come attore e parte nel processo penale. Che se un tal carattere si volesse negargli, per farne un duplicato del giudice, tanto varrebbe abolirlo del tutto e configurare tutto il processo penale come un procedimento *ex officio* che il giudice mette in moto per sua propria iniziativa »³².

Mais la perspective à peine ébauchée n'obtint pas le consentement de tous. Le député Sarrocchi, membre de la commission appelée à examiner le projet de loi, était hostile à l'abrogation de l'art. 179 du code de procédure pénale de 1913 qui obligeait le ministère public à requérir auprès du juge d'instruction le décret d'abandon « si pour le fait il ne faut pas déclencher la poursuite ». Il attirait l'attention sur les dommages d'une « latitude laissée à l'arbitraire... pas autant pour les abus que l'on rendait possibles que parce que l'on en faisait apercevoir la crainte ». Il soulignait aussi que la 'nouveau' entraînait la possibilité d'une extension de l'ingérence du pouvoir politique dans l'exercice de la poursuite³³.

³² Cf. "Relazione del Ministro della Giustizia e degli Affari di Culto (Rocco)" (al disegno di legge presentato dalla stesso Ministro nella seduta del 13 gennaio 1925)", dans *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. I, Rome 1928, p. 24-25.

³³ Chambre des députés : "Relazione sul codice di procedura penale dell'on. Gino Sarrocchi", dans *Lavori preparatori*, I [nt. 29], p. 75-77.

Au Sénat intervenait le sénateur professeur Alessandro Stoppato, illustre juriste, qui se prononçait en faveur du principe de la légalité « car une réforme en sens contraire donnant la priorité au principe d'opportunité ne constituerait pas un progrès législatif ni n'améliorerait le système procédural », et contre l'abrogation de l'article 179³⁴. « Le ministère public peut être et est parfois appelé à agir afin de protéger l'innocence dans les mêmes sens et les mêmes buts que l'accusé. L'État a le même intérêt à obtenir l'absolution de l'innocent qu'à prononcer la condamnation du coupable ».

Suivirent beaucoup d'interventions des juges du siège et des magistrats du parquet auxquels on avait demandé un avis. Les magistrats donnent toute leur adhésion à une réforme qu'ils jugent sage et opportune, parce qu'elle imprime au procès célérité et simplicité. En revanche, la Cour de cassation (et partiellement la cour d'appel de Milan) ne vont pas accepter intégralement le projet du gouvernement et proposent une solution afin de rendre le contrôle du juge d'instruction réel, donc non illusoire³⁵.

Parmi les professeurs de l'Université italienne, si certains ne refusent pas leur approbation, d'autres sont moins enthousiastes³⁶. Les deux facultés de droit de Milan, l'étatique et la catholique, manifestent leur avis réservé en raison de l'absence de garanties et de la possibilité de pressions politiques, et celles, encore pires, des autorités locales. L'Université de Cagliari se prononce contre l'abolition de la garantie juridictionnelle. D'autres Universités en revanche semblent plus favorables à des choix inspirés par le pragmatisme...³⁷

³⁴ Sénat du Royaume : “Relazione sul codice di procedura penale dell'on. Alessandro Stoppato”, dans *Lavori preparatori*, I [nt. 29], p. 75-77. Pour la transmission d'idées et de concepts des travaux préparatoires d'un code à l'autre cf. par exemple la *Relazione al Re* à peine mentionnée, v. le texte et la note. Contre la position de partie confiée ensuite en fait au ministère public par le code de procédure pénale de 1930 v. Pekelis- Gray, “Il pubblico ministero e l'azione penale”, in *Atti della Società italiana per il progresso delle scienze*, XX riunione (12-18 settembre 1931), vol. II, p. 520-521.

³⁵ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IX, parte II *Osservazioni e proposte*, Rome 1930, p. 44-46.

³⁶ Pour plus de détails on peut voir mon essai « Un pubblico ministero 'figlio della politica'? Azione penale e pubblico ministero tra dipendenza e libertà nell'Italia postunitaria », dans B. DURAND, L. MAYALI, A. PADOA SCHIOPPA, D. SIMON (édd.), *Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten*, , Frankfort 2005, p. 262-284.

³⁷ *Ibidem*, p. 269-272.

Le ministère public en Italie après l'unification

Les commissions royales et les syndicats des avocats, appelés à donner leur avis, ne versent pas dans les éloges. Ils formulent au contraire des critiques, soit de façon modérée soit de façon nettement violente³⁸. Malgré les doutes soulevés dont le garde des Sceaux dit avoir tenu compte, la substance des normes du projet définitif reste la même : l'article 74 maintient le pouvoir d'abandon de la poursuite sans possibilité de contrôle de la part du juge, aussi bien que des particuliers. Alfredo Rocco dans sa *Relazione* défendait tout à fait le rôle de partie confié au ministère public qui, *sui generis*, « agit dans l'intérêt de l'État pour un but de droit public et qui, dans son activité, reste tenu par les devoirs de loyauté et d'objectivité qui sont propres à chaque fonction publique »³⁹.

Pendant la deuxième guerre mondiale il y eut des changements : la nouvelle loi sur l'ordre judiciaire (R.D. 30 janvier 1941 n. 12) mettait à la charge du ministère public le devoir d'exercer les fonctions que lui confiait la loi sous la direction du ministère des Grâces et de la Justice (art. 69). On renouvelait la formule par rapport à celle qui contenait le renvoi à la 'traditionnelle' qualification de représentant du pouvoir exécutif auprès de l'autorité judiciaire sous la direction du ministère des Grâces et de la Justice encore présente dans l'article 77 de la loi sur l'ordre judiciaire de 1923. Il ne s'agissait pas, dans l'intention du législateur, de diminuer les liens avec le pouvoir exécutif. Pendant les travaux de la commission préparatoire, on remarquait que le changement de la définition relevait d'un scrupule de précision, car le représentant de l'État dans la fonction exécutive n'est pas le ministère public mais le ministère des Grâces et de la Justice sous la surveillance et la direction duquel le ministère public exerce ses fonctions. On estimait que le ministre avait aussi le pouvoir d'examiner, seulement à l'égard du ministère public, le déroulement de chaque procès. Les affirmations contenues dans le rapport du garde des Sceaux au décret sont significatives : « Parmi toutes les fonctions du ministère public, les principales qui sont de faire valoir par la poursuite la volonté punitive de l'État et de promouvoir l'exécution des dispositions du juge, ont un caractère supérieurement administratif et appartiennent donc à l'activité propre au gouvernement. Les conséquences logiques et juridiques de cet indiscutable principe sont qu'entre le ministère public et la juridiction il y a

³⁸ *Ibidem*, p. 272-274.

³⁹ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. X *Progetto definitivo di un nuovo codice di procedura penale con la Relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco*, Rome 1930, p. 22-23 (*Relazione*) ; 95, 74-75 (Projet respectivement art. 1, art. 74 (179)).

une distinction fonctionnelle nette et unique à tel point qu'il appartient au gouvernement non seulement de surveiller mais aussi de diriger l'activité du ministère public »⁴⁰.

En 1942, Giuliano Vassalli⁴¹ écrivait son fameux ouvrage *La potestà punitiva*, qui poursuivait un but différent, en réduisant le ministère public au domaine de la juridiction, qui comprend les pouvoirs du juge et ceux du ministère public, tous tenus de se conduire afin d'assurer le respect le plus objectif possible de l'ordre juridique. Organe neutre ou de justice, il doit donc agir impartialement pour la mise en œuvre du droit et pour la protection des intérêts généraux de l'ordre. Sa fonction devrait consister à « promouvoir l'application judiciaire et l'exécution de la loi comme telle, ...de servir à l'accomplissement de la justice concourant avec le juge à l'accomplissement et à l'exécution de la loi ». Il observait aussi que le ministère public, comme tous les autres pouvoirs de l'État, ne pouvait pas être étranger à la vie de l'État même et aux exigences du monde contemporain. Il estimait que, dans la magistrature, il y avait un devoir, de nature politique, de tenir compte de ces exigences. Il inscrivait dans les compétences du gouvernement, titulaire de toutes les fonctions proprement politiques, de vérifier l'accomplissement de ce devoir. Mais pour un fonctionnement correct de la justice en dehors des ingérences politiques, et afin de respecter l'indépendance du juge, qui tire son pouvoir directement du roi –dit-il– un contrôle politique direct du gouvernement sur les juges est impossible. Voici alors le ministère public qui se retrouve comme un intermédiaire entre le gouvernement et la juridiction, « dont on peut dire, en un sens, qu'il vient du ministère des Grâces et de la Justice, c'est-à-dire de ce

⁴⁰ *Relazione al Re Imperatore*, n. 14. Cf. N. Zanon, *Pubblico Ministero e Costituzione*, Padova 1996, p. 162 ; déjà G. BARTELLINI MOECH, "Il pubblico ministero dallo stato liberale al regime fascista: significato di un ordinamento (leggi e circolari 1865-1941)", dans *Natura e funzioni del pubblico ministero. Lineamenti per una riforma* (Atti del III Convegno Nazionale dei Comitati di azione per la giustizia), Rome 1967, p. 12 ; tout à fait récemment S. PANIZZA, "Fondamento e attualità del principio di obbligatorietà per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale", dans A. PACE - S. BARTOLE - R. ROMBOLI (éd.), *Problemi attuali della giustizia in Italia. Atti del Seminario di studio tenuto a Roma l'8 giugno 2009*, Naples 2010, p. 147. Le même, *L'organizzazione degli uffici del pubblico ministero*, dans N. ZANON - G. di RENZO VILLATA - F. BIONDI, *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma. Un bilancio tra spinte all'efficienza e servizio ai cittadini*, Milan 2012, p. 72-74.

⁴¹ Cf. en dernier lieu sur ce grand juriste italien F. PALAZZO, *Giuliano Vassalli : perché legge e giustizia penale non si separino*, dans F. PALAZZO (éd.), *Giuliano Vassalli*, Rome-Bari 2010, spec. p. XXII et s.

Le ministère public en Italie après l'unification

membre du gouvernement auquel est dévolu le contrôle politique sur l'administration de la justice étatique. Et la fonction de toute façon exercée par le gouvernement, à savoir le ministre de la Justice, par l'intermédiaire du ministère public sur la poursuite, est une fonction typique de nature politique ou de gouvernement, qui n'implique pas une insertion du ministère public parmi les organes du pouvoir exécutif : ce n'est pas un moyen pour l'exercice des pouvoirs... ». Quant aux deux articles fondamentaux (les articles 1 et 74 du code de procédure pénale de 1930), « il semblerait en pouvoir déduire... » une possible dispense de tout devoir d'engager la poursuite seulement en présence d'un manque manifeste de fondement du rapport, de l'expertise, de la dénonciation, de la plainte ou de l'instance, de telle façon qu'il concluait, avec une presque égale prudence : « il ne semble pas que la poursuite constitue une activité discrétionnaire du ministère public »⁴². Il s'appliquait à analyser les mots que le garde des Sceaux Rocco avait prononcés dans le rapport au Sénat du royaume le 5 juin et le 17 décembre 1925, ou à la Chambre des députés le 25 mai de la même année afin de déduire aussi de l'intention du législateur que l'exercice de la poursuite est non seulement un droit mais un devoir. Au regard du pouvoir discrétionnaire 'technique' du ministère public dans la poursuite, à laquelle Rocco (le ministère public était sa créature « préférée : en effet il en dilate les pouvoirs »⁴³) se référait de façon explicite, il se limitait à préciser qu'il s'agissait d'un pouvoir d'apprécier et d'autoriser les conditions préalables de la poursuite⁴⁴. Son abandon était remis au seul ministère public, présenté comme le sujet « le plus indiqué et fonctionnellement compétent » pour évaluer « l'intérêt répressif »⁴⁵.

Un décret du lieutenant de 1944 restaurait le pouvoir du juge d'instruction de décider de l'abandon de la poursuite. Par une loi de 1946, on plaçait l'action du ministère public sous la vigilance du ministre des Grâces et de la Justice. Déjà dans une loi de 1941 il y avait un affaiblissement

⁴² G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Naples 1942, p. 197-198 ; spéc. 180, 276 et s., 272.

⁴³ CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 425, qualifie ainsi la faveur du ministre pour la figure.

⁴⁴ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. I. *Atti parlamentari della legge 24 dicembre 1925, n. 2260, che delega al Governo del Re la facoltà di emendare i codici di diritto e procedura penale*, Rome 1928, p. 171-172.

⁴⁵ *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. X. *Progetto definitivo di un nuovo codice di procedura penale con la Relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco*, Rome 1930, p. 22-23.

des liens : le ministère public n'était pas le représentant du pouvoir exécutif mais il exerçait ses fonctions sous la direction du ministre⁴⁶.

Pendant le débat qui s'est déroulé au cours des travaux préparatoires de la constitution italienne, on peut marquer un lien strict entre la position du ministère public et le principe de la légalité des poursuites. À l'issue des travaux, la constitution consacre par les articles 101, 104 et 107 le principe de l'exclusive soumission des juges aux lois et la position de la magistrature comme ordre autonome et indépendant y compris les magistrats du parquet. En outre à l'article 112, figure le principe de la légalité des poursuites qu'il appartient au ministère public d'exercer⁴⁷.

Quant aux fonctions du ministère public en tant qu'organe de justice, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle s'est développée sous le vieux code de procédure pénale, autour de l'article 112, considéré comme un corollaire de l'indépendance du magistrat, bien que parfois avec des nuances négligeables. Cette jurisprudence a confirmé pour longtemps cette configuration.

En 1970, par exemple, on pouvait affirmer, par rapport à l'article 24 co. 2 de notre constitution sur le droit de la défense, que « le ministère public ne fait pas valoir des intérêts particuliers, mais qu'il agit exclusivement en faveur de l'intérêt général pour l'application de la loi ». Il poursuit, comme

⁴⁶ Cf. d.lg.lgt. 14 settembre 1944 n. 288, qui modifie l'art. 74, c. 3 et 4, c.p.p. 1930, sur lequel on peut voir CORDERO, *Procedura penale* cit., p. 87, 426. Sur l'activité législative dans la période successive à la chute du fascisme, et en particulier, sur les modifications au code civil, contenues dans le d.lg.lgt. 14 settembre 1944 n. 287, fruit de l'activité du premier gouvernement Bonomi, v. R. BONINI, "Dopo il codice civile del 1942. Appunti per una storia del diritto privato nell'ultimo cinquantennio (dal 1942 al 1948)", dans E. DOVERE (éd.), *La codificazione del diritto dall'antico al moderno: incontri di studio. Napoli, gennaio-novembre 1996: atti*, Naples 1998, p. 414 et s.

⁴⁷ Cf. en dernier les essais recueillis dans P. BIAVATI - C. GUARNIERI - R. ORLANDI - N. ZANON, *La giustizia civile e penale in Italia: aspetti ordinamentali e organizzativi*, Bologne 2008, surtout N. ZANON, *Profili costituzionali dell'ordinamento giudiziario: autonomia e indipendenza della magistratura*, p. 79 et s., 97 et s., 121-126 (sur la l. 150/2005 qui introduisait une « sorte de distinction renforcée » entre les deux carrières de juges de siège et de magistrat du parquet, et ensuite la l. 111/2007 qui a changé ces dernières règles à peine introduites par rapport à la distinction) ; encore M. FANTACCHIOTTI - M. FIANDANESE, *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Padoue 2008, p. 37-39, 142 et s.

Le ministère public en Italie après l'unification

on a l'habitude de le dire, des buts de la justice, « non partie au sens strict » (sent. 190/1970)⁴⁸.

En 1971, par rapport aux articles 101, co. 2, 25, co. 1, 102, 107, 112 et 111, co. 1 Cost., on déclare qu'au ministère public « est réservée la fonction de collaboration judiciaire organique, avec des buts de justice et dans l'intérêt objectif de la loi » (sent 123/1971). En 1972, par rapport notamment aux articles 3 et 24 Cost., son rôle est toujours qualifié comme « l'exercice d'une fonction publique à développer *super partes* sous la tutelle des intérêts supérieurs d'une justice objective » (sent. 63/1972). sans exclure « que dans la dialectique du procès il doit être considéré partie ».

En 1975, la Cour affirme que, même si « le ministère public ne peut être qualifié de juge au sens strict, il est en tout cas magistrat ». L'on peut en trouver une preuve dans les dispositions des articles portant sur lui dans le titre VI de la constitution relatif à *La magistratura* : « dans le concept de juridiction il faut comprendre non seulement l'activité décisive qui est propre au juge, mais aussi l'activité d'exercice de la poursuite qui est coordonnée avec la première dans un rapport de compénétration organique par rapports aux buts de justice attribués par l'art.112 Cost. » (sent. 96/1975)⁴⁹.

V - Les derniers bouleversements entre XX^e et XXI^e siècle

L'entrée en vigueur du nouveau code de procédure pénale (1988), malgré son caractère 'accusatoire', n'a pas poussé la Cour constitutionnelle à dessiner de nouveau le rôle du ministère public de telle façon que le décalage est visible dans plusieurs articles entre les fonctions du ministère public et celles du juge, qui doivent être plus clairement distinguées. En 1991 (sent. 88/1991) elle a déclaré que « la cassation de chaque contamination fonctionnelle entre juge et organe d'accusation - notamment dans le domaine de la formation de la preuve et de la liberté personnelle - n'entraîne pas, sur les plans structurel et organique, que le ministère public soit séparé de la magistrature constituée en ordre autonome et indépendant ». Elle n'entraîne pas non plus une modification du rôle du ministère public qui « n'est pas celui de pur accusateur, mais bien d'organe de justice contraint à rechercher tous les éléments probatoires pour une juste

⁴⁸ La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en ligne à l'adresse : <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia>.

⁴⁹ V. aussi sur cette jurisprudence N. ZANON - F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologne 2011, p. 166-169 ; de plus on peut voir *Giurisprudenza Costituzionale*, 1979 ; I, notamment p. 640.

décision, y compris les éléments favorables à l'accusé ». Quant à la poursuite 'obligatoire', la même décision affirme que le principe de la légalité, rendant obligatoire la répression des poursuites en dehors de la loi pénale, réclame, pour se concrétiser, la légalité de la procédure. Cette légalité, dans un système comme le nôtre, fondé sur le principe de l'égalité de tous les citoyens devant la loi, notamment pénale, ne peut être sauvegardée que par la poursuite obligatoire. Réaliser la légalité dans l'égalité n'est en revanche pas possible de façon concrète si l'organe auquel la poursuite est confiée relève d'autres pouvoirs. Dans ces conditions, l'indépendance du ministère public est une condition requise dont il faut absolument tenir compte. La conséquence est que « le principe de la légalité des poursuites est donc le point de convergence d'un ensemble de principes fondamentaux du système constitutionnel, de telle sorte que, s'il faisait défaut, l'aménagement d'ensemble en serait altéré »⁵⁰. En 2009 encore (sent. 121/2009), la Cour a affirmé que « l'exigence de rationalité » des interventions législatives dans le domaine « se révèle de plus en plus prégnante lorsque ces interventions se traduisent en normes qui empêchent la poursuite ; néanmoins, afin que l'art. 112 ne soit pas compromis, les normes doivent se révéler intrinsèquement rationnelles de telle sorte qu'elles ne produisent pas de disparité de traitement entre des situations analogues »⁵¹.

Dans les dernières décennies du dernier siècle on a aussi considéré le problème –je dois simplifier– dans la perspective d'un passage du système de la légalité des poursuites au principe de l'opportunité. Il y a des circulaires –celle du président de la cour d'appel de Turin en 1989, et du procureur général de la même cour, adressée aux magistrats du parquet, ont été exemplaires⁵²– qui ont indiqué les crimes à poursuivre de façon plus déterminée que d'autres. Les raisons sont aussi liées à une crise de la justice, au poids trop lourd du contentieux et à la nécessité de poursuivre les crimes considérés actuellement les plus dangereux pour la société. Une autre circulaire dans le même siècle, toujours relative au pouvoir d'organisation des bureaux prévu par l'art. 70/3 de la loi sur l'*Ordinamento giudiziario*, et inspirée des mêmes exigences, a cherché à surmonter l'impossibilité

⁵⁰ *Cassazione penale*, 1991, II, p. 207.

⁵¹ V. sur cet arrêt S. Panizza, *Illegittimo il vincolo legale alle determinazioni del pubblico ministero in relazione all'esercizio dell'azione penale a seguito di pronuncia della Corte di Cassazione in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza: ancora un intervento sulla legge n. 46 del 2006, questa volta in forza degli art. 3 e 112 Cost.*, dans *Giurisprudenza Costituzionale* 2009, p. 1143.

⁵² Cf. le texte de la circulaire du procureur dans *Cassazione penale* 1989, p. 1616.

Le ministère public en Italie après l'unification

pratique d'écoulement du travail, en se fondant sur la constitution qui prévoit le principe de la légalité des poursuites (art. 112) mais aussi les articles 3.1 et 97.1. Suivirent des priorités assignées à certains genres de crime, motivées par l'impossibilité objective d'instruire toutes les sortes de crime. Dans ce choix, il fallait viser la gravité du crime par rapport à la lésion objective de l'intérêt protégé et à la dangerosité du sujet criminel. On identifiait des priorités dans certains domaines en expansion, relatifs à la surveillance des airs, du territoire, des eaux, des aliments, de la santé, de la sécurité sur le lieu de travail, ou en matière d'urbanisme, ou des intérêts des catégories des sujets faibles...⁵³. Une commission de réforme de l'ordre

⁵³ Le texte de la circulaire, sous le titre *Una 'filosofia' dell'organizzazione del lavoro per la trattazione degli affari penali*, dans *Cassazione penale* 1991, I, n. 316, p. 362-368. Sur les critères de priorité on peut voir V. ZABREBELSKY, "Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale", dans *Il pubblico ministero oggi*, Milan 1994, p. 101 et s. (déjà, du même auteur, "Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale", dans *Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Bologne 1979, p. 9 et s. ; cf. aussi M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, *ibidem*, p. 76 et s.) ; M. Nobili, "Principio di legalità, processo, diritto sostanziale", dans *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padoue 1998, p. 185 et s., où l'auteur souligne la contradiction portant sur la présentation de la poursuite et des actes du ministère public comme l'incarnation vivante du principe de légalité, tandis que plusieurs raisons ont écarté la pratique d'une telle configuration. L. LUPARIA, "Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo", dans *Giurisprudenza italiana*, 2002, 1751-1758, où l'introduction de critères de priorité dans le traitement des *notitiae criminis* en Italie est considérée comme une ouverture vers des formes de pouvoir discrétionnaire; aussi G. D'ELIA, "I principi costituzionali di stretta legalità, obbligatorietà dell'azione penale ed eguaglianza a proposito dei « criteri di priorità » nell'esercizio dell'azione penale", dans *Giurisprudenza costituzionale* 1998, col. 1877. Le même, "Commento all'art. 112", dans R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVIERI (éd.), *Commentario alla Costituzione*, Turin 2006, p. 2127-2128. R. ROMBOLI, "Il pubblico ministero nell'ordinamento costituzionale e l'esercizio dell'azione penale", dans S. PANIZZA - A. PIZZORUSSO - R. ROMBOLI (éd.), *Ordinamento giudiziario e forense*, vol. I. *Antologia di scritti*, Pise 2002, p. 307. D. VICOLI, "Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost. : un tentativo di razionalizzazione", dans *Rivista trimestrale di diritto e procedura penale* 2003, p. 251 et s. En dernier lieu ZANON-BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura* cit., p. 132 et s. (surtout sur l'impartialité et le rôle de tiers du juge), 173-179, avec une évaluation négative des critères qui, élaborés et pratiqués en voie de fait et occasionnellement, se traduiraient par un substantiel 'encerclément' du principe constitutionnel de légalité. S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Bologne 2008, notamment p. 53 et s. ; S. CATALANO, « Rimedi peggiori dei mali: sui criteri di priorità nell'azione penale », dans *Quaderni costituzionali* 2008, p. 65 et s.

judiciaire, nommée par décret ministériel du 8 février 1993 du garde des Sceaux Conso, et composée de magistrats appartenant à des courants différents, proclamait l'impossibilité objective de poursuivre dans l'actuel ordre tous les crimes sauf à procéder à une vaste mise en œuvre de la dépenalisation. La commission affirmait la nécessité d'établir un système de priorité dans l'exercice de la poursuite⁵⁴.

En 1987, le Conseil de l'Europe adoptait une recommandation, souscrite par l'Italie et inspirée par une volonté de simplification de la justice pénale. Il s'agit de soumettre l'admissibilité et la congruité du recours au principe de l'opportunité des poursuites au moins pour les infractions mineures, afin d'assurer l'ouverture la plus rapide possible du procès. Les États qui adoptaient le principe de la légalité des poursuites étaient poussés à la mise en œuvre de mesures respectant ces buts, en augmentant les hypothèses de poursuite soumises à une condition. « Lorsque l'intérêt public ne prévaut pas, la demande ou le consentement des victimes... [fait figure de] condition préalable aux poursuites ». Suivent d'autres recommandations jusqu'à la recommandation du 6 octobre 2000 [(Rec(2000) 19)] « sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale ». Ces recommandations, plus ouvertes et moins péremptoires, excluent les instructions particulières et admettent la possibilité d'établir des critères de priorité à caractère général, sous forme écrite, publiée, dans le respect de l'équité et de l'égalité. Le but est en tout cas d'assurer une cohérence globale de l'action du parquet dans les différents sièges surtout dans les pays où le ministère public est indépendant⁵⁵.

⁵⁴ V. *Atti parlamentari, XVI Legislatura, Senato della repubblica. Disegno di legge recante "Delega al Governo in materia di determinazione dei criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale"*. A cet égard A. PERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, notamment p. 2, à lire à l'adresse http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0225_peri.pdf

⁵⁵ *Recommandation n° R (87)18 du Comité des Ministres aux États membres concernant la simplification de la justice pénale (adoptée par le comité des ministres le 17 septembre 1987, lors de la 410^e réunion des délégués des ministres*. À ce propos v. ZANON, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario. Status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*, Milan 2002, p. 170-172. A propos des craintes suscitées par la prévision d'un changement radical de l'art. 112 Cost., « à la lumière d'une série d'initiatives prévaricatrices anciennes et récente », v. M. CHIAVARIO, "Notarelle a prima

Le ministère public en Italie après l'unification

En 1997, à la demande du Parlement européen, un groupe de savants sous la direction de Mireille Delmas Marty élaborait un *Corpus iuris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*⁵⁶. Dans le texte, on prévoyait un ministère public européen doué de pouvoirs investigateurs par rapport aux crimes prévus dans le *Corpus* et, s'il le fallait, pour être en mesure de déclencher la poursuite tout en observant le principe de la légalité qui devient dans la version italienne « obligatoire »⁵⁷. Dans les modifications adoptées par le *Corpus iuris* de 2000, l'exercice de la poursuite est théoriquement prévu conformément au principe de la légalité (art. 19) mais sont aussi prévues des alternatives qui garantissent une certaine flexibilité du système⁵⁸. En 2007, le traité de Lisbonne qui a modifié le traité adoptant une constitution pour l'Europe a confirmé l'article consacré au parquet européen (art. : II-274 : « ... une loi européenne du Conseil peut instituer un Parquet européen... » dans le cadre d'Eurojust.

lettura sul progetto della Commissione bicamerale in tema d'azione penale", dans *Legislazione penale*, 1998, p. 131 et s.

⁵⁶ V. l'édition bilingue de M. DELMAS MARTY (éd.), *Corpus iuris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Paris 2007.

⁵⁷ Cf. N. ZANON, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario* cit., p. 170-174 ; et, parmi les nombreux auteurs italiens qui se sont occupé de ce thème, M. BARGIS, "Il pubblico ministero europeo nella prospettiva di un ordinamento europeo", dans *Rivista di Diritto Processuale Penale*, 2004 n. 3, p. 745 et s. Egalement R. ORLANDI, "Qualche rilievo intorno alla vagheggiata figura di un pubblico ministero europeo", dans L. Picotti (éd.), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea : atti dell'Incontro di studio organizzato dal Dipartimento di scienze giuridiche e dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Trento in cooperazione con il Centro di diritto penale tributario : Trento, 3 e 4 ottobre 1997*, Milan 1999, p. 213 et s. L. CAMALDO, "Il pubblico ministero europeo: un quadro d'insieme tra proposte de iure condendo e recenti sviluppi di diritto positivo", dans A. LANZI, F. RUGGERI, L. CAMALDO, *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, Padoue 2002, p. 11-53. Le même, "Il Pubblico Ministero europeo dal Corpus iuris al Trattato di Lisbona : un "fantasma" si aggira nell'Unione europea", dans P. CORSO - E. ZANETTI (éd.), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II *Diritto processuale penale e profili internazionali Diritto straniero e diritto comparato*, Piacenza 2010, p. 69-109.

⁵⁸ *La mise en œuvre du Corpus iuris dans les États membres / The implementation of the Corpus iuris in the member States*, vol. I, Antwerpen-Groningen-Oxford 2000, où est publié le *Corpus iuris* (pour la traduction italienne v. G. GRASSO - R. SICURELLA, *Il Corpus iuris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milan 2003).

Les années suivantes sont marquées par des changements qui touchent aussi la formulation de l'art. 112 de la constitution. En 2005 on a promulgué en Italie une réforme de l'ordre judiciaire qui était fondée sur une certaine séparation des carrières⁵⁹. Par la suite, dès 2006, on change quelque chose : le décret législatif n° 160/2006 et la loi n° 111 du 30 juillet 2007 introduisent des modifications à la réforme en matière de carrière et de discipline des magistrats...⁶⁰ La loi du 20 février 2006 n° 46 portant sur des changements au code de procédure pénale en matière d'arrêts d'acquiescement et en matière de faculté de faire appel. Elle modifiait surtout l'art. 593 du code de procédure pénale et limita la marge de manœuvre de l'accusé et du ministère public déclarant irrecevables les appels interjetés en dehors des cas prévus. Cette loi suscita beaucoup de querelles pour des raisons évidemment surtout politiques et les cours d'appel de Milan et de Rome soulevèrent une question de constitutionnalité. Un arrêt de la Cour constitutionnelle (26/2007), déclara l'illégalité des articles 1 co. 2 et 10 co. 2. Ils prévoyaient que l'appel interjeté contre un arrêt d'acquiescement par le ministère public avant l'entrée en vigueur de la même loi soit déclaré irrecevable. D'autres changements sont actuellement en cours.

Tout cela montre la nécessité d'un nouvel équilibre à l'intérieur de l'ordre judiciaire, également un nouvel équilibre entre les pouvoirs de l'État et de la magistrature pour cause de « montée en puissance de la justice » et (par conséquent) des magistrats. En raison aussi de la montée du juridique et de la 'judiciarisation'. Le vide laissé par les autres pouvoirs a été rempli par les magistrats qui se sont eux-mêmes chargés d'une tâche proche de la moralisation sociale⁶¹. En France avec le début du nouveau millénaire sont parus des ouvrages rédigés par de grands professionnels dont les titres font présager déjà une situation difficile : « Faut-il avoir peur des juges ? », « Les juges : un pouvoir irresponsable ? », « Le procès de la justice », « La justice à

⁵⁹ V., parmi les autres ouvrages sortis, ZANON - di RENZO VILLATA - BIONDI, *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma*, cit.

⁶⁰ Cf. S. SICARDI, *La carriera dei magistrati dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario*, in ZANON - di RENZO VILLATA - BIONDI, *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma* cit., p. 19-52.

⁶¹ Un phénomène tout à fait parallèle a été décrit en peu de mots très efficaces par J. KRYNEN, « Position du problème et actualité de la question », dans J. KRYNEN et J. RAIBAUT, *La Légitimité des Juges*. Actes du colloque des 29-30 octobre 2003, Université Toulouse I, Toulouse 2004, p. 21; v. tout à fait récemment du même auteur *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle. II. L'emprise contemporaine des juges*, Paris 2012.

Le ministère public en Italie après l'unification

l'épreuve », et vers la fin du XX^{ème} siècle, « Le tiers pouvoir. Vers une autre justice », « Le gardien des promesses »⁶².

Maintenant on peut parler en Italie d'une catégorie relativement homogène à l'intérieur de l'État, mais ce caractère nuit sans doute à un exercice tout à fait impartial de la fonction de juger, au-delà des singularités, des qualités des individus, des spécialisations des magistratures qui permettent souvent une combinaison équilibrée de la fonction de juger entre les magistrats du parquet et les juges du siège. Ceci dit, il est à mon avis indubitable que l'on assiste à une progressive... 'emprise des juges'⁶³, de telle sorte que l'on peut dire que la magistrature forme un pouvoir, une sorte de contrepouvoir qui peut même engendrer de dangereux conflits entre les pouvoirs de l'État...

⁶² J.-M. VARAUT, *Faut-il avoir peur des juges?*, Paris 2000 ; A. GARAPON (dir.), « Les juges : un pouvoir irresponsable ? », Paris 2003. V. aussi en dernier de A. GARAPON, J. ALLARD et F. GROS, *Les vertus du juge*, Paris 2008 ; A. GARAPON, *Bien juger. Essai d'un rituel judiciaire*, Paris 2010 ; J.-F. BURGELIN et P. LOMBARD, *Le procès de la justice*, Paris 2003 ; J.-M. COULON et D. SOULEZ LARIVIERE, *La justice à l'épreuve*, Paris 2002 ; D. SALAS, *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, Paris 1998 ; A. GARAPON, *Le gardien des promesses*, Paris 1996.

⁶³ C'est le titre de l'ouvrage de KRYNEN (note 58).

**LA MAGISTRATURE DESUNIE POUR LUTTER CONTRE LA
DELINQUANCE FINANCIERE : DE LA SUPPRESSION DU JUGE
D'INSTRUCTION A L'HEGEMONIE DU PARQUET ?**

**par Marc Segonds,
agrégé des facultés de droit,
codirecteur du master II « lutte contre la délinquance
financière et organisée » d'Aix-Marseille,
avocat au barreau de Toulouse (cabinet AS2A)**

La suppression du juge d'instruction sonnerait le glas du dernier rempart véritable contre la délinquance financière. Pareille affirmation, formulée au conditionnel, mérite d'être approfondie pour ce qu'elle présuppose doublement.

D'une part, elle présuppose que le juge d'instruction est réellement le rempart le plus efficace pour lutter contre la délinquance financière. Ce présupposé se doit d'être vérifié par l'examen de l'adéquation du rôle du juge d'instruction aux caractères de la délinquance financière. Ce premier présupposé se vérifie à l'analyse : la suppression du juge d'instruction, à l'égard des impératifs de la lutte contre la délinquance financière, se révèle alors parfaitement inadéquate.

D'autre part, elle présuppose que le juge d'instruction est encore le rempart le plus efficace pour lutter contre la délinquance financière. Ce présupposé ne résiste point à l'analyse : la suppression du juge d'instruction, pour n'être qu'annoncée (politiquement), est bel et bien en cours de réalisation (légale et judiciaire) ainsi qu'en témoignent les récentes évolutions de la procédure pénale particulièrement favorables au parquet.

Au travers de l'analyse de ces deux présupposés, seront ainsi successivement exposés l'inadéquate suppression du juge d'instruction et les préludes à la suppression du juge d'instruction. Apparaîtra ainsi la désunion orchestrée par le législateur entre le parquet et le juge d'instruction, magistrats que l'on aurait pu croire unis par la nécessité de lutter efficacement contre la délinquance financière.

1. Le « petit » juge est mort. L'annonce en a été faite par le président de la République lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation. Tel était l'événement judiciaire du tout début de l'année 2009. Le juriste, pour peu qu'il marque un quelconque attachement au principe de la

séparation des pouvoirs –au moins exécutif et législatif– se doit de marquer là son étonnement. S'ensuivra le rapport Léger, condamné –on le sait depuis lors– à définitivement rester un simple rapport. L'idée est reprise au sein de l'avant-projet du futur code de procédure pénale. Ce projet –on le sait tout autant– n'a eu de futur que le nom.

2. Le « petit » juge est mort, vive la délinquance financière ! L'annonce présidentielle de la suppression du juge d'instruction, précédée de la commande d'un rapport consacré à la dépénalisation de la vie des affaires¹, a suscité la réjouissance des uns² mais également les plus vives inquiétudes des autres qui se sont immédiatement interrogés sur les conséquences d'une telle suppression à l'endroit en particulier de la lutte contre la délinquance financière³. Faut-il y voir une victoire nouvelle –et particulièrement suspecte– de la délinquance financière sur « l'appareil judiciaire » ? Nombre d'observateurs s'en sont convaincus. Les caractères de la délinquance financière s'accordent avec les qualités et les pouvoirs du juge d'instruction, de sorte que la suppression de ce dernier peut apparaître totalement incongrue pour peu que l'on soit encore convaincu de la nécessité de lutter contre la délinquance financière. L'inadéquation de la suppression du juge d'instruction se doit en conséquence d'être relevée (I). L'évocation d'une possible suppression du juge d'instruction ne doit cependant guère surprendre. Les récentes évolutions de la procédure pénale ont nettement réduit le nombre de saisines du juge d'instruction, de sorte que la suppression annoncée en droit paraît bien n'être que la suite d'une suppression réalisée en fait (II).

I - L'inadéquation de la suppression du juge d'instruction

3. Le juge naturel ou le juge obligé de la délinquance financière ? La délinquance financière est dotée de caractères subjectifs et objectifs qui en font la spécificité désormais incontestée (A), caractères qui la désignent (rait)

¹ J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires*, La Documentation française, 2008.

² S. GUINCHARD, « Requiem joyeux pour l'enterrement annoncé du juge d'instruction », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010.

³ A ce propos, le passionnant colloque qui s'est tenu à Rouen le 7 mai 2010, cf. *Combattre la corruption sans juge d'instruction*, sous la direction de Juliette LELIEUR, éd. Secure Finance, 2011.

Suppression du juge d'instruction et délinquance financière

tout particulièrement à la compétence du juge d'instruction (B). Las, l'évidence de l'observation n'a pas emporté la conviction du législateur.

A - Des caractères spécifiques à la délinquance financière

4. Caractères objectifs. La délinquance financière se caractérise par de multiples traits matériels.

Parmi ceux-ci, le plus marqué réside dans son caractère polymorphe, tant juridique que sociologique. Juridiquement, en effet, la délinquance financière se manifeste par la commission d'infractions qui empruntent autant au droit pénal spécial « commun » qu'au droit pénal des affaires. Sociologiquement, ainsi que l'enseigne la criminalistique, la délinquance financière a pour force la variété de ses modes opératoires. La « carambouille », la pyramide dite de « Ponzi », la fraude aux encarts publicitaires et autres systèmes de « carrousel TVA » constituent autant d'escroqueries à caractère financier mais réalisées en autant de modes opératoires différents.

En lien avec son caractère polymorphe, la délinquance financière est une délinquance complexe. Ce caractère se traduit par le recours abusif aux techniques comptables, aux instruments financiers et aux divers groupements proposés par le droit des affaires. La duplicité des agents –se manifestant par le recours avéré à des prête-noms, à des sociétés coquilles, taxis ou écrans– ainsi que des actes juridiques –duplicité traduite par le recours toujours utile à des fausses factures et pseudo contrats– participe de cette complexité⁴. Armée des deux caractères précédents, la délinquance financière se révèle au surplus une délinquance occulte : le recours permanent à l'interposition de personnes –facilitée par la multiplication des intermédiaires financiers dont l'identification professionnelle n'est pas toujours aisée malgré les efforts du législateur⁵– et à des actes juridiques relevant de la simulation tout en étant associé à des faits que les acteurs de la délinquance financière tentent de draper derrière le nécessaire respect du secret des affaires... dont les contours demeurent encore bien flous⁶.

⁴ Que l'on songe à une technique que nombre d'instructions judiciaires ont permis de débusquer... la technique dite du « back to back », technique supposant *a minima* la création de deux sociétés écrans, d'une série de fausses factures et de... quatre faux contrats.

⁵ Cf. L. n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière.

⁶ Flous qu'une *proposition de loi* « visant à sanctionner la violation du secret des affaires » déposée le 22 novembre 2011 tente d'atténuer.

Sans que ce caractère se révèle propre à la délinquance financière, cette dernière se marque aussi par sa mobilité et sa dimension internationale à hauteur de la mondialisation de l'économie.

5. Caractères subjectifs. Ces caractères subjectifs se doivent d'être recherchés tant du côté des auteurs de la délinquance financière que du côté des victimes de la délinquance financière.

Ainsi, à la délinquance financière est associée la figure du « criminel en col blanc ». Depuis l'œuvre fondatrice de Sutherland, l'expression a fait florès et se trouve désormais associée à la figure du « décideur privé » comme à celle du « décideur public ». Encore et toujours, la définition du col blanc demeure bien davantage une définition sociologique que juridique et l'on retiendra que la délinquance financière est essentiellement le fait de « personnes respectables et d'un statut social élevé, dans le cadre de leur profession »⁷. En d'autres termes, la délinquance financière demeure essentiellement le fait d'une élite, élite appartenant au monde des affaires mais également au monde politique. Ces « élites irrégulières »⁸ sont saisies par le droit pénal soit au moyen d'infractions qui leur sont spécifiques – favoritisme, corruption, prise illégale d'intérêts... – soit au moyen de circonstances aggravantes. La volonté de lutter contre les (mauvaises) affaires politico-financières transparait désormais au travers de la consécration de notions nouvelles destinées à mettre en exergue la particularité de la situation des agents concernés. Et de songer tout particulièrement à la notion dite de « PPE », personne politiquement exposée à l'égard de laquelle le monde de la finance est invité à appliquer des mesures de vigilance complémentaires⁹. Délinquance d'élites, la délinquance financière est rarement le fait d'un seul individu mais bien davantage le fait d'une organisation : il est alors aisé de comprendre les liens établis – liens établis de façon ô combien perfectible – entre la notion de

⁷ Cf. Vonny MANOUK, « White Collar Crime : précurseurs et influences », *Les Nouveaux Cahiers de Recherche du CETFI-DELFI*, 2011, p. 87.

⁸ P. LASCOUMES, *Elites irrégulières, essai sur la délinquance économique et financière*, éd. Gallimard, 1997.

⁹ Est ainsi désignée la personne résidant dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou un pays tiers et qui est exposée à des risques particuliers en raison des fonctions politiques, juridictionnelles ou administratives qu'elle exerce ou a exercées pour le compte d'un autre Etat ou de celles qu'exercent ou ont exercées des membres directs de sa famille ou des personnes connues pour lui être étroitement associées. Cf. article L. 561-10 2° du code monétaire et financier.

Suppression du juge d'instruction et délinquance financière

délinquance et de criminalité organisées et les infractions financières par le code de procédure pénale à compter de la fameuse loi dite « Perben II ».

Communément, la délinquance financière est une délinquance dite « sans victime ». Il serait plus juste de faire état d'une victime aveugle –car ignorante de ses facultés d'agir en justice¹⁰– ou d'une victime non révélée : le délinquant financier ne choisit-il pas fréquemment ces victimes parmi celles qui souhaitent elles-mêmes frauder le fisc ?¹¹ Nul n'ignore que proposer un placement chimérique portant sur le produit d'une fraude fiscale compte parmi les grands classiques de l'escroquerie financière. La dupe victime des agissements d'un escroc hésitera bien souvent à se manifester auprès des autorités de poursuites par un dépôt de plainte... de sorte que la délinquance financière souffre nécessairement d'un défaut de signalement.

B - De l'adéquation de l'instruction préparatoire aux caractères de la délinquance financière

6. De l'adéquation des pouvoirs du juge d'instruction. Les caractères de la délinquance financière induisent différentes exigences procédurales.

De par sa complexité, la délinquance financière exige une mise en état tandis que, de par son caractère occulte, la délinquance financière exige le recours à des techniques d'investigations spéciales. La nécessité d'être doté de pouvoirs spéciaux –entendez par là des pouvoirs nécessairement renforcés...– est désormais systématiquement mise en exergue par les instruments internationaux dédiés à la lutte contre la délinquance financière¹². Lesdits instruments internationaux, imposant un renforcement des pouvoirs d'investigation, pouvaient donner à penser que le législateur français se conformerait à ses engagements internationaux en procédant à un accroissement des pouvoirs du juge d'instruction. En faveur de cette solution, la tradition française justifiant que le juge d'instruction soit doté de pouvoirs de coercition supérieurs à ceux de la police judiciaire à raison de sa qualité même de magistrat du siège, pouvait être naturellement invoquée.

¹⁰ Parmi les actionnaires floués et les contribuables trompés, combien d'entre eux ignorent l'existence même de l'action sociale *ut singuli* ou de la possibilité offerte par le code général des collectivités territoriales pour agir au nom et pour le compte d'une commune, d'un département ou d'une région.

¹¹ Adde W. BOURDON, « La victime de la corruption : une victime introuvable ? », *Combattre la corruption sans juge d'instruction*, sous la direction de Juliette LELIEUR, éd. Secure Finance, 2011, p. 113.

¹² Sans prétendre à l'exhaustivité, il faut alors songer notamment aux conventions de Palerme (art. 20), de Mérida (art. 50) ou de Strasbourg (art. 23).

Tout en admettant que la délinquance financière exigeait de recourir à des pouvoirs spéciaux d'enquête –afin de consacrer la notion même d'enquête proactive¹³–, il pouvait apparaître logique d'en faire le juge d'instruction le titulaire à raison de leurs caractères particulièrement intrusifs et dangereux pour les libertés individuelles.

De la même façon, il pouvait être soutenu que la polymorphie de la délinquance financière aurait pu (ou dû) trouver une réponse adéquate dans le cadre de l'instruction préparatoire en s'assurant de la spécialisation du juge d'instruction. Le juge d'instruction, juge du mode opératoire : tel aurait pu (ou dû...) être le choix du législateur.

Enfin, parce que la délinquance financière est une délinquance mobile, elle implique le recours à des techniques de délégation de pouvoirs. Ce don d'ubiquité, le juge d'instruction le possède depuis fort longtemps par le recours, au plan national, à la commission rogatoire et, au plan international, à la commission rogatoire internationale.

7. De l'adéquation de l'indépendance du juge d'instruction. Pouvant s'imposer au regard des caractères objectifs de la délinquance financière, la compétence du juge d'instruction s'impose (surtout) au regard des caractères subjectifs de la délinquance financière. La personnalité même des délinquants financiers impose le recours au juge d'instruction car –peut-on encore raisonnablement le nier fort de l'actualité nationale et internationale– la rencontre « des affaires » et du « politique » peut rendre particulièrement sensible le traitement de la délinquance financière. L'article 5 de la convention de Paris est parfaitement explicite en la matière en ce qu'il stipule que « les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger sont soumises aux règles et principes applicables de chaque partie. Elles ne seront pas influencées par des considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre Etat ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause »¹⁴. Ainsi que cela a été parfaitement formulé, ledit article n'est point seulement l'expression d'un vœu pieux mais la formulation d'une exigence : celle que « les autorités judiciaires ou de police doivent pouvoir enquêter et poursuivre en toute

¹³ J. PRADEL, « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », *D.* 1998, p. 57.

¹⁴ N. BONUCCI, « La France face à l'article 5 de la Convention de l'OCDE », in *Combattre la corruption sans juge d'instruction*, sous la direction de J. LELIEUR, *Secure finance*, 2011, p. 15, sp. p. 19.

Suppression du juge d'instruction et délinquance financière

indépendance »¹⁵. Singulièrement, la chancellerie a cru pouvoir satisfaire aux engagements internationaux considérés par l'intermédiaire d'une simple circulaire adressée aux magistrats du parquet... ce qui procède d'une singulière conception de la hiérarchie des normes¹⁶. N'en déplaise au ministère de la Justice, l'indépendance des investigations elles-mêmes et non point seulement leur contrôle est bel et bien devenue la condition *sine qua non* d'une lutte effective contre la délinquance financière. Par sa qualité de magistrat du siège, le juge d'instruction possède alors toute légitimité pour connaître, bien davantage que le parquet, des faits de délinquance financière. Son indépendance est une garantie à la fois pour la personne du suspect mais également pour la victime déclarée, garantie que le ministère public ne peut offrir statutairement tant que demeurera son état de subordination hiérarchique à l'égard du pouvoir exécutif.

8. Le juge obligé de la délinquance financière ? Une conclusion (d'étape) semble s'imposer d'elle-même : de par ses caractères, la délinquance financière aurait pour juge naturel, voire obligé, le juge d'instruction. Une question (naïve) est pourtant permise. Comment alors justifier l'annonce qui a pu paraître historique de la suppression du juge d'instruction ? Moins que l'annonce de la suppression du juge d'instruction, le discours présidentiel auquel se sont adjoints le rapport Léger et l'avant-projet du futur code de procédure pénale, il convient davantage de souligner le décalage particulièrement marquant existant entre la réalité juridique et le discours politique. Si les qualités et les pouvoirs du juge d'instruction sont en adéquation avec les caractères de la délinquance financière, les différentes réformes subies par la procédure pénale au cours des dernières années permettent de constater que non seulement le juge d'instruction ne possède plus seul les pouvoirs nécessaires pour faire face à la délinquance financière... en prélude à sa suppression. Fait exceptionnel dans l'histoire juridique de la V^{ème} République : la réforme juridique a précédé le discours politique, de sorte que la suppression en fait pourrait précéder la suppression en droit du juge d'instruction.

¹⁵ Il convient également de faire état du principe n° 3 énoncé par la Résolution (97) 24 du Conseil de l'Europe, selon lequel il importe « d'assurer que les personnes chargées de la prévention, des enquêtes, des poursuites et de la sanction des infractions de corruption bénéficient de l'indépendance et de l'autonomie nécessaires à l'exercice de leurs fonctions, soient libres de toute influence incompatible avec leur statut ».

¹⁶ Cf. NOR JUS D04-301119 C du 21 juin 2004.

II - Les préludes à la suppression du juge d'instruction

9. Le juge évincé de la délinquance financière. En prélude à la suppression du juge d'instruction, la concurrence (ré)affirmée du parquet constitue l'évolution la plus marquante ou, en tout état de cause, la plus remarquable de la procédure pénale. Par le renforcement des pouvoirs de la police judiciaire agissant sous le contrôle du parquet, la saisine du juge d'instruction est devenue en de nombreuses hypothèses... inutile (A). Autre prélude à la suppression du juge d'instruction, le rôle amenuisé de la victime constitue un autre élément d'évolution à souligner. Plus insidieuse, cette évolution – ou plus exactement cette régression – a consisté à paralyser le rôle possible de la victime de façon à éviter l'ouverture d'une instruction et... la perte de maîtrise du parquet sur les affaires pudiquement qualifiées par la pratique judiciaire d'« affaires signalées » (B).

A - La concurrence affirmée du parquet

10... ou comment user d'une argutie juridique pour éviter l'ouverture d'une instruction judiciaire. Bien avant la réforme essentielle opérée par la loi Perben II, la chancellerie s'est autorisée – par un nouvel hommage appuyé à la répartition des compétences normatives – à proposer un nouveau critère à l'ouverture des instructions préparatoires ayant pour objet le financement illicites des partis politiques. Au moyen d'instructions adressées aux procureurs généraux le 20 mai 1992, le ministère de la Justice a invité ceux-ci « à veiller particulièrement à l'aboutissement rapide des procédures en cours, en distinguant clairement les situations relevant de pratiques irrégulières de financement des partis politiques, de celles faisant apparaître un enrichissement personnel »¹⁷. Usant d'une argutie juridique déjà mise en œuvre par les chéquards¹⁸, le ministère a ainsi prétendu qu'il convenait de réserver l'ouverture d'une instruction préparatoire à l'hypothèse... d'un enrichissement personnel, notion dont la teneur juridique est (et demeure) inversement proportionnelle à son usage médiatique. La réserve ainsi opérée au profit de l'enquête de police judiciaire n'a jamais trompé personne : sous couvert d'un pseudo critère juridique, il s'agissait bel et bien d'éviter en la matière (politico-financière s'il en est...) la perte de maîtrise des investigations judiciaires par le parquet.

¹⁷ Cité par P.-A. LORENZI, *Corruption et imposture*, éd. Balland, 1995, p. 41.

¹⁸ D. SALAS, *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, éd. Hachette, 1998, p. 150.

11... ou comment tirer profit de la transposition d'une convention internationale pour éviter l'ouverture d'une instruction. Afin de satisfaire aux engagements internationaux souscrits par l'Etat français dans le cadre de la convention de Palerme, le législateur français a estimé utile, au moyen de la loi du 9 mars 2004 dite loi « Perben II », d'élargir les pouvoirs de la police judiciaire et de doter cette dernière de pouvoirs spéciaux afin de lutter plus efficacement contre la délinquance et la criminalité organisées.

Dans cette perspective la loi Perben II a ainsi ouvert la possibilité dans le cadre de l'enquête préliminaire de procéder à des perquisitions sans l'assentiment de la personne chez laquelle elles ont lieu. De la sorte, est évitée la nécessité de faire appel (comme autrefois...) au juge d'instruction et, par conséquent... la perte du contrôle de l'enquête judiciaire par le parquet. Certes, le pouvoir conféré au parquet ne se réalise pas totalement (et fort heureusement) au détriment des magistrats du siège puisque la décision de perquisitionner relève à l'avenir de la compétence du juge des libertés et de la détention qui demeure compétent pour en contrôler (et pour en contrôler seulement...) le bon déroulement avec la possibilité de se déplacer sur les lieux¹⁹. Autrefois limitée à la seule hypothèse d'une enquête relative à un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans, pareille prérogative a encore été étendue par la loi du 9 juillet 2010 à l'hypothèse de la recherche de biens confisquables. En outre, alors qu'antérieurement à la loi Perben II, les interceptions de correspondances téléphoniques relevaient de la seule compétence du juge d'instruction, désormais, lesdites interceptions peuvent être ordonnées dans le cadre d'une simple enquête de police, préliminaire ou de flagrance, étant précisé que leur durée a été élargie par la loi du 14 mars 2011. Une fois encore, ont ainsi été évités l'ouverture d'une information judiciaire et le dessaisissement du parquet au profit du juge d'instruction. Une fois encore, la décision de recourir à ces interceptions appartient à un magistrat du siège, le juge des libertés et de la détention... saisi à la requête du parquet. Enfin, il est à noter l'octroi de pouvoirs identiques au juge d'instruction et au parquet en matière d'infiltration. L'opération d'infiltration peut, en effet, être réalisée aussi bien à l'initiative du parquet qu'à l'initiative du juge d'instruction, en notant que le parquet est en droit d'autoriser une telle mesure sans que soit exigée l'autorisation d'un magistrat du siège...

¹⁹ Cf. art. 76 al. 4 du code de procédure pénale.

11. La justification d'une conquête. Officiellement, le renforcement des pouvoirs du parquet a reçu une double justification. D'une part, le renforcement des pouvoirs du parquet a été justifié par la nécessité de réserver l'intervention du juge d'instruction aux seuls dossiers le méritant compte tenu de leur importance et de leur complexité²⁰. L'intention est louable mais elle ne parvient pas à dissimuler que, dans les faits, le renforcement des pouvoirs du parquet a permis de justifier l'absence de saisine du juge d'instruction et de maintenir dans le cadre de l'enquête de police nombre d'affaires financières estimées trop sensibles pour être confiées à un juge tirant son indépendance de son inamovibilité. D'autre part, le renforcement des pouvoirs du parquet a été justifié par le renforcement parallèle des pouvoirs du juge d'instruction²¹. Certes, ce renforcement est indéniable, notamment par l'octroi de la possibilité d'ordonner des sonorisations ou des infiltrations mais il convient d'apporter une précision et de formuler une remarque. Une précision : le renforcement des pouvoirs du juge d'instruction intéresse la délinquance et la criminalité organisées et seuls l'escroquerie commise en bande organisée et le blanchiment sont effectivement concernés par le renforcement des pouvoirs du juge d'instruction. Ne sont aucunement concernés par ce renforcement les délits d'escroquerie non aggravée, le faux et l'usage de faux, les abus de biens sociaux ou autres délits d'initiés. En particulier, il est à souligner que les délits de corruption n'ont pas été jugés dignes de figurer –faute de gravité...– parmi les infractions de délinquance et de criminalité organisées. Il a été nécessaire d'attendre la loi du 13 novembre 2007 pour que les opérations d'infiltration notamment soient (enfin) applicables aux délits de corruption. Une remarque enfin : le juge d'instruction ne peut réellement tirer le bénéfice du renforcement de ses pouvoirs qu'à la condition... d'être effectivement saisi ce que la réalité dément chaque jour encore davantage²². Ainsi que les praticiens l'ont souligné, « avec la loi Perben II, ce ne sont pas tant les pouvoirs que le recours au juge d'instruction qui se réduit »²³, soulignant ainsi « la lente agonie du juge d'instruction »²⁴. A cela s'ajoute une réforme récente, visant à élargir le domaine de la comparution sur

²⁰ F. MOULINS, « Le procureur, nouveau pivot de la justice pénale ? », in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Dalloz, 2004, p. 365, sp. p. 367.

²¹ F. MOULINS, *ibidem*.

²² Le chiffre de moins de 3 % d'affaires soumises à la sagacité du juge d'instruction est désormais avancé par les praticiens.

²³ H. DALLE, « Juges et procureurs dans la loi Perben II », in *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, Dalloz, 2004, p. 453, sp. p. 457.

²⁴ H. DALLE, *ibidem*.

Suppression du juge d'instruction et délinquance financière

reconnaissance préalable de culpabilité²⁵ ? à la quasi-totalité des infractions de nature financière, qui ne fait que confirmer la regrettable mainmise du parquet sur la matière économique et financière, mainmise que l'atténuation du rôle de la victime rend encore plus inquiétante.

B - L'amenuisement du rôle de la victime

12... ou l'impossible ouverture d'une instruction préparatoire. Alors que le droit pénal et la procédure pénale semblent redécouvrir la victime de « droit commun », la victime de la délinquance d'affaires est loin de bénéficier des mêmes égards tant de la part de la jurisprudence que de la part du législateur.

De la part de la jurisprudence : alors que l'actionnaire et le juge d'instruction ont parfois été dépeints comme les deux initiateurs de la lutte contre les abus de biens sociaux, depuis deux arrêts de principe, en date du 13 décembre 2000²⁶, l'actionnaire n'est plus en droit de revendiquer les droits de la partie civile et se trouve par conséquent privé du droit de saisir le juge d'instruction, de sorte que le juge d'instruction se trouve lui-même... privé du droit d'instruire, à moins que l'actionnaire se saisisse de l'action sociale exercée *ut singuli*. Une nuance cependant doit être apportée, qui laisse à penser que la chambre criminelle de la Cour de cassation tend à octroyer (par un moyen détourné) à l'actionnaire le droit légitime dont elle l'a privé : le délit de présentation ou de publication de comptes annuels infidèle reste, en effet, de nature à causer un préjudice personnel et direct à chaque associé ou actionnaire²⁷. Autres signes positifs émanant de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, et non des moindres : la recevabilité de la constitution de partie civile de l'association Transparence Internationale à propos de « l'affaire des biens mal acquis »²⁸ et sa prise de position favorable à l'égard des victimes de l'attentat de Karachi²⁹.

De la part du législateur : le code pénal accorde au ministère public... le monopole de la poursuite de certains délits de corruption internationale et étrangère. Cette restriction aux poursuites, affirmée par la loi du 30 juin 2000 a été maintenue dans son principe par la loi du 13 novembre 2007. Une seconde fois, la saisine du juge d'instruction est alors subordonnée toute

²⁵ Cf. L. n° 2011-1862 du 13 décembre 2011.

²⁶ Cf. Cass. crim., 13 déc. 2000 : *Bull. crim.* n° 373.

²⁷ Cf. Cass. crim., 30 janv. 2002 : *Bull. crim.* n° 14.

²⁸ Cf. Cass. crim., 9 novembre 2010, n° 09-88272.

²⁹ Cf. Cass. crim., 4 avril 2012 n° 11-81124.

entière à la (bonne...) volonté du parquet, solution légale que la chancellerie, s'adressant aux magistrats du parquet, a cru pouvoir corriger en affirmant qu'il leur appartiendrait « de faciliter la poursuite sur plainte simple des victimes des infractions de corruption d'agents publics étrangers en adoptant *de facto* (sic) les mêmes conditions de recevabilité que celle exigée pour une plainte avec constitution de partie civile du chef de corruption d'agents publics français »³⁰.

13. En guise de conclusion provisoire. Le cadavre du juge d'instruction bouge encore. Le salut du juge d'instruction viendra peut-être des engagements internationaux souscrits par l'Etat français qui font obligation d'assurer l'indépendance des enquêtes... tout en observant que ses engagements internationaux sont singulièrement absents des débats tenus sur le sujet. Pour l'avenir, à moins que le *statu quo* ne l'emporte, deux voies juridiques semblent se dessiner. Première voie : confier l'entièreté des investigations au parquet, option qui ne pourra se réaliser, le droit comparé le prouve³¹, sans mener une véritable réflexion tant sur l'indépendance politique que professionnelle, hiérarchique, économique ou personnelle du parquet³². Seconde voie : confier les investigations au parquet sans changement de statut mais sous le contrôle d'un magistrat du siège. Cette solution présente un inconvénient majeur : d'initiateur, le parquet devient décideur et le juge du siège, un simple contrôleur³³, le rôle de la victime restant alors à déterminer. Cette même solution se révèle, en outre, pour le moins paradoxale car on ne peut rationnellement se satisfaire de la disparition du juge d'instruction au motif que l'on ne peut être juge et enquêteur indépendant, pour admettre ensuite l'existence d'un parquet accusateur public et enquêteur... dépendant. L'incompatibilité de fonctions imposée au premier vaut nécessairement pour le second. En tout état de cause, quelle que soit la voie suivie, ainsi que l'enseignent fort justement les instruments internationaux et en témoigne le traitement contemporain des dossiers financiers, il faut bel et bien se résoudre à admettre que les

³⁰ Cf. CRIM 2004-06 G3/21-06-2004 NOR : JUSD0430119C.

³¹ J.-B. SCHMID, « La suppression du juge d'instruction en Suisse », in *Combattre la corruption sans juge d'instruction*, sous la direction de J. LELIEUR, Secure finance, 2011, p. 15, sp. p. 19.

³² Ch. CUTAJAR, « L'indépendance du parquet, une condition de l'effectivité de la lutte contre la corruption », in *Combattre la corruption sans juge d'instruction*, sous la direction de Juliette LELIEUR, éd. Secure Finance, 2011, p. 87.

³³ A l'instar du juge des libertés et de l'enquête préconisé par feu le rapport Léger.

Suppression du juge d'instruction et délinquance financière

investigations de nature financière seront indépendantes ou bien ne seront pas.

CINQUIEME PARTIE
L'UNITE DU CORPS : A L'EPREUVE
DE LA DUALITE DE JURIDICTION

LA CRITIQUE DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE PAR LES MAGISTRATS DE L'ORDRE JUDICIAIRE AU XIX^E SIECLE

par Grégoire Bigot,
professeur à l'Université de Nantes,
Institut universitaire de France

Il n'y a guère que des professeurs de droit public et des conseillers d'Etat pour avoir cru en l'existence d'une *justice* administrative, du moins au cours du premier XIX^e siècle (avant la loi du 24 mai 1872), période dont il va être ici question. Plus grave, et surtout plus problématique pour nous autres universitaires, il n'y a guère que des professeurs de droit public et des conseillers d'Etat qui aient écrit sur l'existence supposée de cette justice en tant qu'elle serait une justice à part entière, un ordre de juridiction évoluant en parallèle à l'ordre judiciaire. On peut comprendre que des publicistes aient cru à leurs mythes, par intérêt de classe. Il ne nous serait en revanche que peu pardonné, à nous universitaires, de ne pas douter en bonne foi de l'existence et/ou de la pertinence d'une justice administrative qui ne figure gravée sur aucun fronton des constitutions révolutionnaires, étant entendu que ce sont les constitutions de la Révolution, et non leur liquidation en frimaire an VIII, qui sont pour nous l'horizon indépassable des principes de droit public, d'organisation des pouvoirs et, ne feignons pas de l'ignorer, de déclaration de nos droits. C'est ainsi que si nous prenons la Révolution au sérieux, et si nous supposons avec elle que la liberté, droit de nature, est ce autour de quoi s'articule le droit constitutionnel, alors la question de l'existence et de la légitimité de la justice administrative est de celles que l'on peut sérieusement se poser. Ce qui suppose d'abandonner un temps la vision exclusive de nos publicistes et de nos conseillers d'Etat pour chausser d'autres lunettes, entendre d'autres discours. Ce qui suppose d'aller voir dans le camp d'en face, celui des vaincus : l'ordre judiciaire.

L'histoire, d'ordinaire, pardonne assez peu aux vaincus. Les vainqueurs nous réconfortent intellectuellement. Il n'est pourtant pas exagéré de dire que le judiciaire fut vaincu par le triomphe de la justice administrative : c'est par retranchement des compétences du juge judiciaire, qualifié pourtant de naturel par la loi des 16-24 août 1790, que la compétence contentieuse de

l'administration s'est imposée. C'est par droit de conquête politique, plus qu'en vertu des principes constitutionnels, que l'administration a étendu son empire en direction du judiciaire, contre le judiciaire. En un mot : comme le régime napoléonien qui lui donna évidemment naissance, la justice administrative viole la liberté, clé de voûte de l'ordre constitutionnel. Et du point de vue judiciaire, elle la viole au moins de deux façons : elle est contraire au libéralisme constitutionnel, sachant que les juges prennent au mot la promesse de Louis XVIII d'octroyer une charte libérale, en forme d'hommage contraint aux principes révolutionnaires comme en témoigne le titre I de la dite charte qui est en quelque sorte une version *up to date* de la déclaration des droits. C'est le premier temps de la contestation. Dans un second temps, sachant que l'impérialisme administratif survit aux chartes, il apparaît à certains juges que la justice administrative, comme gardienne des prérogatives du pouvoir administratif, est antinomique de la liberté en soi.

I

C'est un fait connu que la justice administrative est violemment contestée aux commencements de la Restauration, en tant qu'elle relève de l'autoritarisme napoléonien en même temps qu'elle révèle cet autoritarisme¹. L'administration centralisée n'est pas compatible avec la promesse libérale de la charte : les administrations doivent être à nouveau élues afin que la représentation, par pallier, réorganise une nation soucieuse d'exprimer et de défendre ses libertés politiques. Quant à la justice administrative, qui permet, de l'opinion des libéraux, à l'Etat d'exercer une puissance inconditionnée, elle est inconstitutionnelle. La charte, qui tait l'existence d'une telle justice, en témoignerait : elle ne garantit que l'ordre judiciaire, prohibe les juridictions d'exception et promet de n'y rien changer qu'en

¹ G. RAÏSSAC, *Les controverses relatives à la juridiction administratives de 1789 à la Deuxième République*, Paris, Sirey, 1937 ; F. BURDEAU, « La crise du principe de dualité des juridictions », *RFDA*, 1990, p. 724-733 ; Y. LAIDIE, « Les libéraux et la justice administrative au XIX^{ème} siècle : un mariage de raison ? », *Revue Administrative*, 2001, p. 5-11 ; L. JAUME, « Les libéraux et la justice administrative sous Juillet : craintes et ambiguïtés », *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, O. CAYLA et M.-F. RENOUX-ZAGAME (dir.), Paris, LGDJ, 2001, p. 137-150 ; C. AUZANNEAU, « La justice administrative vue par la doctrine de Locré à Aucoc », *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, G. BIGOT et M. BOUVET (dir.), Paris, Litec, 2006, p. 105-127 ; M. JORAT, « Supprimer la justice administrative... deux siècles de débats », *RFDA*, 2008, p. 456-467 ; G. BIGOT, « Justice administrative et libéralisme sont-ils compatibles ? », *RDP*, 2012, p. 441-456.

La critique de la justice administrative par les magistrats

vertu d'une loi. Malgré un devoir de réserve lié à leur office et une situation de dépendance à l'égard de la couronne qui ne favorise guère la liberté d'expression, certains magistrats vont se faire l'écho de ce discours, répandu sous les deux Restaurations, et qui consiste à dire que la justice administrative est inconstitutionnelle, qu'elle contredit tous les principes d'une sage organisation politique parce qu'elle ne serait pas à proprement parler une justice. Dès 1818, année où Louis-Marie de Cormenin et Jean-Baptiste Sirey prennent la défense du Conseil d'Etat², un magistrat judiciaire conteste l'existence de la justice administrative. Il le fait au nom du libéralisme politique. Il s'agit d'Alphonse-Marie-Marcellin-Thomas Bérenger (1785-1866), conseiller auditeur puis avocat général à la cour d'appel de Grenoble, démissionnaire en 1814 par refus de prêter serment au nouveau régime (il sera élu en 1827 dans l'opposition constitutionnelle, pair de France après 1839 puis magistrat sous la seconde République). « L'auteur de ce livre, ayant le bonheur de vivre sous un gouvernement représentatif, et par conséquent dans un Etat libre, a cru pouvoir écrire avec liberté sur les institutions judiciaires de son pays. Il a trouvé qu'elles étaient incompatibles avec la monarchie constitutionnelle, et il l'a dit³ ». En effet, les Conseils de préfecture, « pas plus que le Conseil d'Etat, qui juge les appels de leurs arrêtés, n'ont une physionomie judiciaire. Ce sont de véritables commissions. Les membres qui les composent ne sont point des juges, ils n'en ont ni les mœurs, ni le caractère, ni la dignité : ils sont privés d'indépendance, et leurs institutions violent la charte, qui veut que la justice soit rendue par des juges inamovibles⁴ ». Second reproche logique : « La manière de procéder devant ces espèces de commissions n'est environnée d'aucunes formes ; les affaires n'y sont point instruites ; il n'y a point de plaidoiries, point de séances publiques, rien de ce qui peut mettre le juge en garde contre l'erreur, ou préserver les parties de sourdes insinuations... Tout est surprise, tout se fait dans le mystère, sur des mémoires qui peuvent n'être pas lus, et dont il est facile de soustraire la connaissance aux intéressés⁵ ». Troisième reproche : la « justice » administrative ne fait

² Anonyme [CORMENIN], *Du Conseil d'Etat envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Hérisant Le Doux, 1818 ; J.-B. SIREY, *Du Conseil d'Etat selon la charte constitutionnelle ou notions sur la justice d'ordre politique et administrative*, Paris, Cour du Harlay, 1818.

³ BERENGER, *De la justice criminelle en France, d'après les lois permanentes, les lois d'exception, et les doctrines des tribunaux*, Paris, L'Huillier, 1818, Avant-propos, p. I.

⁴ *Ibid.*, p. 349.

⁵ *Ibid.*, p. 350.

qu'arbitrer des intérêts et ne règle pas des droits. Il n'existe pas en un mot de droit administratif à proprement parler parce qu'il n'existe pas de législation administrative cohérente et de jurisprudence réglée ; dès lors ce que l'on nomme le droit administratif n'est que la balance des intérêts où l'intérêt public domine l'intérêt privé⁶.

Ce sont ces mêmes critiques que va reprendre un second magistrat sous le règne de Charles X, mais de façon beaucoup plus complète en y consacrant un ouvrage en deux tomes. Il s'agit de François-Nicolas Bavoux qui publie en 1828 un fracassant *Des conflits ou empiètement de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire*. On pourrait résumer cet ouvrage par le constat que dressera Tocqueville dans *L'Ancien Régime et la Révolution*. A savoir : la séparation des pouvoirs et des autorités, posée par la Constituante, a été appliquée en France au profit exclusif de l'administration et au détriment du judiciaire⁷. En effet, la loi des 16-24 août 1790 a interdit formellement au judiciaire de faire acte d'administration. Seulement, et on

⁶ *Ibid.*, p. 350-351 : « La législation administrative, si toutefois on peut appeler législation, un amas de dispositions qui n'ont aucun lien entr'elles, est d'ailleurs si ténébreuse que, semblable aux livres sibyllins, les seuls initiés peuvent se flatter de la connaître. Elle se compose d'une multitude de décrets impériaux, d'avis du Conseil d'Etat, de décisions ministérielles, et pour en donner une idée, il suffit de dire que la collection des décisions relatives à une seule branche de l'administration, celle de l'enregistrement et des domaines, forme déjà quatorze gros volumes in 4°. Comment espérer de trouver là des règles et des principes fixes ? Aussi l'autorité administrative n'a-t-elle point de jurisprudence : elle ne peut pas même s'en former une. Chaque affaire est décidée d'après des considérations de circonstance. Quelquefois des décrets impériaux étaient rendus pour le besoin d'une cause, et d'autrefois c'étaient des décisions ministérielles qui arrivaient au moment du jugement, pour tracer des directions. Ces décrets, ces décisions, enregistrés à mesure, pour servir de règle jusqu'à nouvel ordre, imitaient ces constitutions, que, dans la décadence de l'empire, l'importunité arrachait à la faiblesse, et qui s'abrogeant tour à tour, jetaient le trouble dans les familles, et le désordre dans la législation ».

⁷ A. de TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution* (1856), Paris, Gallimard, Folio, 1967, p. 125-126 : « Les légistes modernes, en fait de droit administratif, nous assurent qu'on a fait un grand progrès depuis la Révolution [...]. Nous avons, il est vrai, chassé la justice de la sphère administrative où l'ancien régime l'avait laissée s'introduire fort indûment ; mais dans le même temps, comme on le voit, le gouvernement s'introduisait sans cesse dans la sphère naturelle de la justice, et nous l'y avons laissé : comme si la confusion des pouvoirs n'était pas aussi dangereuse de ce côté que de l'autre, et même pire ; car l'intervention de la justice dans l'administration ne nuit qu'aux affaires, tandis que l'intervention de l'administration dans la justice déprave les hommes et tend à les rendre tout à la fois révolutionnaires et serviles ».

La critique de la justice administrative par les magistrats

L'oubli trop, des législations empiriques, la jurisprudence du Conseil et un régime autoritaire (le régime napoléonien) ont laissé l'administration dans la justice puisqu'il est supposé exister une justice administrative dont le champ des compétences est préservé unilatéralement par l'exécutif, par l'intermédiaire des préfets, qui élèvent les conflits comme autant d'interdits en direction de l'indépendance de la justice. La séparation des autorités n'a donc pas eu complètement lieu et la garantie des lois n'existe pas, les particuliers pouvant être détournés des juges pour être réorientés vers l'administration d'Etat, qui ne comporte aucun juge *naturel* puisque l'administrateur qui juge n'est ni inamovible, ni indépendant. Le libéralisme de Bavoux (il siège à la Chambre comme libéral étant élu à la place de Royer-Collard qui lui cède sa circonscription) part d'un présupposé politique : la charte est d'inspiration révolutionnaire dans la mesure où elle sépare les pouvoirs afin qu'ils s'équilibrent (le fameux régime représentatif fondé sur la légitimité électorale qui contrebalance le pouvoir royal institué) ; et non seulement elle sépare les pouvoirs exécutif et législatif mais en outre Bavoux prétend que la charte institue une tripartition des pouvoirs : le judiciaire est bien un pouvoir à la puissance nulle. Il doit être indépendant institutionnellement de ceux qui font les lois et de ceux qui les font exécuter : l'office du juge ne doit pas être perturbé ou arrêté par les corps constitués pour la garantie des lois ; en cela il y a pouvoir. Sa puissance est nulle puisque le judiciaire ne peut dénaturer les lois faites ni pénétrer le champ de l'autorité chargée de pourvoir à leur exécution. La pratique des conflits, et la dévolution à l'administration d'un contentieux arraché à la justice, sont des pratiques inconstitutionnelles. Ne serait-ce que parce que l'article 62 de la charte précise que *Nul ne peut être distrait de ses juges naturels* et que l'article 57 précisait bien que les juges, nommés par le Roi, sont inamovibles. Le Conseil d'Etat, créature de l'autoritarisme napoléonien en ce qu'il mélange les trois pouvoirs, ne peut être qu'incompatible avec le régime représentatif qui divise les pouvoirs. Sur ce point Bavoux connaît ses classiques ; il cite Daunou et son *Essai sur les garanties individuelles* de 1819 : « On donne des attributions judiciaires à un Conseil d'Etat que la loi fondamentale ne reconnaît point ; qui peut bien exister dans une monarchie absolue, mais qui n'a point de place dans un véritable système représentatif, parce que n'étant ni responsable, ni indépendant, remplissant et confondant des fonctions de toute espèce, législatives, ministérielles, administratives et enfin judiciaires, il est

réellement indéfinissable et incompatible par sa nature avec une constitution proprement dite⁸ ».

Troisième magistrat député qui, au nom de son libéralisme politique, conteste l'existence même de la justice administrative : Hyacinthe Colombel (1781-1851), président du tribunal civil de Nantes, dont la carrière faillit connaître un terme prématuré puisqu'il se rallia activement à Napoléon durant les Cent jours. Croyant alors lutter contre l'intransigeance des légitimistes de la première Restauration, il fait partie des libéraux nantais qui rédige, le 23 avril 1815, une adresse à l'intention des *braves Rennais*. Colombel, qui avait combattu les chouans de Cadoudal comme engagé volontaire, espère créer une dynamique comparable à celle qui avait embrasé la bourgeoisie rennaise en 1789. Plus prosaïquement, l'adresse est un acte d'allégeance à l'empereur, dont on attend et espère qu'il offre une constitution libérale promise au suffrage universel. Radié de la magistrature comme dangereux bonapartiste, il ne doit sa survie en tant qu'avocat que parce qu'il consent à signer une rétractation de sa conduite pendant les Cent-Jours et une promesse de soumission inviolable et sans bornes à l'autorité royale. La Monarchie de Juillet sauve sa carrière : dès le 23 août 1830, il est nommé président du tribunal civil de Nantes où il exerce jusqu'à sa mort (son fils Evariste est maire de Nantes de 1848 à 1852). Pour Colombel, la législation du début des années 1830, venue améliorer le fonctionnement de la justice administrative, particulièrement celle du Conseil (publicité des débats, commissaires du gouvernement etc.), ne résout pas le problème au fond qui est celui de l'inadéquation entre justice administrative et constitution. En 1840, dans son ouvrage *De la juridiction administrative en France*, il réclame donc que le droit administratif soit mis « en harmonie avec les principes de la constitution⁹ », ce qui signifie, en un mot que le pouvoir exécutif ne doit plus empiéter sur le judiciaire, conçu comme gardien exclusif des libertés. Le judiciaire n'est donc pas une autorité sous tutelle de l'exécutif comme l'enseignent la plupart des publicistes à la même époque : « Nous préférons la division admise par plusieurs de nos constitutions, lesquelles ont reconnu trois pouvoirs,

⁸ F.-N. BAVOUX, *Des conflits ou empiètement de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire*, Paris, J.-P. Aillaud, 1828, t. I, p. 54-55.

⁹ H. COLOMBEL, *De la juridiction administrative en France*, Paris, Joubert, 1840, p. 4 : « Parmi les améliorations qu'attend la France, se place, à l'un des premiers rangs, le besoin de mettre notre droit administratif en harmonie avec les principes de la constitution. S'il est indispensable que le pouvoir exécutif soit libre et fort dans sa sphère légitime, il est nécessaire aussi qu'il répudie les empiètements faits, à diverses époques, sur l'autorité judiciaire ».

La critique de la justice administrative par les magistrats

parfaitement et essentiellement distincts, le *Pouvoir législatif*, le *Pouvoir exécutif* et le *Pouvoir judiciaire*¹⁰ ». Après l'adoption de la loi de 1845 relative au Conseil d'Etat, la critique est toujours de rigueur : il n'y a pas de justice administrative à proprement parler dès lors qu'est maintenu le principe de la justice retenue, c'est-à-dire inféodée à l'exécutif. C'est la critique qu'exprime le conseiller à la Cour de cassation Charles Guillaume Hello (1787-1850) dans la troisième édition, publiée en 1849, de son ouvrage *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*. Il estime que la justice administrative retenue consacre la victoire de « l'esprit de l'Empire » sur « l'esprit de la charte¹¹ ».

II

L'autoritarisme du second Empire, pendant les dix à quinze premières années de son existence, fait taire la contestation judiciaire, y compris en jurisprudence où les magistrats abandonnent la plupart de leurs revendications à l'égard d'un Conseil d'Etat, officiellement présidé par l'empereur, et qu'ils n'osent plus qualifier de justice d'exception. Néanmoins, dans les années 1860, le libéralisme fait son grand retour comme programme d'opposition au régime. Notamment sur le chapitre de la question décentralisatrice où le manifeste de Nancy (1865) réclame notamment la suppression des Conseils de préfecture. Mais ce qui caractérise surtout ce libéralisme des années 1860, c'est qu'il a en quelque sorte opéré sa mue, qu'il a changé de nature : de plus en plus libéralisme de l'individu et de moins en moins libéralisme réalisé par l'Etat et la politique. Du moins le libéralisme de l'individu est-il celui de l'opposition à la toute puissance administrative du régime alors que le libéral-étatisme trouve de fervents partisans du côté de la défense d'un Etat administratif instituteur du social, pour reprendre la forte expression de Dupont-White. Le malentendu vient précisément de ce que le libéralisme au plan politique peut très bien coexister avec l'absence des libertés au plan civil comme le souligne, notamment, Prévost-Paradol¹². Le second Empire en témoigne qui consacre une démocratie politique (suffrage universel et représentation élue) où les libertés civiles demeurent sous tutelle du gouvernement, c'est-à-dire, concrètement, administrées et soumises au régime des autorisations

¹⁰ *Ibid.*, p. 55-56.

¹¹ C.-G. HELLO, *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, Bruxelles, Meline, Cans et Cie, 3^{ème} édition, 1849, p. 331-332.

¹² PREVOST-PARADOL, *La France nouvelle*, 1868, p. 3-47.

préalables. C'est dans ce contexte d'une opposition de fond à l'autoritarisme administratif, mené notamment par le parti libéral d'Edouard Laboulaye, qu'un magistrat angevin, Eugène Poitou, publie, en 1869, un des essais les plus pénétrants qui soient sur l'administration : *La liberté civile et le pouvoir administratif en France*. Comme Laboulaye, Poitou souhaite dépasser le seul débat relatif à la décentralisation qui occupe tous les esprits depuis le manifeste de 1865 : « La centralisation excessive tue la vie communale, j'en conviens : mais l'autocratie administrative met en péril la liberté civile¹³ ». Il renverse donc la perspective par rapport à la problématique des libéraux de la première génération : ce n'est pas forcément par un régime politique libéral que l'on résout la question de la liberté mais en posant, d'emblée, la liberté civile comme pierre angulaire de l'organisation sociale : « La liberté civile est la première de toutes les libertés, celle sans laquelle toutes les autres ne sont rien. C'est donc elle qu'il faut assurer d'abord ; c'est à elle qu'il importe avant tout de donner des garanties¹⁴ ». De ce point de vue la liberté a été mal comprise en France : « Nous avons pris pour elle l'égalité démocratique, qui est la plus ardente de nos passions, mais qui n'est au fond que [...] le nivellement des conditions civiles et politiques ; et qui peut tout aussi bien se concilier avec le despotisme qu'avec la liberté. [...] Nous avons pris pour elle la liberté politique, qui n'est que l'ensemble des garanties organisées pour assurer l'intervention du pays dans son gouvernement [...]. Rien de tout cela n'est la liberté. Que me fait l'égalité, si vous n'avez à offrir que l'égalité dans la servitude ? M'importe-t-il beaucoup que la nation soit souveraine, si moi, citoyen, je suis esclave ? Et de quoi me serviront les libertés politiques, si ma liberté individuelle m'est enlevée ?¹⁵ ».

Or, force est de constater selon notre auteur que le gardien de la liberté n'est pas institué en France. Au contraire : alors que le régime représentatif, garant des libertés politiques, est assuré par une Chambre élue au suffrage universel, alors même que la démocratie sociale règne grâce à la centralisation qui maintient l'égalité des conditions, le pouvoir administratif, parce qu'il prétend justement instituer le social à partir d'une poussière d'individus, tient toujours sous sa coupe les libertés individuelles¹⁶. « Quel

¹³ E. POITOU, *La liberté civile et le pouvoir administratif en France*, Paris, Charpentier, 1868, préface, p. IV.

¹⁴ *Ibid.*, p. VII.

¹⁵ *Ibid.*, p. 2-3.

¹⁶ *Ibid.*, p. 16 : « Que la France marche depuis un siècle et à pas rapide vers la démocratie, cela est évident. Que le pouvoir central ait pris, en même temps et du même pas, des accroissements continus et en quelque sorte proportionnels, c'est ce qui ne peut guère non plus être contesté. Ce double mouvement s'accélérait sans

La critique de la justice administrative par les magistrats

est le pouvoir qui protégera le droit individuel, qui défendra la personne, la propriété du citoyen, contre les caprices de cette puissance formidable, armée de deux cent mille bras, qui s'appelle le pouvoir administratif¹⁷ ». De l'opinion d'Eugène Poitou, ce tiers garant ne peut être que le judiciaire. Mais il faut pour ce faire, établir ou rétablir une tripartition des pouvoirs en France, c'est-à-dire réhabiliter le judiciaire en tant qu'il serait garanti de toute intrusion de l'exécutif et de son administration dans sa sphère : « Là où la justice n'est pas souveraine, là où elle n'a pas le dernier mot, il n'y a pas de liberté parce qu'il n'y a pas de garantie¹⁸ ». Par conséquent, « [i]l faut ou modifier notre régime administratif, ou renoncer à la liberté¹⁹ ». En un mot, il faut accomplir une séparation des autorités conforme à la séparation des trois pouvoirs, c'est-à-dire sortir enfin l'administration de la justice après que la Révolution ait sorti la justice de l'administration.

cesse et de façon uniforme, il est clair, si rien n'y faisait obstacle, que nous arriverions fatalement et en même temps, dans un siècle ou deux, à la démocratie absolue et à la servitude universelle ».

¹⁷ *Ibid.*, p. VII.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

LES CONFLITS ENTRE L'ORDRE ADMINISTRATIF ET L'ORDRE JUDICIAIRE, AVANT ET DONC SANS LE TRIBUNAL DES CONFLITS...

par Bernard Pacteau,
agrégé de droit public et de science politique,
professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV

Les conflits entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire, pour un publiciste, voilà un sujet forcément attirant comme le feu et les flammes... Il plonge en effet au cœur des originalités fondamentales et foncières du système juridique français avec sa rigoureuse et rugueuse séparation des autorités administratives et judiciaires, jusqu'à la radicale dualité juridictionnelle, donc aussi dualité de droits et dualité de procès qui en sont issues, à l'allure de *grand schisme*.

Il faut y insister d'emblée, cette dualité a été dans l'Histoire une dualité d'opposition, de tensions et d'incompréhension mutuelles. Et forcément, après sa naissance conflictuelle, sa mise en œuvre ne pouvait qu'être elle-même génératrice de conflits de compétence.

Ces conflits, au risque de devenir conflagrations, par qui et comment les résoudre ?

Aujourd'hui, à cette fin, *il y a un tribunal*, et justement dénommé : *tribunal des conflits*, institution correctrice sans doute la plus heureuse et la plus précieuse que nous possédions.

Mais ce tribunal n'a pas toujours existé.

Alors, *avant lui et donc sans lui*, au temps où la séparation des autorités administratives et judiciaires, elle, existait déjà, *comment donc ça se passait, comment ça se traitait, comment ça se réglait ?*

A vrai dire, au seuil de ce sujet, il faut insister sur les ambiguïtés qu'il comporte, et inattendues peut-être autant qu'elles contribuent à cerner le cadre, le contexte et les enjeux de cette sorte d'exploration historique à laquelle je dois me livrer.

*

Deux questions liminaires sont ainsi à poser.

Tout d'abord, **un conflit, c'est quoi ?**

Le terme a en effet plusieurs sens.

Il y a les conflits *de juridictions*, au sein d'un même ordre. Il y a aussi les conflits *de décisions*, constitués par la contrariété entre ce qui a été statué par des instances distinctes. Il y a enfin les conflits *d'attribution* nés de prétentions différentes à connaître d'une même affaire.

C'est de ces conflits d'attribution qu'il sera ici question, et au sens le plus large, donc *au-delà du juridictionnel*, donc non pas seulement entre deux juges et deux justices, mais, pouvant opposer ou faisant s'affronter, plus en profondeur, *deux mondes*.

On sait bien que la procédure de conflit positif oppose concrètement avant tout la puissance publique elle-même et l'autorité judiciaire qu'elle entend dessaisir d'un procès qui lui a été soumis.

On se souviendra surtout que la procédure de conflit n'a pas pour seule fonction de préserver la compétence du *juge administratif*, même si c'est son objet ou son effet courants, mais qu'elle peut aussi éventuellement viser à protéger des actes publics pour devoir être exempts de tout contentieux, tels les *actes de gouvernement*, le conflit visant alors à retirer un procès à l'ordre judiciaire mais sans qu'il puisse reprendre dans l'ordre juridictionnel administratif, donc préservant la compétence propre de l'administration.

Il y a un important précédent en ce sens, et même récent ; c'est l'affaire du brouillage de *Radio Andorre* en 1950¹.

Il y en eut un autre, ancien et plus encore radical car aux soubassements politiques, à l'aube du Second Empire, sur le contentieux des *biens de la famille d'Orléans* suite aux fameux décrets du 22 janvier 1852 qui procédaient à leur confiscation et que le juge des conflits –c'était le Conseil d'Etat– ôta des mains du juge civil mais les exemptant aussi de procès administratif².

¹ TC, 2 février 1950, Radiodiffusion française C. Soc. de gérance et de publicité du poste de radiodiffusion « Radio Andorre », *Rec.*, 652, *S.*, 1950,3, 73, concl. ODOT qui défendait comment le conflit est une arme au service de *l'indépendance administrative*, dans toutes ses dimensions, y compris donc pour interdire aux juges de *connaître d'un acte de gouvernement*, *RDP*, 1950, p. 418, concl. et note WALINE, *JCP*, 1950, I, 5542, note RIVERO. Dans cette affaire, le c. g. Raymond Odent avait lui-même conclu à l'acte administratif relevant de la compétence du Conseil d'Etat.

² CE, confl., 18 juin 1852, Hér. d'Orléans, *Rec.*, 252, note ; *D.*, 1852, 3, 17, concl. MAIGNE et note ; *S.*, 1852, 2, 307, concl. MAIGNE et notes. Emile Reverchon, alors maître des requêtes (et ici directement impliqué, ayant été dessaisi du dossier au Conseil d'Etat alors qu'il s'apprêtait à y conclure comme commissaire du gouvernement, et bientôt révoqué) contestera d'ailleurs que le conflit puisse servir ainsi au-delà de la délimitation des compétences juridictionnelles ; c'est dans son étude sur les conflits au *Dictionnaire de l'Administration française*, dir. Maurice

Les conflits entre les ordres administratif et judiciaire

Le conflit, a-t-il été dit, c'est, finalement, largement et tout simplement, *un dissentiment sur la compétence*³.

Foucart, l'universitaire poitevin, écrivait lui-même au XIX^e siècle que *C'est une lutte de compétence entre deux autorités*⁴.

C'est dire que, dans sa nature profonde, le conflit vise moins à *délimiter* les compétences entre les deux justices qu'à *limiter* l'emprise du juge judiciaire sur l'action publique.

Ce n'est pas la seule procédure de régulation de la dualité ; on pense aux conflits négatifs et au règlement des contrariétés de décisions. Mais c'est bien sa raison d'être première et principale.

Encore sera-t-il rappelé que, inversement en quelque sorte, il ne peut être de conflit contre une intervention ou une décision administratives supposées empiéter sur les prérogatives judiciaires.

Il y a eu des tentations en ce sens ; mais ce non parallélisme est établi de longue date, à savoir que le conflit est dirigé contre le seul débordement judiciaire⁵.

Et cela éclaire quant aux méthodes et moyens voulus aux fins de ces conflits.

Deuxième interrogation liminaire : *avant le tribunal des conflits, c'est quand ?*

C'est avant 1872, bien entendu, puisque l'actuel tribunal des conflits est issu, justement et comme on sait, de la grande loi du 24 mai 1872, celle qui a comme *refondé* notre juridiction administrative en la consacrant dans sa légitimité, c'est-à-dire dans sa séparation d'avec l'autorité judiciaire et non

BLOCK, défendant que : *C'est par la sagesse de l'autorité judiciaire elle-même, c'est par le recours à ses divers organes et en dernier ressort à la Cour de cassation que ces entreprises peuvent et doivent être réprimées*. Sur lui, cf. notre livret : *Emile Reverchon, commissaire du gouvernement au Conseil d'Etat, trop indépendant et martyr...*, APPA, Villenave d'Ornon, 2012.

³ H. COLLIGNON, *Des conflits d'attribution*, Paris, Libr. A. Maresq aîné, A. Chevallier-Maresq, succr, 1882, p. 3.

⁴ E.-V. FOUCART, *Précis de droit public et administratif*, Paris, Videcocq, père et fils, 1844, p. 294-300.

⁵ Cf. CE, 3 juillet 1822, Créanciers Chalette c. Delamarre et consorts, *Rec.*, 7, S., 1822-1824, 94, note. Dans cette affaire, le tribunal de Saint-Lô avait déclaré élever le conflit contre un arrêté du préfet s'immisçant dans une affaire de saisie-arrêt. On avait précédemment paru admettre pareil conflit au profit du judiciaire : CE, 29 juin 1811, Gillet, *Sirey, Jurisprudence du Conseil d'Etat*, t. 1, n° 528. Cette question fut d'ailleurs classiquement exposée et débattue avec, entre autres, ce débat de procédure : à défaut de textes comment l'aménager ?

moins en amorçant de façon décisive son indépendance, donc sa séparation aussi, vis-à-vis de l'administration active.

Encore ne doit-on pas oublier qu'il avait déjà existé un tribunal des conflits, précisément entre 1849 et 1851.

Ce premier tribunal des conflits, dit alors *tribunal spécial des conflits*, dont on reparlera évidemment, avait été institué à l'article 89 de la constitution du 4 novembre 1848 (au sein du chapitre VIII *Du pouvoir judiciaire*) et aménagé par la loi du 4 mars 1849 puis par celle du 4 février 1850 aux fins d'un arbitrage des compétences judiciaire et administrative, à une époque où le Conseil d'Etat recevait *la justice déléguée*, donc une vraie autonomie fonctionnelle.

Mais il devait être supprimé dans la nouvelle organisation de la justice publique issue en 1852 du coup d'Etat de Louis-Napoléon, n'ayant donc eu qu'une brève existence.

Il était d'ailleurs proche du tribunal des conflits actuel, avec ses deux traits essentiels, à savoir : *parité de sa composition* entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, et *présidence par le ministre de la Justice*⁶.

En moins de deux ans de fonctionnement, il eut une réelle activité, ayant connu de quelque 120 affaires⁷.

6 Cf. notamm. : B. AUGER, *Le tribunal des conflits sous la IIème République*, th. Paris, 1911 ; P. ARRIGHI, « Le tribunal des conflits et la révolution de 1848 », *D.*, 1949, chron., 57-60 ; Y. LAIDIE, « Le Tribunal des conflits », in ouvr. coll., *La constitution du 4 novembre 1848*, Presses univ. de Bourgogne, t. CV, 363-390 ; B. PACTEAU, *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative au XIX^{ème} siècle*, PUF, 2003, préf. R. DENOIX de SAINT MARC, p. 125-128. Ce premier tribunal des conflits avait même une parité très systématique (4 membres du Conseil d'Etat, 4 membres de la Cour de cassation), alors que dans l'actuel TC, il n'en est que 3 et 3 qui choisissent eux-mêmes deux autres membres qui sont en fait une même double origine mais sans que les textes l'imposent. Il sera aussi souligné que la présidence du ministre de la Justice (et pleinement requise) fut débattue. Certains y virent en effet un vice, tant, observera par exemple Batbie (actif parlementaire dans l'élaboration de la loi de 1872) : *Il était bien rare que les quatre voix de la Cour de cassation ne tinsent pas en échec les quatre suffrages du Conseil d'Etat ; c'était donc toujours le ministre de la justice qui faisait l'arrêt...* (A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1862-1868, t. 7, p. 391). On rappellera aussi ce mot de Tocqueville (qui fut président du comité de rédaction du projet constitutionnel de 1848, à propos du Tribunal des conflits (en même temps que de la Haute Cour...)) : *C'est la seule partie de notre œuvre qui survivra. (Souvenirs, Calmann-Lévy, 1893, rééd. Gallimard 1942, p. 172)*. Certainement, ce tribunal était la marque d'une réelle imagination et même d'une belle intuition inventive.

Les conflits entre les ordres administratif et judiciaire

En fait, il a généralement confirmé les jurisprudences antérieures du Conseil d'Etat ; en particulier il a assis la compétence administrative sur les dommages *permanents* de travaux publics que les juges judiciaires revendiquaient au titre de l'expropriation indirecte⁸.

Sa reconstitution en 1872 fut évidemment essentielle, alors que le Conseil d'Etat acquérait à nouveau son indépendance, et que notre dualité *de contentieux* devenait vraiment dualité *de juridictions*.

Oh, la présidence qui y a été maintenue du ministre de la Justice ne peut que heurter, *dans son principe*, même si elle n'est normalement que protocolaire et ineffective, et aussi *dans sa pratique* dès lors qu'il siège bien parfois, pour faire face à un partage des voix rendu possible par la composition du tribunal (huit membres) et alors dans les procès forcément les plus délicats et les plus difficiles. Ainsi en est-il allé (à la fois *tout de même* et *seulement...*) quelque dix fois depuis 1872⁹.

En quelque 140 ans, Le tribunal des conflits n'a d'ailleurs connu que d'un peu moins de 4 000 affaires, ce qui est peu, et encore, en tenant compte de quelques *pointes* comme après-guerre dans les contentieux de réquisition.

Il faut même voir que son activité se raréfie, jusqu'à aujourd'hui pas davantage que quelque quarante affaires ou groupes d'affaires par an (270 sur cinq ans entre 2007 et 2011¹⁰).

⁷ Cf. notamm. les statistiques publiées par Edouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1887, t. 1, p. 260-261 ; 2^{ème} éd., 1896, t. 1, p. 296-297.

⁸ TC, 24 février 1850, Roger C. Commune d'Orgeval, *Rec.*, 392, note, D., 1850, 3, 53, note.

⁹ Bien entendu, on sait que l'arrêt *Blanco*, dès le 8 février 1873, si décisif (autant qu'incisif...) fut rendu avec cet arbitrage (sur ses circonstances : Just BLANCHET, *L'arrêt Blanco*, Sirey, 1935, notamm. p. 141-142. Sûr que cette présence, quand bien il ne s'agirait que d'*attribuer* un procès, est difficilement justifiable sauf à y voir le prix de la parité intérieure au Tribunal, elle-même féconde. Sa plus récente application eut lieu en 1997, ayant alors donné lieu à polémiques et jusqu'à la démission d'un des membres judiciaires du Tribunal, le haut conseiller Jacques Sargos (TC, 12 mai 1997, Préfet de police c/ TGI de Paris, aff. Ben Salem et Taznaret, dite aussi *des Marocains de Honfleur*, *Rec.*, 528, *JCP*, 1997, II, 22861, rap. J. SARGOS, *RFDA*, 1997, p. 514, concl. J. ARRIGHI de CASANOVA et note D. THIERRY, *AJDA*, 1997, p. 574, chron. D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT). Il semble que, depuis lors, tout soit fait pour éviter sa répétition. Cf. aussi notre *Contentieux administratif*, traité, PUF 2008, p. 121 et s.

¹⁰ Précisément : 47 en 2007 ; 14 en 2008 ; 51 en 2009 ; 45 en 2010 ; 55 en 2011. Du coup, il ne lui est vraiment pas nécessaire d'exister à plein temps. En fait, il se réunit normalement une seule fois par mois. Il est d'ailleurs convenable qu'il associe les deux justices plus qu'il ne constitue une troisième juridiction entièrement autonome.

Mais nul doute qu'il ait été et demeure un rouage essentiel.

Tout bonnement, il a rendu *vivable* et *viable*, la séparation des autorités administratives et judiciaires.

Même s'il a surtout été une *chambre d'écho* de grands courants juridiques qui le dépassent, sûr que le tribunal des conflits a *apaisé* notre système juridictionnel et servi la compréhension entre les deux piliers de la Justice française.

*

Ainsi devait l'exprimer un jour à son adresse M. Stirn, l'actuel président de la section du contentieux du Conseil d'Etat et alors commissaire du gouvernement devant lui : « Plus qu'un théâtre de conflits, votre tribunal est une instance de rencontre et de dialogue. Loin des débats parfois trop passionnés,... éclairé par l'échange de réflexions qui ont des sources différentes, il a pour mission de faire régner l'harmonie entre les deux composantes de notre droit... »¹¹.

*

Il n'en est que plus important et intéressant de s'interroger sur ce qui existait *avant lui*.

Pour prolonger notre délimitation, il faudrait aussi se demander : *avant le tribunal des conflits, c'est jusqu'à quelle époque ?* C'est-à-dire : *Jusques à quand faut-il remonter ?*

Question pas si oiseuse, se souvenant des racines d'*ancien régime* de notre dualité juridictionnelle, de la lutte alors acharnée de nos rois pour se

Les conflits positifs destinés à dessaisir l'ordre judiciaire d'un procès pour échapper à son domaine sont eux-mêmes devenus très rares : jamais plus de 10 par an dans la période récente.

¹¹ B. STIRN, concl. s. TC, 6 juin 1989, Préfet Ile-de-France, aff. *Ville de Pamiers*, RFDA, 1989, p. 457. Ces belles phrases font écho à ce que Emile Reverchon (cf. *supra* note 2) l'ancien maître des requêtes devenu avocat, exposa dans une plaidoirie devant... le Conseil d'Etat, à savoir qu'il avait *tempéré les inconvénients de l'isolement antérieur des deux éléments [de notre justice], et sans parler de ce que l'élément administratif y a recueilli, elle a ouvert plus largement à l'autre élément cet horizon administratif trop voilé quelquefois...* (c'était sur l'arrêt l'affaire *Dupont et consorts*, CE, confl., 21 avril 1853, *Rec.*, 485, propos cités par REVERCHON lui-même dans son étude *Des conflits*, *Rev. cr. de lég. et de jur.*, 1855, t. VI, p. 530, et tirage à part. Rodolphe DARESTE défendra aussi au temps du Second Empire et suite à un regard de droit comparé, que *L'institution des tribunaux mixtes est une incontestable garantie de bonne justice...* (c'est dans son ouvrage : *La justice administrative en France*, 1862, p. 209).

Les conflits entre les ordres administratif et judiciaire

réserver, non seulement la compétence judiciaire suprême mais aussi l'exclusivité de tous contentieux administratifs, ainsi qu'il fut en particulier affirmé avec force dans la grande ordonnance de Saint-Germain de 1641, Louis XIII régnant et Richelieu gouvernant, en des termes proches de ceux qui seront utilisés (on allait dire : repris) en 1790¹².

Mais le *Conseil d'Etat du roi* était en réalité à la fois Cour de cassation et Conseil d'Etat..., traduisant ainsi une justice à la fois dédoublée et unifiée, ce qui est très différent.

C'est donc de 1789 qu'on partira, en un temps où la justice judiciaire s'émancipe -fût-ce non sans remous- du pouvoir politique, donc *gagne* son indépendance mais non moins où elle *perd* –ou du moins se voit résolument refuser– toute connaissance des affaires publiques.

Pour simplifier, dans ce contexte d'affirmation altière de la *séparation* mais aussi dans un climat de progression des forces libérales, le conflit est autoritaire *institutionnellement*, on peut l'imaginer, tout en évoluant vers de l'aménagement, osons dire : *procéduralement*¹³.

I – Le conflit, autoritaire *institutionnellement*

La théorie moderne des conflits est née véritablement avec la loi des 16 et 24 août 1790 *sur l'organisation judiciaire* et de par son fameux titre II, article 13, texte qui a posé dans toute sa rigueur comme dans sa rudesse la *séparation des autorités administratives et judiciaires*, séparation dont la procédure de conflit sera l'agent de sanction.

On rappellera seulement qu'il s'agit d'une loi très longue, qui va donc bien au-delà de cette *séparation*, et qui est même fondatrice de toute notre justice moderne.

On notera aussi qu'elle est toujours *visée* par le tribunal des conflits, le Conseil constitutionnel ayant seulement refusé d'attribuer valeur

¹² Cette ordonnance royale disposait : « Expresses défenses et inhibitions de connaître des affaires pouvant concerner l'Etat que Nous réservons à notre personne et d'entreprendre sur le gouvernement qui n'appartient qu'au Prince ».

¹³ Sur l'ensemble du sujet, on renvoie aux traités de droit public du XIX^e siècle ainsi qu'aux grands *Répertoires* (Dalloz, Fuzier-Hermann), ainsi qu'aux dictionnaires juridiques classiques, notamment le *Dictionnaire de l'administration française*, dir. Maurice BLOCK (V^o CONFLIT par REVERCHON) et le *Dictionnaire général d'administration*, dir. Alfred Blanche (V^o CONFLIT, par BOULATIGNIER), l'un et l'autre aux éditions successives. Il y a aussi à citer la thèse de Maurice FELIX, *L'histoire du conflit d'attribution (étude historique de contentieux administratif)*, Paris, Arthur Rousseau, 1899.

constitutionnelle à la séparation qu'elle pose, en tout cas, dira-t-il, *dans sa généralité*¹⁴.

Ses termes ont été eux-mêmes répétés à l'envi par des générations d'étudiants et en tout cas enseignés sans répit (et selon le cas avec délectation ou détestation...) par leurs professeurs : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront à peine de forfaiture troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

Déjà d'ailleurs, la loi non moins importante du 22 décembre 1789 (décret *relatif à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives*) avait spécifié (section III, art. 7) que ces assemblées : « ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun acte judiciaire ».

C'était là -il faut le redire- un héritage et la prolongation de la volonté royale d'indépendance politique vis-à-vis des juges.

Mais c'était plus encore la refondation de l'indépendance de l'Etat par l'exclusion du juge judiciaire, même en régime libéral et par quelque biais que ce soit, des affaires publiques et politiques.

1790, c'est même la *séparation des autorités administratives et judiciaires* dans toute sa crudité, presque dans sa grande cruauté, sans être en effet en rien compensée par la mise en place d'un juge administratif de substitution.

1790, c'est : *Pas de juge judiciaire sur le contentieux administratif, jusqu'à : Pas de juge du tout sur les affaires publiques plutôt que sur elles le juge judiciaire !*

Evidemment, cela peut étonner et même détoner..., venant de ceux qui avaient *fait*, très exactement un an plus tôt, la Déclaration des droits de l'homme avec sa fière affirmation (article 15) que *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*

Il fallait assurément que la crainte des abus judiciaires soit bien grande et bien forte pour qu'on ait pris le risque d'excès inverses à ceux d'une emprise judiciaire sur l'action publique, et plus encore périlleux !

Par-delà les héritages et les fantasmes, c'était bien alors la prise de conscience de la spécificité du contentieux administratif, dont le traitement risque de rendre maître de l'Etat, et qui met en cause en tout cas des intérêts spécifiques et différents de ceux des affaires civiles.

¹⁴ CC, 23 janvier 1987, *loi sur le contentieux... de la concurrence, RFDA*, 1987, p. 287, chron. B. GENEVOIS, *AJDA*, 1987, p. 345, note J. CHEVALLIER, *RDP*, 1987, p. 1341, comm. Y. GAUDEMET.

Les conflits entre les ordres administratif et judiciaire

A force, il existera bien, à côté de l'ordre judiciaire, une juridiction administrative, toujours distincte mais également indépendante et dotée de grands moyens. Cela s'imposait assurément ! Mais on ne peut comprendre le mouvement de l'Histoire qu'au travers de ce qui a été *chez nous* d'abord une répulsion, donc une expulsion...

Ainsi par exemple le défendra Merlin, le grand Merlin de Douai (d'aucuns diront : le sinistre Merlin, le conventionnel, le régicide, mais aussi le puissant et fin juriste, et futur éminent *procureur général à la Cour de cassation...*) ; c'était au temps du Directoire, dans un *Message* du 18 floréal an 5 au *Conseil des Cinq cents*, y énonçant comment *L'expérience de tous les temps a prouvé que nulle coalition, dans un Etat libre, n'était plus dangereuse que celle des autorités judiciaires*¹⁵.

On se remémorera aussi les propos à certains égards prophétiques... autant que passéistes tenus par Cuvier, le naturaliste et aussi membre du Conseil d'Etat, soulignant lors de l'élaboration de l'ordonnance de 1828 *sur les conflits* (citée et étudiée plus loin) la nécessité de cantonner et de circonscrire la puissance, donc la compétence des juges, tant, par le biais du contentieux, ils *s'empareront de la police ; ils entraveront le gouvernement ; ils finiront par faire des lois par leurs arrêts...*¹⁶.

Henrion de Pansey, le futur président de la Cour de cassation, fera plus fort encore avec sa fameuse formule *Juger l'administration, c'est encore administrer*, ce qui justifiait et imposait que le contentieux public soit indissociable des prérogatives de l'Etat, et défendant dans son fameux livre *De l'autorité judiciaire* que, en réalité, la *séparation* a visé non pas à retirer le contentieux administratif aux juges judiciaires, mais seulement à les empêcher de s'en emparer, parce que, naturellement, *il ne leur appartient pas*¹⁷.

¹⁵ On peut lire le texte intégral de ce long *Message* en particulier au *Répertoire Dalloz* du XIX^e siècle, V^o CONFLIT, n^o 3, n. 2.

¹⁶ Discours reproduit par A. H. TAILLANDIER, ouvr. cité *infra* note 35, p. 106-107. Georges Cuvier (1769-1832), originaire de Montbéliard et protestant, avait été membre du Conseil d'Etat dès l'Empire et il le sera encore sous la Restauration. Il fut aussi membre actif de la Chambre des députés (en 1831, il entrera même à la Chambre des pairs). Ainsi fut-il le défenseur intransigeant (et infatigable) de la séparation des autorités administratives et judiciaires, allant jusqu'à soutenir qu'*Un Conseil d'Etat inamovible serait un roi qui ne répondrait à personne* (séance du 7 juin 1821, *Arch. Parl.*, 2^{ème} série, t. 32, p. 37-38). Cf. notamm. : H. PUGET, « Cuvier au Conseil d'Etat », *Rev. po. et parl.*, 1932, t. 152, p. 300-319.

¹⁷ V. notamm. : R. LAUDE, *Henrion de Pansey*, thèse Paris, Impr. Duriez Bataille, Lille, 1941. Il faut redire que cette formule-choc, dont on admettra qu'elle a *fait mal* et, en tout cas a *fait mouche*, est parfaitement authentique, même si c'est au sein

Certes, on ne peut oublier que pareille thèse, avec alors des conséquences indignes, fut réfutée par le courant libéral, au point que ceux qui, dans leur lignée, sont aujourd'hui les plus ardents défenseurs de la juridiction administrative eu égard à ce qu'elle est devenue, auraient sans doute été alors ses premiers contempteurs (on peut l'espérer !) eu égard à ce qu'elle était.

On citera ici, parmi tant d'auteurs éminents...

D'abord, le duc Victor de Broglie, avec son article resté fameux à *La Revue Française* de 1828, certes publié sans nom d'auteur mais pas pour autant vraiment anonyme..., dénonçant la justice administrative comme une *justice de cadî et de pacha*, expressions évidemment alors peu valorisantes¹⁸.

Ensuite et non moins, Alexis de Tocqueville comparant l'institution du Conseil d'Etat à *saint Louis sous le chêne de Vincennes* et plutôt *comme saint Louis n'aurait pas osé le faire car saint Louis entendait au moins l'accusé...*¹⁹.

Reste que la doctrine dominante était bien, en cette première moitié du XIX^e siècle, celle du contentieux administratif à *part*, en attendant qu'il devienne aussi un contentieux à *part entière*, comme ce sera la synthèse finale.

A cette séparation pure, il fallait en tout cas immédiatement des garanties, et d'autant plus dures que ni les juges ni les justiciables ne pouvaient s'y résoudre.

Dans un premier temps, la loi des 7 et 14 octobre 1790, dans le contexte flou des premiers mois de la Révolution, attribuait encore au roi la connaissance de ces questions de compétence.

Plus tard, la Convention s'attribuera à elle-même pouvoir d'annuler les jugements qui lui paraissaient entachés d'incompétence jusqu'à y procéder globalement dans l'un de ses derniers actes, le fameux décret du 16 fructidor an 3 (2 septembre 1795) qui, outre les fameuses *Défenses itératives... aux juges de connaître des actes d'administration...*, et même avant qu'elles n'y soient fulminées, *décète qu'elle annule toutes les procédures et jugements intervenus dans les tribunaux judiciaires contre les membres des corps administratifs.*

d'une phrase plus longue. Cf. notre étude : « Vicissitudes (et vérification ?) de l'adage 'Juger l'administration, c'est encore administrer' », *Mél. Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 317-326.

¹⁸ S. le duc Victor de BROGLIE (1785-1870), cf. ses *Souvenirs*, Calmann-Lévy 1886, 4 t., et le recueil de ses *Ecrits et discours*, Paris, A la librairie académique Didier et Cie, libraires-éditeurs, 1863, t. 1, p. 249 où cette étude est reproduite.

¹⁹ A. de TOCQUEVILLE, *Le commerce*, 27 février 1845, in *Œuvres complètes*, Gallimard, 1990, vol. III, t. 2, p. 162-164

Les conflits entre les ordres administratif et judiciaire

Suivra le décret du 21 fructidor an 3 (7 septembre 1795) *relatif aux fonctions des corps administratifs*, art. 27 : *En cas de conflit d'attributions entre les autorités judiciaires et administratives, il sera sursis jusqu'à décision du ministre, confirmée par le directoire exécutif qui en réfèrera, s'il en était besoin, au corps législatif. Le directoire exécutif est tenu, en ce cas, de prononcer dans le mois.*

Cela, encore une fois, peut se comprendre, tant cette question était finalement politique et que l'Etat qui veut défendre sa souveraineté ne peut s'en remettre pour cela qu'à lui-même²⁰.

Dans son rapport de 1828 cité plus loin, à la fois très long, très riche et très documenté (à partir de dossiers qu'il dira avoir lui-même exhumé des archives), Cormenin soulignera comment le conflit fut alors notamment une arme destinée à secourir les *acquéreurs de biens nationaux*, et non moins à *protéger les agents publics* contre des procès pour abus, excès, injures, avec pour objectif de les faire échapper aux poursuites, donc assurant leur *garantie*, tant ce serait autrement donner un droit de contrôle administratif aux tribunaux..., de même s'agissant de contestations relatives aux *réquisitions* ou à des *marchés* de travaux et de fournitures.

Sous le Consulat, la remise de ce pouvoir au Conseil d'Etat, *fût-ce* dans le cadre et à l'ombre de la justice retenue, constitua *un réel progrès* et un gage d'examen impartial, constituant cependant aussi *un renfort d'ambiguïté* dès lors que ce Conseil d'Etat de ce temps n'est pas indépendant du pouvoir politique et qu'il est lui-même concerné en tant qu'institution.

Cette compétence était sans doute incluse dans la constitution du 22 frimaire an 8 (13 décembre 1799), avec son fameux article 52 conférant au Conseil d'Etat, *sous la direction des consuls...*, mission de *régler les difficultés qui s'élèvent en matière administrative* (clause très générale et même infinie...).

Et l'important règlement du 5 nivôse an 8 (26 décembre 1799) la lui attribuera aussitôt très expressément en son article 11 : *Le Conseil d'Etat développe le sens des lois sur le renvoi qui lui est fait par les consuls... Il prononce d'après un semblable renvoi : 1° - sur les conflits qui peuvent s'élever entre l'administration et les tribunaux...*

²⁰ Il ne semble y avoir eu qu'un seul exemple de tel référé législatif, ayant donné lieu au décret d'ordre du jour du 23 fructidor an 7, arrêté relatif à un conflit de juridiction entre l'administration de la marine à Rochefort et le juge de paix de cette commune sur l'apposition de scellés ; c'était suite à un *Message* du Directoire en date du 2 prairial an 7. Cf. Bull. LXXVII, 482 ; A. H. TAILLANDIER, *op. cit.* note 35 ; F.-N. BAVOUX, *Des conflits...*, cité *infra* note 32, t. 1, p. 130-131.

Il y aura alors aussi commencement d'organisation avec l'obligation d'engagement du conflit par les préfets, ce qui était une rationalisation autant qu'une centralisation.

Ainsi l'aménagera l'arrêté des Consuls du 13 brumaire an 10 (4 novembre 1801) :

1 - Aussitôt que les commissaires du gouvernement seront informés qu'une question attribuée par la loi à l'autorité administrative a été portée devant le tribunal où ils exercent leurs fonctions, ils seront tenus d'en requérir le renvoi devant l'autorité compétente, et de faire leurs réquisitions dans le jugement qui interviendra.

2 – Si le tribunal refuse le renvoi, ils en instruiront sur-le-champ le préfet du département, auquel ils enverront en même temps copie desdites réquisitions, ainsi que les motifs sur lesquels elles sont fondées.

3 – Le préfet, dans les vingt-quatre heures, élèvera le conflit et transmettra sans aucun retard, copie de son arrêté au commissaire du gouvernement, par lequel il sera notifié au tribunal, avec déclaration qu'aux termes de l'art. 27 de la loi du 21 fructidor an 3, il doit être sursis à toutes procédures judiciaires jusqu'à ce que le Conseil d'Etat se soit prononcé sur le conflit.

4 - Indépendamment de toute dénonciation des commissaires du gouvernement près les tribunaux, les préfets élèveront le conflit entre les deux autorités toutes les fois qu'ils seront informés d'ailleurs qu'un tribunal est saisi d'une affaire qui, par sa nature, est de la compétence de l'administration, et, dans ce cas, le commissaire du gouvernement sera également tenu de faire la notification prescrite par l'article précédent...

Du coup, il sera évidemment dénié aux parties le droit d'y procéder elles-mêmes²¹.

Aussi y aura-t-il perfectionnement de la procédure devant le Conseil d'Etat, avec renvoi à *la commission du contentieux pour être instruits...*, comme ce fut le sens de son propre *avis* exprimé le 19 janvier 1813 sur renvoi de l'Empereur et approuvé par lui le 22, ce qui constituait bien une garantie mais qui devait aussi entraîner des lenteurs préjudiciables²².

Sous la Restauration, la justice administrative perdurera.

Et les conflits conserveront leur régime antérieur.

Une ordonnance du roi du 12 décembre 1821 y ajoutera au moins l'information des avoués et des parties, étant ajouté et précisé que : 3. *Les*

²¹ P. ex. : CE, 7 septembre 1812, Les Chapitres de Savigliano et de Mondovi, *S.*, 1812, 3, 317.

²² CARETTE et VILLENEUVE, *Lois annotées...* 1789-1830, p. 879.

Les conflits entre les ordres administratif et judiciaire

*parties qui croiraient devoir présenter des observations sur le conflit... les adresseront, avec les pièces à l'appui, au secrétaire général de notre Conseil d'Etat...*²³.

Le Conseil d'Etat prendra naturellement cette compétence très au sérieux, déniait ainsi immédiatement qu'un consentement des parties puisse déroger à l'attribution des compétences, tant *les incompétences... puisées dans l'ordre public ne se couvrent pas*²⁴.

Il y eut tout de même des excès, en tout cas de la part des autorités publiques dans des revendications dilatoires (en réaction, certes aussi, aux visibles tentatives, surtout après 1814, de déstabiliser la justice administrative !).

L'achèvement de la procédure judiciaire ne sera pas même un obstacle au conflit, sauf chose jugée acquise avec autorité absolue²⁵.

De l'an 8 à 1828, le Conseil d'Etat avait ainsi connu de 1 431 conflits, et les 2/3 -*c'est non moins significatif*- étant confirmés²⁶.

Particulièrement, on verra le conflit utilisé, sous prétexte que l'impôt y était concerné, sur toutes les questions de listes électorales ; autour de 1827-1828, il y aurait eu une centaine de conflits de cet ordre.

Deux grandes affaires ont été notamment retenues par l'histoire comme particulièrement choquantes.

Celle de la succession *Cambacérés*, et précisément de la saisie d'une grande partie des documents personnels de l'archichancelier à son décès en 1824, ses héritiers ayant dénoncé ce qui leur semblait une soustraction illicite..., mais ce que, sur conflit, le Conseil d'Etat devait bel et bien couvrir en tant qu'une ordonnance royale en avait disposé, et donc *que les tribunaux*

²³ CARETTE et VILLENEUVE, *Lois annotées...*, *op. cit.*, p. 1009, note.

²⁴ CE, 4 fructidor an 9 (23 août 1801), Godard et Benoît. Dans sa thèse sur *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998*, Hugues LE BERRE y voit même *le plus ancien* des revirements de la jurisprudence (LGDJ, 1999, préf. J.-P. NEGRIN, nn. 12 et 80).

²⁵ CE, 6 janvier 1814, Planard c/ Enjalran, S, 1810-14, 2, 371 ; *Journal du palais, jurispr. adm.*, t. 2 (1814-1819), p. 2, note. Ce *décret impérial* sera même publié au *Bulletin des lois*, n° 552. C'était après une jurisprudence retenant plus largement l'obstacle de la chose jugée, et non pas la seule chose irrévocablement jugée par l'expiration du délai du pourvoi en cassation. Dans son rapport de 1828, Cormenin dira regretter ce en quoi il voyait un *pas rétrograde* (*op cit.* note 35, p. 34).

²⁶ Un tableau général des conflits fut en particulier annexé au rapport de Cormenin sur l'ordonnance de 1828, in A.H. TAILLANDIER, *op. cit.* note 35, p. 113.

*étaient incompétens (sic) pour prononcer sur cette question, qui appartient exclusivement à l'autorité administrative*²⁷.

Il y eut aussi celui dans le procès de la ville de Liège contre un des héritiers du célèbre compositeur Grétry, affaire curieuse et même macabre... : un arrêt de la Cour royale de Paris (en date du 17 mai 1823) avait ordonné que le cœur de *Grétry* serait remis à la ville de Liège. L'arrêt de conflit fut pris le 20 juin suivant²⁸.

Face aux insatisfactions et protestations nées de cet usage du conflit, il fallait aller plus avant !

La seconde étape aura consisté à en mieux discipliner et encadrer la procédure.

II - Le conflit, aménagé procéduralement

Bien entendu, la critique du régime des conflits prolongeait alors la contestation du Conseil d'Etat. Lui-même était déjà singulier, pour le moins, comme juge *sur le fond*. Forcément, sa compétence *sur les conflits* suscitait non moins l'ire libérale.

Cormenin reconnaîtra alors que la question du mode de règlement des conflits est peu de choses à côté de son enjeu, à savoir remettre un procès à des organes qui *n'offrent aucune des garanties des tribunaux ordinaires*²⁹. Mais... raison de plus de veiller à la manière dont la compétence est décidée et arbitrée !

*

Pour commencer, on pouvait imaginer de retirer au Conseil d'Etat sa compétence sur les conflits, tant il y intervenait, *ou bien* au nom de l'exécutif, *ou bien* en tant que tel, mais c'était dans les deux cas contestable et même détestable, sans oublier qu'aucune loi n'en disposait.

²⁷ CE, 30 juin 1824, De Cambacérès C. le Préfet de la Seine, *Rec.*, 381, *Journal du palais, jurisr. adm.*, t. 1, p. 528. L'arrêt insistait sur l'argument *qu'il ne s'agissait pas d'une question de propriété*. Confirmation de ce conflit aura même lieu le 17 novembre 1824 alors que les héritiers du duc réclamaient à nouveau la mainlevée de scellés, toujours au bénéfice de la *compétence de l'autorité administrative* (*Rec.*, 641 ; CARETTE et VILLENEUVE, *Rec. des lois et arrêts*, 1^{ère} série, 1791-1830, 2, p. 433). Cf. aussi : F. N. BAVOUX, *op. cit.* note 32, t. 2, p. 666 et s.

²⁸ Naturellement, elle est longuement narrée par BAVOUX, *ouvr. cité infra* note 32, t. 2, p. 30 et s.

²⁹ Rapport préc. in A. H. TAILLANDIER, *op. cit.*, p. 57-58.

Les conflits entre les ordres administratif et judiciaire

Ainsi le soutiendra en particulier le libéral Gaétan de La Rochefoucauld dans son livre polémique de 1829 *Des attributions du Conseil d'Etat*, observant que : *Chaque fois que le Conseil d'Etat arrête ainsi l'action de juges, il leur devient supérieur ; il usurpe un pouvoir qu'il n'a jamais eu et que le roi lui-même n'a plus, puisqu'il l'a délégué*³⁰.

Déjà, en 1818, dans son précieux ouvrage *Du Conseil d'Etat*, Cormenin avait préconisé, de façon certes étonnante et même paradoxale que le règlement des conflits revienne plutôt au... pouvoir législatif, sauf pour lui à le déléguer *au Gouvernement établi par la Charte au sommet des deux autorités administrative et judiciaire...* Du moins préconisait-il son aménagement pour en prévenir les excès...³¹.

Sa pratique fut non moins dénoncée. Elle sera ainsi littéralement *épluchée* par François-Nicolas Bavoux, auteur prolige et ardent, qui y consacra même tout un énorme *traité* intitulé *Des conflits, Ou empiètements de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire*³².

³⁰ G. de LA ROCHEFOUCAULD, *Des attributions du Conseil d'Etat*, Paris, Tétot frères, 1829, notamm. p. 48, au sein d'un chapitre *Des conflits*, chapitre qui est une charge violente contre ce qui prétexte les possibles *excès de pouvoir de la magistrature* pour autoriser plus encore ceux *de l'administration*. C'était le fils du duc de La Rochefoucauld auquel on attribue la fameuse répartie à Louis XVI au soir de la prise de la Bastille : *Une révolte ? Non, Sire, c'est une révolution !* On rappellera aussi la harangue de Dupin : *Veillez m'en croire, rien n'égale le désespoir des plaideurs quand on leur annonce qu'ils seront jugés par le Conseil d'Etat* (Ch. des députés, séance du 8 avril 1828, *Arch. parl.*, 2^{ème} série, t. LIII, p. 221 et s.).

³¹ CORMENIN, *Du Conseil d'Etat envisagé comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle*, Paris, De l'imprimerie de Madame Hérisant Le Doux (publié –c'est à noter– sans nom d'auteur), p. 189-203 (c'est un chapitre intitulé : *Des conflits d'attribution*). Sur CORMENIN, cf. aussi note 39.

³² F.-N. BAVOUX, *Des conflits. Ou empiètements de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire*, 1828, 408 p. + 334 p., Paris, chez J.-P. Aillaud, Antoine Bavoux libraire. C'est l'avocat devenu professeur François-Nicolas Bavoux (1774-1848) qui sera d'ailleurs inculpé en 1819 pour incitation à la désobéissance aux lois, à la suite d'un cours lui-même accompagné de grands désordres étudiants, mais devant être acquitté. S. sur cette *affaire Bavoux* : M. VENTRE-DENIS, « La faculté de droit de Paris et la vie politique sous la Restauration... », *RHFD*, 1987, n° 5, p. 33-44. Sur lui, cf. aussi : *Dictionnaire historique des juristes français*, PUF, 2007, V° BAVOUX. A la chute de Charles X, Bavoux sera nommé préfet de police en juillet 1830, du moins pour une journée. Bavoux reprendra ces thèmes notamment dans un ouvrage intitulé : *Conseil d'Etat, conseil royal, Chambre des pairs*, 1838. Son fils Evariste Bavoux (1809-1890) sera lui-même conseiller d'Etat sous le Second Empire.

Il y vilipende bien entendu la justice administrative dont il observe qu'elle était mieux rendue *sous l'ancienne monarchie que sous le régime constitutionnel*³³ et il y détaille, année par année les abus de la procédure de conflit qui place, observe-t-il, *Les tribunaux... à la merci des préfets ou des membres du Conseil d'Etat...*

Tant d'ailleurs, pour lui, au Conseil d'Etat, tout est péril pour les libertés et pour les droits, n'y voyant *qu'une juridiction ministérielle sur les personnes et les propriétés*, et rappelant que *C'est par le conseil du prince qu'on détruisit à Rome la puissance du Sénat*³⁴.

Alors interviendra donc la grande ordonnance du 1^{er} juin 1828 qui, en l'adoucissant, va assurément sauver la procédure de conflit³⁵.

*

Occasion de saluer ce que la justice administrative doit au règne du roi Charles X.

Occasion aussi de souligner l'importance de cette année 1828 au regard du contentieux administratif.

1828, c'est la parution de l'ouvrage de Macarel *Des tribunaux administratifs*. Ce sera aussi celle du grand article du duc de Broglie à *La Revue Française*, qu'on a déjà évoqué et se présentant d'ailleurs comme une analyse du livre de Macarel. C'est presque l'ouvrage du comte Gaétan de la Rochefoucauld, *Des attributions du Conseil d'Etat* (1829)³⁶. C'est l'année du livre de Bavoux *Des conflits...* C'est encore *De l'organisation du Conseil d'Etat en cour judiciaire*, de Routhier, avocat aux conseils du roi et à la Cour de

³³ *Op. cit.* note 32, t.1, p. 55.

³⁴ *Eod. loc.*, p. 267.

³⁵ Sur cette ordonnance, et sans élargir à toute la théorie et à l'histoire des conflits, l'ouvrage de référence est celui de A.H. TAILLANDIER (lui-même *avocat aux conseil du roi et à la Cour de cassation*), *Commentaire sur l'Ordonnance des conflits*, Paris, Brière, libraire-éditeur, 1829, 225 p. + index, incluant le texte et l'analyse du rapport de Cormenin, particulièrement riche en réflexions comme en références, et aussi des développements de droit comparé. Le rapport de Cormenin est aussi reproduit au *Répertoire Dalloz* du XIX^e s., V. *Conflit*. De ce rapport, on est certes d'autant plus admiratif qu'on le sait avoir été rédigé en quelques jours, la commission ayant été constituée le 16 janvier 1828 et Cormenin y ayant lu son rapport le 2 février suivant ! On trouvera évidemment son texte avec des notes au recueil de DUVERGIER (*Collection complète des lois...*), 1828, p. 176 et s.

³⁶ Ouvr. cité *supra* note 30.

Les conflits entre les ordres administratif et judiciaire

cassation, et se disant *autorisé par le gouvernement à professer le droit administratif...*, lui aussi réclamant *que l'administration ne juge pas elle-même*³⁷.

C'est encore en 1828 que sera opérée la réforme des juridictions administratives des colonies.

Coïncidence historique à relever..., 1828, c'est la naissance du grand Léon Aucoc !

C'est donc aussi l'année de la constitution du droit moderne des conflits, avant que le tribunal des conflits n'apparaisse lui-même vingt ans plus tard, et se souvenant que cette ordonnance de 1828 est partiellement toujours en vigueur, distinctement donc du *code de justice administrative*, soit comme coquille formelle, soit même dans son texte d'origine.

Encore sera-t-il souligné sa brièveté : 17 articles.

On était au temps du ministère Martignac, leur libérale dans le règne de Charles X, le comte Portalis (*Portalis fils*) étant garde des Sceaux.

Cette réforme paraissait nécessaire face aux grands mécontentements nés des nouvelles tentations et tendances en matière de conflits, tant, reconnaîtra l'*Exposé des motifs* de l'arrêté du garde des Sceaux en date du 16 janvier 1828 ayant constitué sa commission d'élaboration et dans une perspective très moderne : *Si les juridictions sont d'ordre public, il n'est pas moins essentiel que les citoyens soient assurés de n'être jamais distraits de la juridiction ordinaire, hors les cas prévus par les lois...*³⁸.

Et dans la commission, on rencontre rien de moins que : Henrion de Pansey, Cuvier, et plus encore Cormenin qui en fut l'âme et dont le rapport fait figure de grande page, non seulement de l'histoire du contentieux administratif comme de l'histoire des conflits, mais aussi de la littérature sur la justice française³⁹. L'avocat aux conseils A. H. Taillandier en sera le *secrétaire* et analyste.

³⁷ Chez Renduel, libraire. Il y défend ardemment comment *l'équité réclame que l'administration ne soit pas juge dans sa propre cause* (p. 95).

³⁸ A. H. TAILLANDIER, *Commentaire...*, préc. note 35, p. 4 et s.

³⁹ Sur Cormenin, à titre de bibliographie minimale : P. BASTID, *Un juriste pamphlétaire...*, Hachette, 1948 ; R. de LACHARRIERE, *L'œuvre juridique de Cormenin*, LGDJ, 1941, préf. R., et aussi son étude : CORMENIN, *RDP*, 1941, p. 151-199 et p. 333-369. Rappelons ici la carrière mouvementée de Cormenin, au Conseil d'Etat et comme parlementaire. En conclusion de son rapport, Cormenin ne manquait pas aussi de plaider pour une formation améliorée des agents publics. En effet, argumente-t-il, *Il ne suffit pas d'avoir de bonnes lois. Il faut de bons agents pour les appliquer. Si les préfets étaient licenciés en droit, ils n'élèveraient pas par ignorance le conflit sur des questions purement judiciaires*. Et de réclamer (illusion ?) un sort meilleur à l'enseignement du droit administratif, tant : *Pour les Français destinés à devenir un jour maires... ou à siéger dans le Conseil d'Etat, le*

Cormenin reconnaissait lui-même les débats et protestations auxquels le procédé du conflit donnait lieu et alors, tout à la fois, que son champ est incertain, que son régime est excessif, et que l'intervention du Conseil d'Etat n'atténue pas forcément la méfiance à son égard.

Les uns trouvaient (évidemment !) cette compétence du Conseil d'Etat dangereuse, tel l'avocat aux conseils Lepoitevin, lui-même membre de la commission de 1828, en ce qu'*Il répugne à toute idée de justice que ce soit le même pouvoir qui élève et qui juge les conflits*⁴⁰.

Cormenin retiendra, alors qu'il y avait des propositions en ce sens, qu'il n'est pas acceptable en tout cas de transférer cette compétence à la Cour de cassation, pourtant juridiction suprême autant qu'incontestable : En effet, observait-il, *La Cour de cassation... pourrait attirer... dans le sein des tribunaux... des matières de gouvernement et de pure exécution*⁴¹.

Finalement, pour lui, c'est bien au roi que doit appartenir le règlement des conflits, élément de la souveraineté elle-même ; *Or il ne peut y avoir et il n'y a en France, de fait et de droit, d'autre roi que le roi*⁴².

Le consensus se formera sur la rationalisation de la technique même du conflit.

Déjà, dans son livre *Le Conseil d'Etat*, paru en 1818, Cormenin fixait la ligne directrice consistant à *éviter que l'exercice de la revendication*

cours de droit administratif aurait quelque utilité pratique de plus que l'enseignement actuel de l'histoire des impénétrables obscurités de la loi des douze tables ou la restitution d'un fragment rouillé de Gaius... (les romanistes apprécieront !). La chaire de droit administratif, qui avait déjà existé de 1810 à 1822, et dont le titulaire avait alors été le baron de Gerando, fut effectivement rétablie à Paris par l'ordonnance royale du 19 juin 1828.

⁴⁰ Lepoitevin préconisait précisément de remettre les conflits à la Cour de cassation elle-même, *sections réunies*, et alors *sous la présidence du ministre de la Justice*, tant, développait-il, *La Cour de cassation exerce aujourd'hui la même branche de haute administration judiciaire qui était exercée par le Conseil d'Etat avant la révolution* (*op. cit.*, p. 104-105).

⁴¹ CORMENIN, rapport, in A.H. TAILLANDIER, *op. cit.* note 35, p. 64. Déjà avait-il observé en 1818 dans son bel ouvrage *Le Conseil d'Etat* (livre publié sans nom d'auteur), que : *Si la Cour de cassation règle les conflits, on peut craindre qu'elle n'attire à elle les matières administratives ; et d'une autre part, si le Conseil d'Etat les règle, on peut craindre qu'il n'attire à lui les matières judiciaires* (p. 191 et s.). D'où sa conclusion que c'est avant tout l'affaire du gouvernement *établi par la Charte au sommet des deux autorités administrative et judiciaire* (p. 193).

⁴² Rapport de CORMENIN, in A.H. TAILLANDIER, *Commentaire...*, préc. note 35, p. 66.

Les conflits entre les ordres administratif et judiciaire

*administrative ne blesse les principes du droit civil ; il faut aussi que le règlement des conflits soit prompt*⁴³.

La structure générale du conflit ne sera donc finalement pas touchée, ni la compétence du Conseil d'Etat pour son règlement, ni la compétence préfectorale pour son déclenchement

On relève que l'intervention du ministère public, de préférence au préfet pour lancer le conflit, fut proposée et même préconisée par Cormenin, tant la vigilance des préfets peut être prise en défaut, alors que par les procureurs du roi, *Les questions administratives seraient aperçues presque toujours au seuil même du litige et revendiquées avant les jugements ne fussent rendus de sorte qu'en prévenant les violations de compétence, on éviterait aussi l'annulation des jugemens (sic), chose toujours fâcheuse*. Mais la décision préfectorale sembla finalement plus logique et plus efficace aussi, tout comme la compétence du Conseil d'Etat.

Il fut aussi envisagé que le préfet n'élève le conflit qu'en conseil de préfecture, mais avec alors le défaut d'alourdir la procédure, d'ôter au préfet sa responsabilité majeure en ce domaine et sans qu'il en résulte aucune garantie supplémentaire évidente.

L'ordonnance de 1828 voulut aussi assurer un meilleur respect de l'autorité judiciaire.

Le conflit ne pourra ainsi désormais être élevé que suite à une mise en demeure, minimum de *convenances sociales*, observera Taillandier⁴⁴, des délais étant établis et aussi imposée une motivation précise du titre *qui attribue à l'administration la connaissance du point litigieux*, et un délai de principe de quarante jours étant disposé pour statuer (alors que le conflit de l'affaire Grétry s'était enlisé pendant cinq ans de 1823 à 1828, fut-il rappelé⁴⁵).

On insistera encore sur l'interdiction de conflit en matière criminelle (ce qui avait été fréquent dans des affaires de prêtres déportés, de déserteurs ou de prévenus d'émigration).

Cormenin escomptait même qu'au fur et à mesure que la législation s'améliorera (optimisme !), *les conflits diminueront, parce que les juges et les administrateurs connaîtront mieux les limites respectives de leurs attributions*⁴⁶.

Il pensait aussi qu'ils seraient moins nombreux, en tout cas *dans les Gouvernements représentatifs... parce que chaque citoyen peut y dénoncer à la*

⁴³ CORMENIN, *Du Conseil d'Etat ...*, préc. note 42, p. 193.

⁴⁴ A. H. TAILLANDIER, *Commentaire...*, préc. note 35, p. 153.

⁴⁵ S. cette affaire, *cf. supra*, note 28.

⁴⁶ CORMENIN, rap. préc., note 35, p. 202.

tribune publique les actes arbitraires..., parce que les compétences... y sont clairement définies... et enfin parce que tous les agens (sic) du pouvoir y marchent sans cesse sous l'œil surveillant de l'opinion.

Il sera noté que cette ordonnance ne fut pas déclarée applicable aux colonies, le conflit y demeurant donc sans grand encadrement⁴⁷.

Plus tard, au temps de la *monarchie de Juillet*, il y aura bien un projet de loi sur les conflits, préparé à l'initiative du garde des Sceaux Persil au sein même du Conseil d'Etat, mais jamais transmis aux Chambres⁴⁸.

Bien entendu, le débat redoublera sous Napoléon III sur cette compétence alors restituée au Conseil d'Etat après l'épisode du premier tribunal des conflits de 1848.

Le conflit devait servir des causes très politiques, comme celle des *biens d'Orléans* même si on doit se souvenir que le conflit n'y fut confirmé qu'à une voix de majorité⁴⁹. Il y aura aussi l'arrêt *Rothschild* de 1855 affirmant bien

⁴⁷ Les conflits y relevaient en effet du conseil privé, institution purement administrative. P. ex. : CE, 5 nov. 1828, DEHEYNE, *Rec.*, 741, ouvrant le conflit alors que l'instance est pendante en cassation ; 24 déc. 1845, COVINDARETTY, *Rec.*, 598, n'imposant pas même le déclinatoire. Occasion de se souvenir d'une forte formule de Hauriou, quelque 50 ans plus tard, comment : *Le dualisme des compétences règne dans les possessions coloniales aussi bien que dans la métropole ; des conflits peuvent s'élever sur les bords du Niger comme aux bords de la Seine* (note s. TC, 17 juin 1918, Greslé c. l'Etat, S., 1922, 3, 41).

⁴⁸ On le trouve en annexe de la dernière édition (de 1840) du *Droit administratif* de CORMENIN. C'est un projet du 28 janvier 1836 visant à réglementer la procédure de conflit par voie législative (comme c'était une grande revendication sur tout le contentieux administratif), avec les apports de 1828, notamment : le strict déclinatoire ; l'interdiction d'élever le conflit après qu'il ait été statué au fond (sauf jugement rendu à tort) ; examen au Conseil d'Etat selon les formes contentieuses, étant ajouté que : *les parties sont admises à faire présenter leurs observations* ; l'interdiction du conflit en matière criminelle (c'est même l'article 1^{er} de l'ordonnance, mettant fin à toutes prétentions et incertitudes, les questions préjudicielles restant implicitement réservées) ; la motivation de l'arrêt de conflit ; le délai de 3 mois imposé pour statuer. Parmi ses rédacteurs : Gerando, Maillard, Vivien, Chasseloup-Laubat. Il codifiait donc pour l'essentiel l'apport de l'ordonnance de 1828. On notera que l'élévation du conflit y devenait une obligation pour le préfet dès lors qu'il *est informé qu'une question de la compétence de l'autorité administrative est portée devant l'autorité judiciaire*. On y verra aussi aménagée la procédure du conflit négatif, certes déjà pratiqué, *lorsque l'autorité administrative et l'autorité judiciaire se sont respectivement déclarées incompétentes dans la même affaire*.

⁴⁹ S. cette affaire, *supra* note 2, et v. aussi, notamm. : V. WRIGHT, « Le Conseil d'Etat et la confiscation des biens d'Orléans », *EDCE*, 1968, p. 31-49.

Les conflits entre les ordres administratif et judiciaire

la compétence administrative. sur la *responsabilité* publique eu égard à la théorie de l'Etat débiteur, anticipation de l'arrêt *Blanco*.

Finalement, le Second Empire sera le temps d'un ancrage de légitimité de la juridiction administrative au travers de ses contrôles de l'action publique⁵⁰.

La loi du 24 mai 1872 fera elle-même miraculeusement coïncider *plus d'indépendance* de la juridiction administrative avec *sa meilleure coexistence* avec la juridiction judiciaire.

⁵⁰ Au total, il n'y aura d'ailleurs eu que quelque 300 conflits de 1851 à 1870.

SIXIEME PARTIE
L'UNITE DU CORPS : A L'EPREUVE
DE LA CONCURRENCE DES JURIDICTIONS

LES CONFLITS DE JURIDICTION EN ITALIE ENTRE LE XIX^e ET LE XX^e SIECLE

par Annamaria Monti,
professeur à l'Université Bocconi, Milan

I - Magistrats et professeurs

En 1889 l'institution de la quatrième section du Conseil d'Etat ayant des fonctions juridictionnelles ouvre en Italie l'ère nouvelle d'une justice dite « administrative »¹ : à côté des magistrats ordinaires, il y a désormais des juges « administratifs », notamment les conseillers d'Etat². Une « rivalité » se déclenche tout de suite entre juges ordinaires et juges spéciaux. De plus, le

¹ En 1890 il y aura aussi l'institution de collèges provinciaux compétents pour le contentieux administratif local, les *giunte provinciali amministrative* : M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, spéc. p. 83 et s. ; L. MARTONE, « La compressione delle autonomie locali. Dalla provincia alla giunta provinciale amministrativa », dans *Id.*, *Potere e amministrazione prima e dopo l'Unità*, Napoli, 1989, p. 103 et s. ; P. AIMO, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Roma-Bari, 2000, p. 64 et s. ; L. MANNORI et B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2004, p. 333-342.

² G. MELIS, « Il Consiglio di Stato », dans *Legge Diritto Giustizia, Storia d'Italia, Annali*, 14, Torino, 1998, p. 829 et s. Pour une «vue d'ensemble», nous renvoyons aux essais récemment réunis dans *Il Consiglio di Stato : 180 anni di storia*, Bologna, 2011 et spéc. aux synthèses de B. SORDI, « La giustizia amministrativa nel tornante di fine Ottocento : dall'esegesi al sistema », p. 65-75 et de P. AIMO, « Francesco Crispi e la riforma della giustizia amministrativa del 1889-1890 », *ibidem*, p. 153 et s. Le Conseil d'État du Royaume d'Italie descendait directement de celui institué en Piémont en 1831 : S. ROMANO, « La funzione e i caratteri del Consiglio di Stato », dans *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, I, p. 1-28 ; F. SALATA, « Re Carlo Alberto e l'istituzione del Consiglio di Stato », *ibid.*, p. 29 et s. ; G.S. PENE VIDARI, « Origini del Consiglio di Stato e sua evoluzione in periodo albertino », dans *Legge Diritto Giustizia, op. cit.*, p. 37-47. Cf. également P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa. Consigli di prefettura e Consiglio di Stato nell'Italia napoleonica*, Milano, 1990.

critère de répartition de la juridiction n'étant pas clairement déterminé en cette fin de siècle, la question des conflits de juridiction est pressante³.

A vrai dire, ces conflits ne sont qu'une des questions majeures qui engagent une doctrine naissante du droit public : dès lors, en fait, les équilibres entre juridiction et administration, ainsi que les fondements mêmes de l'Etat sont mis en cause. On discute vivement des rapports entre les organes de l'administration et du gouvernement et les particuliers. L'évolution de ces relations a été bien expliquée : des études ponctuelles en ont déjà mis en relief les éléments fondamentaux⁴.

Dans une perspective qui vise à saisir les « désunions » de la magistrature, il paraît intéressant de vérifier quel a été le rôle des magistrats eux-mêmes dans les conflits de juridictions qui éclatent après 1889, en tenant compte des liens étroits qui unissent science juridique et magistrature après l'Unification, du moins à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle⁵.

Il semble aussi intéressant de souligner que les juges étaient issus du même milieu social que les hommes politiques, parmi lesquels –d'ailleurs– très nombreux étaient justement les avocats et les professeurs de droit. Souvent, dans les années qui suivent l'Unification, les mêmes personnes passaient du rôle de magistrat à celui de parlementaire et, parfois, arrivaient au gouvernement pour être nommés ministre de la Justice⁶.

³ Pour les idées exprimées dans un discours jamais prononcé par le président de la nouvelle IV^e section du Conseil d'Etat, Silvio Spaventa, B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, p. 191 et s. ; p. 215 et s. Cf. également E. CANNADA-BARTOLI, *Giurisdizione (conflitti di)*, dans *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, p. 295-311 ; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa, op. cit.*, p. 171 et s. ; V. Cerulli IRELLI, « Le questioni di giurisdizione nella giurisprudenza della Cassazione di Roma », dans *Le riforme crispine*, II, *Giustizia amministrativa, Archivio ISAP*, n.s. 6, p. 497-532.

⁴ B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale, op. cit., passim*. Egalement L. AMMANNATI, « Il dibattito dottrinale dopo le leggi del 1889-90 », dans *Le riforme crispine*, II, *op. cit.*, p. 617-683 ; G. REBUFFA, « Il dibattito dottrinale dopo le leggi del 1889-90 : Stato di diritto e Stato sociale », *ibidem*, p. 685-714 ; L. MARTONE, « L' "elegante quistione" sulla competenza della IV sezione del Consiglio di Stato (1890-1892) », dans *Id.*, *Potere e amministrazione, op. cit.*, p. 173 et s.

⁵ P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica, op. cit., passim*.

⁶ P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione : linee di una analisi socio-politica del personale dell'alta magistratura italiana dall'Unità al fascismo*, Roma, 1979, *passim* et p. 95-101, pour les noms et la profession des ministres italiens de la Justice de 1848 à 1970. Cf. aussi *Id.* (dir.), *I magistrati italiani dall'Unità al fascismo : studi biografici e prosopografici*, Roma,

Les conflits de juridiction en Italie entre le XIX^e et le XX^e siècle

Ces liens entre milieu académique et corps des magistrats ordinaires étaient aussi déterminés par le système de recrutement des juges : c'était le ministre de la Justice qui choisissait librement les magistrats parmi les professeurs des universités et les avocats⁷. Encore après les réformes du système judiciaire de 1907 et 1908, prévoyant désormais un concours pour l'accès à la magistrature, c'était toujours le garde des Sceaux qui décidait des désignations aux plus hautes charges (premier président et procureur général des cours d'appel ; premier président, procureur général, président de section et avocat général de cassation), en proposant les noms des candidats au conseil des ministres⁸.

Cela s'explique par le contrôle que le pouvoir politique exerce sur la magistrature italienne de l'époque libérale, selon le modèle du statut constitutionnel de 1848⁹. Et si, par rapport au ministère public, la dépendance de l'exécutif était prévue au niveau législatif¹⁰, quant aux magistrats du siège on affirmait, en théorie, leur indépendance à l'égard du pouvoir exécutif. Toutefois, le système de promotion des juges, celui de leur transfert d'un siège à l'autre, et aussi celui des mesures disciplinaires

1988 ; V. ZAGREBELSKY, « La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi », dans *Legge Diritto Giustizia, op. cit.*, p. 713 et s. ; C. SALAZAR, *La magistratura*, Roma-Bari, 2002, p. 7-10. Spécialement sur les magistrats de Cassation de l'époque, C. GUARNIERI, « La Corte di cassazione », dans *Legge Diritto Giustizia, op. cit.*, p. 796 et s. Voir également F. VENTURINI, *Un « sindacato » di giudici da Giolitti a Mussolini. L'Associazione Generale fra i Magistrati Italiani 1909-1926*, Bologna, 1987.

⁷ E. PIOLA-CASELLI, « Magistratura », 1903, dans *Digesto italiano*, XV, Torino, 1927, spéc. p. 225 et s. et p. 237 et s. ; M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, 1966, *passim*, aussi pour la riche annexe de documents.

⁸ Pour les réformes du système judiciaire de 1907 et de 1908, par le ministre Vittorio Emanuele Orlando, introduisant entre autres le Conseil supérieur de la magistrature et quelques mesures pour garantir l'inamovibilité des magistrats, R. CANOSA – P. FEDERICO, *La magistratura in Italia dal 1945 a oggi*, Bologna, 1974, p. 16 et s.

⁹ Le système judiciaire du Royaume d'Italie était réglé par le R.D. 2626/1865 : M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, p. 138-141. Voir aussi S. SICARDI, « Percorsi e vicende del Terzo Potere dallo Stato liberale allo Stato costituzionale : da uno sguardo d'insieme alla situazione italiana », dans *Id. (dir.), Magistratura e democrazia italiana : problemi e prospettive*, Napoli, 2010, p. 1-29.

¹⁰ M.G. di RENZO VILLATA, « Un pubblico ministero 'figlio della politica' ? Azione penale e Pubblico ministero tra dipendenza e libertà nell'Italia postunitaria », dans B. DURAND, L. MAYALI, A. PADOA-SCHIOPPA, D. SIMON (hrsg.), *Staatsanwaltschaft. Europäische und amerikanische Geschichten*, Frankfurt am Main, 2005, spéc. p. 226 et s.

dépendaient largement du gouvernement¹¹. Le régime fasciste, après 1922, perfectionnera au cours des années un système déjà très autoritaire¹².

En même temps, la magistrature était un corps très hiérarchisé dans son organisation interne¹³.

Quant aux conseillers d'Etat, après la réforme de 1889, ils étaient choisis par cooptation, selon une tradition ancienne, dans le milieu de la magistrature (spécialement de la haute magistrature) et de l'administration (surtout parmi les fonctionnaires du ministère de l'Intérieur) : la désignation comme conseiller d'Etat était l'étape finale d'un *cursus honorum* bureaucratique et pouvait ouvrir une carrière politique¹⁴.

¹¹ Sur la discipline en vigueur dans le royaume d'Italie et pour le contrôle strict exercé sur les juges par le gouvernement, surtout à travers l'instrument des transferts de siège, M. D'ADDIO, *Politica e magistratura, op. cit.*, p. 5-6 et 41 et s. Voir aussi P. MAROVELLI, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana dal 1848 al 1923*, Milano, 1967 et N. TRANFAGLIA, *Dallo Stato liberale al regime fascista. Problemi e ricerche*, Milano, 1973, p. 155 et s. Récemment, C. DANUSSO, « Decreti e circolari come strumenti di controllo dell'esecutivo sui magistrati : il problema dei trasferimenti ordinati d'ufficio (1848-1908) », dans F. COLAO, L. LACCHE, C. STORTI, C. VALSECCHI (dir.), *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane. Le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, Macerata, 2011, p. 629-667.

¹² Le texte unique sur le système judiciaire de 1923 (R.D. 2786/1923) reproduit dans ses fondements le système de l'époque libérale et jusqu'en 1941 (R.D. 12/1941) il n'y a pas eu d'autres réformes du système judiciaire par le régime : G. NEPPI MODONA, « La magistratura e il fascismo », dans G. QUAZZA (dir.), *Fascismo e società italiana*, Torino, 1973, spéc. p. 131 et s. ; M. TARUFFO, *La giustizia civile, op. cit.*, p. 215-219 et p. 277-281 ; A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, 1990, p. 29 et s. ; C. GUARNIERI, « La Corte di cassazione », *op. cit.*, p. 800-803 ; O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, Milano, 2003, p. 124 et s. et *passim*. Pour la position de la magistrature française par rapport à l'indépendance et l'inamovibilité, J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE, B. DUBOIS, *Histoire de la Justice en France*, 4^e éd., Paris, 2010, p. 707 et s. et p. 920 et s.

¹³ C'est le modèle de l'organisation napoléonienne qui passe du système judiciaire du royaume de Sardaigne au royaume d'Italie après l'Unification : M. D'ADDIO, *Politica e magistratura, op. cit.*, *passim* ; pour les réformes successives, jusqu'à l'époque fasciste, A. GUSTAPANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. Dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, Milano, 1999, p. 1-107.

¹⁴ G. MELIS, « Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia », dans S. CASSESE (dir.), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997, p. 7-8 ; S. CASSESE, « Consiglio di Stato e pubblica amministrazione da una costituzione all'altra », *ibidem*, p. 56-57 et surtout le « dictionnaire des conseillers » de 1831 à

Les conflits de juridiction en Italie entre le XIX^e et le XX^e siècle

Par ailleurs, à plusieurs reprises, l'historiographie a mis en relief l'alliance typiquement « italienne » entre théorie et pratique du droit, ou bien si l'on préfère, entre science juridique et jurisprudence, ce qui s'est manifesté spécialement dans le domaine du droit civil¹⁵. Dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, durant les années considérées, on remarque également un *continuum* culturel avec la nouvelle science du droit public¹⁶.

Par conséquent, la magistrature n'était pas isolée du corps des professeurs de droit des Universités. Expression emblématique de ces relations est la carrière de Lodovico Mortara. Son point de vue par rapport aux conflits de juridiction est tout aussi significatif. Il commence son chemin à la moitié des années 1880 comme professeur de procédure civile (mais il enseigne aussi le droit constitutionnel et le droit administratif) et, lorsqu'il est professeur à Naples, en 1902, il se décide à quitter l'Université et la carrière académique pour accepter la place de conseiller de cassation à Rome¹⁷.

Il deviendra un « phare » pour la magistrature au cours des deux premières décennies du XX^e siècle¹⁸, dans une période où les magistrats

1948, G. MELIS (dir.), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)*, t. I-II, Milano, 2006, avec *Introduzione* du même G. MELIS, t. I, p. XXIII et s.

¹⁵ G. CAZZETTA, « Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano », *Quaderni fiorentini*, 40 (2011), II, p. 781 et s. Voir aussi G. NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico e magistratura 1870/1922*, prefazione di A. Galante Garrone, Roma-Bari, 1973.

¹⁶ G. MELIS, « Il Consiglio di Stato », *op. cit.*, p. 831 et s. Sur les présidents du Conseil d'État dans les deux premiers décennies du XX^e siècle, G. TOSATTI, « Il Consiglio di Stato tra l'età giolittiana e il fascismo (1903-1928) : i presidenti Bianchi, Giorgi, Bonasi, Malvano e Perla », dans *Il Consiglio di Stato : 180 anni di storia*, *op. cit.*, p. 193-203.

¹⁷ Sur la désignation de Mortara à la Cour de cassation de Rome, après la réforme de Zanardelli de 1890, favorisant désormais l'accès à la magistrature par concours, C. GUARNIERI, « La Corte di cassazione », *op. cit.*, p. 797.

¹⁸ Sur la brillante carrière de Lodovico Mortara, né à Mantoue en 1855 et mort à Rome en 1937, L. MORTARA, « Pagine autobiografiche », dans S. SATTA, *Quaderni del diritto e del processo civile*, I, Padova, 1969, p. 51 et s. ; voir aussi la nécrologie publiée dans l'*Annuario della R. Università di Pisa per l'anno accademico 1937/38* ; et celle par les soins de P. CALAMANDREI, « Lodovico Mortara », *Rivista di diritto civile*, 1937, p. 464-467. Cf. également S. MAZZAMUTO, « I giuristi dell'ateneo pisano e la questione ebraica », *Rivista del diritto commerciale*, 1995, I, p. 353-356 ; F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, 1991, *passim* ; *Id.*, « Lodovico Mortara nel 150° anniversario della nascita », maintenant

essayeront des formes d'association auxquelles Mortara se montrera favorable¹⁹. Il sera ensuite garde des Sceaux du royaume d'Italie pendant quelques mois, après la première guerre mondiale, en 1919 : en tant que ministre de la Justice sous le premier gouvernement de Francesco Saverio Nitti, il s'efforcera –en outre– de promouvoir une réforme de la magistrature elle-même²⁰.

Ainsi, le parcours de Mortara, au-delà des motivations personnelles²¹, révèle une tendance ultérieure de la science juridique italienne, très souvent attirée par la vie politique active. Ce côté « engagé » des juristes de l'Italie libérale est loin d'être négligeable²².

II - L'actualité du débat

En 1898, Mortara dédie la leçon inaugurale de son cours de procédure civile à l'Université de Naples aux conflits de juridiction, en proposant l'institution d'un tribunal suprême voué à la solution de ces conflits²³.

dans *Id.*, *Scritti in onore dei Patres*, Milano, 2006, p. 93-122. Cf. aussi *Giornata Lincea in ricordo di Lodovico Mortara*, Roma, 1998, spéc. A. PIZZORUSSO, « Mortara e i problemi dell'ordinamento giudiziario », p. 19-25 et N. PICARDI, « Lodovico Mortara, magistrato », p. 83-95 ; M. MECCARELLI, « Giurisdizione penale e legalità nel pensiero di Lodovico Mortara », *Quaderni fiorentini*, 36 (2007), t. II, p. 957 et s.

¹⁹ F. VENTURINI, *Un « sindacato » di giudici da Giolitti a Mussolini*, op. cit., p. 159-163 et *passim*.

²⁰ F. GENOVESE, « Lodovico Mortara Guardasigilli e il 'progetto' impossibile (ovvero, l'utopia italiana di una magistratura ordinaria di estrazione non burocratica) », *Le Carte e la Storia*, 2004/1, p. 191-200.

²¹ F. CIPRIANI, « 'Le poche cose' e la lunga vita di Lodovico Mortara », *Quaderni fiorentini*, 19 (1990), spéc. p. 93 et s.

²² Les recherches se sont concentrées sur l'activité des juristes qui étaient en même temps professeurs, avocats et hommes politiques : pour tous, A. MAZZACANE, « Secolo dell'università – secolo delle professioni : le ragioni di un incontro », dans *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, a cura di A. MAZZACANE e C. VANO, Napoli, 1994, p. 9 ; *Id.*, « La cultura degli avvocati in Italia nell'età liberale », dans *Un progetto di ricerca sulla storia dell'avvocatura*, a cura di G. ALPA e R. DANOVÌ, Bologna, 2003, p. 88. Il s'agirait de vérifier la position des magistrats qui maintiennent des relations avec la science académique et qui se donnent à la politique, tels que les juristes qui seront évoqués par la suite, comme Mariano d'Amelio (voir *infra*).

²³ L. MORTARA, « Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione. Prolusione al corso di procedura civile nella Università di Napoli letta il 15 dicembre 1898 », tiré à part de *Il Filangieri*, 1899. La même contribution est publiée aussi dans *Monitore dei Tribunali*, XL, 1899, p. 241-247 : la direction du

Les conflits de juridiction en Italie entre le XIX^e et le XX^e siècle

Il appartenait encore à l'académie et depuis une dizaine d'années, dès l'institution déjà évoquée de la quatrième section du Conseil d'Etat avec des fonctions juridictionnelles, le jeune professeur s'intéressait à la question de la répartition des compétences entre les juges ordinaires et ce nouvel organe de juridiction dite « administrative ».

Il faut tout d'abord préciser qu'il se prononce en faveur de la nature juridictionnelle et non administrative de la IV^e section et cela contre l'opinion de plusieurs juristes de l'époque²⁴, parmi lesquels se range Alfredo Rocco²⁵, lui aussi professeur de procédure civile et de droit commercial et futur garde de Sceaux sous le régime fasciste²⁶.

Mortara défend aussi son point de vue par rapport à la question des compétences surtout dans les pages d'une influente (et ancienne) revue juridique, qu'il dirige pendant trente ans, *Giurisprudenza italiana*²⁷ : bien

Monitore remercie Mortara, parce que son discours donne la possibilité d'insister une fois de plus sur la nécessité d'une réforme, souhaitée par la direction elle-même (c'est-à-dire l'avocat Eliseo Antonio Porro) depuis quelques années, dès que les sections unies de la Cassation romaine avaient commencé à identifier des critères de répartition de la juridiction entre juges ordinaires et justice administrative. Si un professeur en parle dans sa leçon inaugurale –écrit-il– s'agissant d'une des plus hautes expressions de la science juridique de l'époque, cela veut dire que le chemin pour la réalisation de la réforme est finalement ouvert.

²⁴ La nature juridictionnelle sera reconnue par le législateur en 1907, avec l'institution d'une cinquième section du Conseil d'Etat : L. TORCHIA, « L'istituzione della V sezione con la legge n. 62 del 1907 : la "carta giurisdizionale" del Consiglio di Stato », dans *Il Consiglio di Stato : 180 anni di storia, op. cit.*, p. 177-185.

²⁵ A. ROCCO, *La sentenza civile. Studi*, Torino, 1906, p. 50-60 et spéc. nt. 11, p. 10-13 sur l'idée de « juridiction ». Sur Alfredo Rocco (1875-1935) nous renvoyons à P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963, spéc. p. 62-63 et à M. SBRICCOLI, *Rocco Alfredo*, maintenant dans *Id.*, *Storia del diritto penale e della giustizia*, t. II, *Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009, p. 993-1000. Récemment, R. D'ALFONSO, *Costruire lo stato forte. Politica, diritto, economia in Alfredo Rocco*, Milano, 2004.

²⁶ Alfredo Rocco avait des idées très claires par rapport au rôle de la magistrature sous le régime : surtout, elle ne devait pas s'occuper de politique, son action étant dirigée par le gouvernement même. Cf. A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, 1965, spéc. n. 3, p. 242-243 ; G. NEPPI MODONA, « La magistratura e il fascismo », *op. cit.*, p. 142-144. Voir aussi N. BERTINI, « Il Ministero della giustizia e degli affari di culto tra la crisi dello Stato liberale e la stabilizzazione del regime fascista (1919-1932) », *Le Carte e la Storia*, 2005/2, p. 171-191.

²⁷ Mortara co-dirige le célèbre périodique juridique pendant trente ans, avec son collègue Carlo Francesco Gabba : F. CIPRIANI, S. MAZZAMUTO, « La

connus sont ses commentaires ponctuels des arrêts de la Cour de cassation de Rome qui, jugeant « à sections unifiées », était chargée de résoudre ces conflits de compétence²⁸.

Afin de bien expliquer et, surtout, de motiver sa pensée, ce futur magistrat parcourt très rapidement les étapes successives des réformes qui avaient conduit à la loi de 1889 : dans le royaume d'Italie, après l'Unification (en 1861), au nom de l'unité de la fonction juridictionnelle de l'Etat, par la loi du 20 mars 1865 on avait aboli le soi disant contentieux administratif. Désormais, il n'y aurait eu que des juges ordinaires sauf certaines juridictions spéciales qui continuaient de fonctionner pour des matières spécifiques (par exemple, la Cour des comptes)²⁹. En 1877 on avait dévolu aux sections unifiées de la Cour de cassation de Rome les conflits de compétence (dits de juridiction) parmi les différents organes juridictionnels de l'Etat (juges ordinaires et juridictions spéciales ayant survécu), qui jouissaient de pouvoirs de même nature³⁰.

Mortara nous explique qu'on avait « rêvé », en Italie, de l'unité « organique » de juridiction, en tant qu'« architecture imposante, faisant face symétriquement aux deux autres organes de la souveraineté, le pouvoir législatif et celui de gouvernement » (ainsi s'exprime-t-il, toujours dans sa leçon inaugurale de 1898)³¹.

“ Giurisprudenza Italiana ” di Gabba e Mortara », *Giurisprudenza italiana*, 1992, IV, coll. 497-502.

²⁸ L. MORTARA, Nota a Cass. Roma (sez. unite) 24 giugno 1897, *Giurisprudenza italiana*, XLIX, 1897, p. I, sez. I, col. 743-748 (c'est la célèbre affaire *Trezza*, où la Cour de cassation en formation plénière indique précisément le critère de la *causa petendi* comme critère de la juridiction) ; *Id.*, Nota a Cass. Roma (sez. unite) 2 luglio 1897, *Giurisprudenza italiana*, XLIX, 1897, p. I, sez. I, col. 1033-1040, où il parle de l'idée de réformer la loi sur les conflits de juridiction, à décider par un tribunal *ad hoc*. Voir aussi L. MORTARA, Nota a Cass. Roma (sez. unite) 15 marzo 1898, *Giurisprudenza italiana*, L, 1898, p. I, sez. I, col. 554-560 ; *Id.*, Nota a Cass. Roma (sez. unite) 23 agosto 1898 e Cass. Roma (sez. unite) 23 agosto 1898, *Giurisprudenza italiana*, L, 1898, p. I, sez. I, col. 1017-1020. Cf. B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale, op. cit.*, p. 301 et s.

²⁹ L. MATTIROLO, *Istituzioni di diritto giudiziario civile italiano*, 2^e éd., Torino, 1899, p. 76-81 ; *Id.*, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, vol. I, 5^e éd., Torino, 1902, p. 382 et s. Cf. P. AIMO, *La giustizia nell'amministrazione, op. cit.*, p. 53 et s. et aussi E. CANNADA BARTOLI, « Giustizia amministrativa », dans *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, VII, Torino, 1991, p. 508 et s.

³⁰ F.G. SCOCA, « Il Consiglio di Stato e i conflitti di attribuzione (1865-1877) », dans *Il Consiglio di Stato : 180 anni di storia*, spéc. p. 118 et s.

³¹ L. MORTARA, « Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione », *op. cit.*, p. 8.

Les conflits de juridiction en Italie entre le XIX^e et le XX^e siècle

Toutefois, au niveau pratique l'idée d'une seule et unique juridiction commence à s'affaiblir, au fur et à mesure que la nécessité s'impose de contrôler l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de la fonction administrative, autrement qu'à travers les décisions des juges ordinaires et les recours proprement administratifs (par la voie hiérarchique)³².

Cela notamment parce que, à la fin du XIX^e siècle, les rapports sociaux deviennent de plus en plus compliqués. L'Etat libéral accroît progressivement le champ de son action (surtout dans le secteur des droits patrimoniaux) : les rapports entre l'Etat et les particuliers se multiplient « prodigieusement ». Mortara, à vrai dire assez contesté sur ce point³³, commencera ainsi à parler d'un « droit » des particuliers à la légitimité des provisions administratives³⁴.

D'ailleurs, en ce même moment la doctrine juridique italienne se consacre à un renouvellement de la science du droit public, en s'intéressant aux méthodes de la doctrine allemande : il suffit de mentionner le programme de Vittorio Emanuele Orlando, déjà mis au point au cours des années 1880 et mis en œuvre à partir des années 1890³⁵. C'est dans ce cadre de réflexion doctrinale que se situent les réformes législatives. Ensuite, on notera également une attention nouvelle portée au droit administratif, pour de nouvelles formulations des rapports entre les citoyens et l'Etat ; une reconsidération importante de la notion même d'Etat³⁶.

En 1889, donc, l'exigence d'instituer une justice « administrative » triomphe. C'est la quatrième section du Conseil d'Etat, déjà mentionnée plusieurs fois, qui devra vérifier la légitimité des actes administratifs, du point de vue de l'excès de pouvoir, de l'incompétence et de la violation de la loi, avec pouvoir d'annulation des actes illégitimes. La création de ce nouvel organe juridictionnel renverse tous les plans d'une architecture unitaire du pouvoir juridictionnel typique de l'Etat libéral du XIX^e siècle et ouvre la voie

³² C. LATINI, « 'L'araba fenice'. Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento », *Quaderni fiorentini*, 35 (2006), spéc. p. 616-626.

³³ Voir par exemple A. ROCCO, *La sentenza civile*, op. cit., p. 56 et s.

³⁴ L. MORTARA, « Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione », op. cit., p. 11. Cf. B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, op. cit., p. 311 et s.

³⁵ G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980 ; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, passim.

³⁶ B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, op. cit., p. 169 et s.

aux polémiques déjà évoquées sur sa nature, juridictionnelle ou administrative³⁷.

En résumé, la quatrième section s'occupe d'une nouvelle catégorie d'intérêts des particuliers qui, d'une certaine façon, limitent l'exercice de la fonction du gouvernement. Il s'agit notamment de ce que Mortara appelle droit à la légitimité des actes du gouvernement qui touchent aux intérêts des particuliers³⁸. De là sa proposition de 1898 : compte tenu de la délicatesse et de la difficulté de l'opération consistant à discerner les compétences respectives de la magistrature ordinaire et du Conseil d'Etat –IV^e section– il pensait à un tribunal spécialement consacré à la solution de ces conflits, La Cour de cassation n'étant pas le juge idéal pour ce type d'affaires³⁹.

Le point de vue de Mortara, marqué par l'idée d'une théorie générale de la fonction juridictionnelle qui se réalise dans une unité dite « fonctionnelle » de la juridiction, n'épuise bien sûr pas l'ensemble des doctrines proposées par la science juridique italienne. Ses conceptions se situent parmi d'autres théories qui recherchent toutes un équilibre entre les différents pouvoirs et fonctions étatiques, entre juridiction et administration⁴⁰. Au début du XX^e siècle, on commencera à parler d'un Etat administratif, bien présent dans la société : par exemple, il suffit de penser aux idées développées par Oreste Ranalletti⁴¹.

III - La solution choisie par les magistrats

Dans ses fonctions de procureur général, puis de premier président de la Cour de cassation de Rome, Lodovico Mortara donnera son apport au débat pour la définition d'un critère de répartition de la juridiction, même si

³⁷ *Ibid.*, p. 222-225.

³⁸ Pour la réflexion doctrinale successive et l'élaboration de la notion d'intérêt légitime, v. *infra*.

³⁹ L. MORTARA, « Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione », *op. cit.*, spéc. p. 11 et s. Cf. M. MECCARELLI, *Le corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, 2005, p. 25-26 ; *Id.* « Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto », *op. cit.*, p. 740-741.

⁴⁰ Sur les théories de Orlando, B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, *op. cit.*, p. 281 et s. et p. 339 et s. pour les doctrines successives de Santi Romano et de Federico Cammeo.

⁴¹ O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, p. 248 et s. sur la juridiction. Pour sa pensée, nous renvoyons à B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, *op. cit.*, p. 429 et s. ; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, *op. cit.*, p. 79 et s. et *passim*.

Les conflits de juridiction en Italie entre le XIX^e et le XX^e siècle

les solutions qu'il propose ne seront suivies, ni par la doctrine, ni par la jurisprudence. Il essaiera également de formuler une nouvelle conception de la liberté des *apparats* administratifs et il sera toujours persuadé de la bonté et des potentialités des structures de l'Etat libéral⁴².

Ainsi, il se battra pour que les particuliers puissent faire valoir leurs exigences par rapport aux procédures de décision de l'administration, au travers de la tutelle juridictionnelle. De son côté, Mortara essaiera aussi d'empêcher une fatale « désunion » de la magistrature italienne. De son expérience concrète de juge, au cours des deux premières décennies du XX^e siècle, il tirera des enseignements qui parfois le feront changer d'avis par rapport à ses positions « fin de siècle »⁴³.

Nous pensons ici à son inébranlable adhésion au critère du *petitum* (ce qu'on demande au juge, l'annulation de l'acte administratif ou bien la constatation/vérification d'un droit), pour la détermination de la compétence d'une juridiction ou de l'autre, de préférence à la *causa petendi* (la cause de la demande, la raison juridique des dires, l'objet du conflit), qui sera finalement préférée.

La question est cruciale et c'est justement à partir des problèmes de répartition de la juridiction qu'on commencera successivement à parler d'intérêt légitime. Cette dernière notion, qui constitue un point fondamental dans la doctrine du droit administratif, sera dégagée grâce à la réflexion théorique de juristes comme Ranelletti, en affirmant la centralité de la *causa petendi*⁴⁴.

C'est le critère de la *causa petendi* qui est choisi par la loi du 7 mars 1907 : pourtant la jurisprudence l'aurait encore contesté, en 1927-1929, dans une différence de position entre la IV^e et la V^e section du Conseil d'Etat⁴⁵. La

⁴² Sa réflexion doctrinale est continuellement mise à jour par rapport aux réformes législatives et aux revirements jurisprudentiels. Il suffit de parcourir les éditions successives de ses ouvrages, spécialement de son commentaire au code de procédure civile italien de 1865 : L. MORTARA, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, III^e éd., Firenze, 1906 ; *Id.*, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura civile*, I, *Teoria e sistema della giurisdizione*, V^e éd., Milano, 1923, spéc. p. 32 et s., p. 164 et s., p. 427 et s. et surtout p. 713 et s. et p. 727-731.

⁴³ L. MORTARA, « La giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa per il sindacato di legittimità degli atti amministrativi », *Rivista di diritto pubblico*, 1930, I, p. 389. Sur sa méthode d'interprétation et sur son idée du rôle de la jurisprudence, M. MECCARELLI, « Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento », *Quaderni fiorentini*, 40 (2011), II, spéc. p. 726-727.

⁴⁴ B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, op. cit., p. 243-279.

⁴⁵ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 174 et s.

question reste donc assez disputée chez les magistrats pendant des années, étant également à l'origine de la formulation –par la science juridique– de la notion d'intérêt légitime, objet de la tutelle des juges administratifs.

Il faudra attendre 1929-1930 pour qu'un choix soit fait par les juges eux-mêmes : sur la préférence accordée au critère de la *causa petendi*, en 1930, sous le régime fasciste, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat stipuleront en fait un « concordat jurisprudentiel », en décidant entre les deux thèses opposées de la *causa petendi* (soutenue par la Cassation) et du *petitum* (invoquée par le Conseil d'Etat)⁴⁶.

En 1929-1930, de nouveaux protagonistes s'emparent de la scène, bien qu'on ne soit pas encore prêt à se passer de l'autorité « doctrinale » de Mortara, qui sera appelé à commenter cette solution⁴⁷. En particulier, pour ce qui concerne l'accord sur la répartition des juridictions, en sauvegardant l'unité de la magistrature, les juges concernés sont deux juristes de très haut niveau.

Le « concordat », en effet, est préparé en 1929 par un essai à quatre mains signé par le premier président de la Cour de cassation, l'insigne magistrat Mariano d'Amelio, et par le président du Conseil d'Etat, le célèbre Santi Romano. Ils souhaitent une confrontation entre la jurisprudence des deux organes juridictionnels, visant à une meilleure définition, entre autres, de l'excès de pouvoir⁴⁸. Ils se réjouissent en même temps de l'accord trouvé au niveau jurisprudentiel pour la solution des conflits de juridiction entre juge ordinaire et juge administratif, c'est-à-dire la préférence pour le critère de la *causa petendi*⁴⁹.

L'essai est publié dans la revue dirigée jusqu'en 1928 par le frère de Mariano d'Amelio, Salvatore, lui aussi haut magistrat du royaume et spécialiste du droit public : il s'agit de la *Rivista di diritto pubblico*⁵⁰. En 1930,

⁴⁶ *Il Consiglio di Stato nel biennio 1929-30. Relazione del Presidente a S.E. il Capo del Governo*, Roma, 1931, spéc. p. 100 et s. Cf. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit., p. 175-176 et p. 185 ; P. AIMO, *La giustizia nell'amministrazione*, op. cit., p. 83 et n. 90, p. 127.

⁴⁷ L. MORTARA, « La giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa », op. cit., p. 389-423.

⁴⁸ L. AMMANNATI, « Santi Romano al Consiglio di Stato. Il contesto istituzionale e dottrinario », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1992/1, spéc. p. 146 et s.

⁴⁹ M. D'AMELIO et S. ROMANO, « I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato », *Rivista di diritto pubblico*, 1929, I, p. 181-191.

⁵⁰ G. MELIS, « D'Amelio, Salvatore », dans *Dizionario biografico degli Italiani*, 32, Roma, 1986, p. 314-317. Cf. S. CASSESE, « Lo Stato, “ stupenda creazione del

Les conflits de juridiction en Italie entre le XIX^e et le XX^e siècle

la Cour de cassation (en formation plénière présidée par d'Amelio) et le Conseil d'État suivront le « concordat »⁵¹.

Les conséquences de cet accord sur le plan technique et juridique seront assez compliquées⁵². Ce qui nous intéresse ici est plutôt de voir qui étaient ces deux hommes, ces deux grands juges qui décident d'une question si délicate, ayant fait l'objet d'un grand nombre de décisions jurisprudentielles et aussi d'ouvrages doctrinaux.

Mariano d'Amelio était le magistrat le plus influent de l'époque, fort aussi d'une très riche expérience de gouvernement et de législation. Depuis son entrée dans les rangs de la magistrature en 1893, sa carrière avait été des plus brillantes : il avait débuté comme magistrat colonial en Afrique italienne, où il était demeuré presque sept ans ; en 1905 il était à la cour d'appel de Milan et très tôt il devenait conseiller de cassation. Aussitôt, il s'était consacré à d'autres fonctions : il occupait des postes clés dans les bureaux du gouvernement, soit quand il était en Erythrée, soit à Rome (au ministère de la Justice ; au ministère des Colonies ; au bureau législatif auprès de la présidence du conseil des ministres)⁵³.

diritto ” e “ vero principio di vita ”, nei primi anni della Rivista di diritto pubblico (1909-1911) », *Quaderni fiorentini*, 16 (1987), p. 501-518.

⁵¹ Cf. Sezioni Unite, 15 luglio 1930, n. 2680, Pres. D'AMELIO, *Rivista di diritto pubblico*, 1930, II, p. 416 ; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria 14 giugno 1930, n. 1, Pres. Romano, *ibidem*, p. 386-387 ; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria 28 giugno 1930, n. 2, Pres. Romano, *ibidem*, p. 513-515.

⁵² Les événements successifs et l'imposant développement du droit administratif dans les années suivantes entraîneront bien évidemment d'autres problèmes, auxquels il faudra faire face avec d'autres instruments et doctrines : M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, *op. cit.*, p. 185 et s. ; E. CANNADA BARTOLI, « Giustizia amministrativa », *op. cit.*, p. 555-557.

⁵³ Mariano d'Amelio, né à Naples en 1871, mort à Rome en 1943, entre dans la magistrature en 1893. En 1923-1924 il est nommé premier président de la Cour de cassation unifiée de Rome. A partir de 1924, il est sénateur du royaume : A. AZARA, « Mariano d'Amelio », *Rivista di diritto privato*, 13 (1943), p. 262-267 ; V. CLEMENTE, « D'Amelio, Mariano », dans *Dizionario biografico degli Italiani*, 32, Roma, 1986, p. 310-314 ; O. ABBAMONTE, *La politica invisibile*, *op. cit.*, *passim* ; *Id.*, « Fra tradizione e autorità », *op. cit.*, p. 869-870 et *passim*. Sa première expérience de juge se déroule en Erythrée, colonie italienne d'Afrique : L. MARTONE, *Giustizia coloniale. Modelli e prassi penale per i sudditi d'Africa dall'età giolittiana al fascismo*, Napoli, 2002, *passim* ; *Id.*, « Magistrati italiani nella colonia eritrea. Immagini d'Africa e riflessioni giuridiche (1886-1941) », dans *Amicitiae Pignus, Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, a cura di A. PADOA SCHIOPPA, G. di RENZO VILLATA, G.P. MASSETTO, Milano, 2003, II, p. 1375-1399 ; *Id.*, *Diritto d'oltremare. Legge e Ordine per le colonie del Regno*

Il n'a que cinquante-deux ans, lorsqu'il est nommé premier président de la Cour de cassation romaine (depuis 1923 Cour de cassation unique⁵⁴). Dans cette charge, il sera le plus haut représentant des magistrats italiens pendant dix-huit ans (jusqu'en 1941) et il participera en outre aux travaux préparatoires pour la réforme des codes italiens (spécialement des législations pénale et commerciale)⁵⁵. A la présidence de la Cour de cassation de Rome il prend notamment la place de Lodovico Mortara, l'ancien et expérimenté magistrat à vocation libérale qui, précédemment, avait été le « premier juge » d'Italie. Mortara est *jubilé* à l'avance précisément pour faire place à d'Amelio⁵⁶.

Arturo Carlo Jemolo, dans ses pages autobiographiques, garde des souvenirs vivaces et précis de ces deux grands juges, présidents de la Cour de cassation l'un après l'autre. Bien qu'elles soient évidemment très personnelles, ses impressions sont encore aujourd'hui capables d'évoquer ponctuellement ces deux figures si imposantes. De Mortara, il cite l'attitude sévère, l'esprit autoritaire, la façon d'agir d'un homme de gauche qui défend une conception de l'Etat héritée des principes des Lumières et de la Révolution française⁵⁷. Quant à d'Amelio, il rappelle son parler mesuré, ses gestes toujours très aimables, son immense culture, sa main de fer dans un gant de velours, un physique faisant parfois songer au cardinal Richelieu, sa

d'Italia, Milano, 2008, spéc. p. 45 et s. Voir aussi P. SARACENO « La magistratura coloniale italiana », dans *Id.* (dir.), *I magistrati italiani dall'Unità al fascismo*, *op. cit.*, p. 234-235.

⁵⁴ Auparavant, dans le Royaume d'Italie il y avait cinq Cours de cassation : P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Milano, 1920, I, p. 735 et s.

⁵⁵ Pour sa participation aux réformes de la procédure pénale, L. MARTONE, *Aspetti del sistema penale liberale e fascista tra leggi speciali e garanzie processuali*, Torino, 2007, p. 146 et s. Pour d'autres aspects de son activité « législative », G. CHIODI, « Un tentativo fallito di armonizzazione : il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti (1927) », dans O. TROIANO, G. RIZZELLI, M.N. MILETTI (dir.), *Harmonisation involves history ? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Milano, 2003, p. 265-269.

⁵⁶ Lors de l'unification des Cours de cassation du royaume en 1923, sous le fascisme, Mortara sera éloigné de la présidence de la Cour de cassation de Rome : C. GUARNIERI, « La Corte di cassazione », *op. cit.*, p. 801.

⁵⁷ « ... Lodovico Mortara, che veniva dall'Università, che era giurista di grande valore, ma acre, tagliente, spesso scortese con gli avvocati, rigidissimo nella disciplina delle udienze ; autoritario che non celava il suo autoritarismo, uomo di sinistra, ma di una concezione di Stato che ha accolto i valori della rivoluzione francese, dell'illuminismo, e la difende » : A.C. JEMOLO, *Anni di prova*, Prefazione di F. MARGIOTTA BROGLIO, Firenze, 1991, p. 224.

Les conflits de juridiction en Italie entre le XIX^e et le XX^e siècle

grande dévotion envers la monarchie et l'Église, sa très grande prudence face au fascisme⁵⁸.

Pour ce qui concerne l'autre acteur principal du concordat jurisprudentiel sur la répartition de la juridiction, le président du Conseil d'Etat Santi Romano, il appartenait au monde académique de la science juridique. Avec sa doctrine de la pluralité des systèmes juridiques (*L'ordinamento giuridico*, 1918) il avait ouvert des voies nouvelles au droit constitutionnel et au droit public⁵⁹. Depuis le début du XX^e siècle il avait également contribué en profondeur à la fondation d'une science du droit administratif⁶⁰.

En 1928, alors qu'il était professeur à l'Université de Milan⁶¹, il est appelé par Mussolini à la présidence du Conseil d'Etat. Il prend une place qu'on pensait destinée à un autre candidat (Carlo Schanzer, ancien conseiller d'Etat⁶²) et sa désignation est la seule à intervenir hors du système de cooptation qui avait toujours été appliqué pour cette haute juridiction⁶³.

La longue présidence de Santi Romano (de 1929 à 1943) ne peut toutefois pas être liquidée comme purement et simplement caractérisée par la seule « fidélité » au régime : les études jusqu'ici menées l'expliquent

⁵⁸ « Mariano d'Amelio, questo napoletano che non aveva nulla di partenopeo né di meridionale, dalla voce dolce, dal parlare lento, dalla estrema compostezza di gesti e di modi ; d'Amelio coltissimo in ogni campo... inattaccabile sotto ogni rapporto, cortesissimo, che chiamava collega l'ultimo degli uditori giudiziari, ma che aveva una mano di ferro sotto il guanto di velluto. Accortissimo, che faceva talora evocare, anche nell'aspetto fisico, il cardinale di Richelieu... devotissimo alla monarchia e alla Chiesa, cautissimo con il fascismo » : A. C. JEMOLO, *Anni di prova*, *op. cit.*, p. 224.

⁵⁹ G. MELIS, « Romano, Santi », dans *Id. (dir.), Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie*, *op. cit.*, t. II, p. 1518-1534, avec bibliographie. Pour la doctrine de Santi Romano (1875-1947), nous renvoyons à M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, dans A. MAZZACANE (dir.), *I giuristi e la crisi dello stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, 1986, p. 311-346 et à P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, *op. cit.*, *passim*.

⁶⁰ B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, *op. cit.*, p. 342-378.

⁶¹ M.G. di RENZO VILLATA et G.P. MASSETTO, « La 'seconda' Facoltà giuridica lombarda. Dall'avvio agli anni Settanta del Novecento », dans *Annali di storia delle università italiane*, 11/2007, p. 73-74.

⁶² G. MELIS, « Schanzer, Carlo », dans *Id. (dir.), Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie*, *op. cit.*, t. I, p. 699 et s., spéc. p. 717-719.

⁶³ Cf. G. MELIS, « Romano Santi », *op. cit.*, p. 1520-1522 et aussi *Id.*, « Il Consiglio di Stato », *op. cit.*, p. 838-839 ; *Id.*, « Il Consiglio di Stato nel periodo fascista », dans *Il Consiglio di Stato : 180 anni di storia*, *op. cit.*, p. 257-258.

clairement. Tout au long des années trente le Conseil assure une continuité avec le récent passé « libéral », à travers sa haute spécialisation technique⁶⁴. Ainsi, il détermine les orientations de l'administration et, pour ce qui intéresse spécifiquement son activité juridictionnelle, il dicte aussi ses lignes de politique législative⁶⁵.

En effet, si on parcourt les études sur le corps des conseillers d'Etat de l'époque fasciste, on s'aperçoit qu'on en souligne le rôle complexe par rapport au gouvernement, parfois ambivalent ou contradictoire, mais pas soumis, étant formé de techniciens recrutés selon les règles d'un *cursus* bureaucratique⁶⁶.

Quant aux recherches sur le corps des juges ordinaires, ainsi qu'à celles sur la position et le rôle joué par la Cour de cassation sous le fascisme, elles montrent la volonté du régime d'affirmer une conception autoritaire de la juridiction, en plus de ce qui a déjà été mentionné sur la dépendance des magistrats de l'exécutif. Malgré tout, on ne note pas une subordination absolue du corps judiciaire aux exigences de la politique⁶⁷, mais il faut dire que les études sont sûrement à poursuivre, avant de pouvoir exprimer un

⁶⁴ Sur la loi de 1923 qui confère aux sections juridictionnelles du Conseil une juridiction exclusive sur certaines matières (entre autres, les rapports d'emploi dans le secteur public), où désormais il juge soit sur les droits subjectifs, soit sur les intérêts légitimes, A. SANDULLI, « Le modificazioni all'ordinamento del Consiglio di Stato e della giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale. Il R.D. 30 dicembre 1923, n. 2840 », dans *Il Consiglio di Stato : 180 anni di storia*, op. cit., p. 249-256.

⁶⁵ G. MELIS, « Il Consiglio di Stato nel periodo fascista », op. cit., p. 259 et s. Voir aussi P. AIMO, *La giustizia nell'amministrazione*, op. cit., p. 84-85 ; M. D'ALBERTI, « La giurisprudenza amministrativa negli anni Trenta », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1990/2, p. 439-445 ; L. AMMANNATI, « Santi Romano al Consiglio di Stato », op. cit., p. 107 et s., spéc. p. 138 et s.

⁶⁶ G. MELIS, « Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia », op. cit., p. 11-16 ; *Id.*, « Il Consiglio di Stato », op. cit., p. 835 et s. ; *Id.*, « Il Consiglio di Stato nel periodo fascista », dans *Il Consiglio di Stato : 180 anni di storia*, op. cit., p. 261-263 ; M. CARDIA, « L'epurazione », *ibidem*, p. 305 et s. ; *Ead.*, *L'epurazione della magistratura alla caduta del fascismo. Il Consiglio di Stato*, Cagliari, 2009, p. 31 et s. *Contra*, O. ABBAMONTE, *La politica invisibile*, op. cit., p. 242 et s. : l'auteur considère le Conseil d'État comme totalement asservi au régime fasciste.

⁶⁷ Cf. les remarques en ce sens de P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 3^e éd. 1954, Firenze, 1993, p. X-XI. Voir aussi les considérations générales de A.M. HESPANHA, « The discrete empowerment of judiciary. The Portuguese judiciary in Portuguese liberal constitutionalism », *Quaderni fiorentini*, 40 (2011), I, p. 111-134 et de J. KRYNEN, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, 2012.

Les conflits de juridiction en Italie entre le XIX^e et le XX^e siècle

jugement plus précis sur l'attitude des conseillers de la Cour de cassation et de leur premier président pendant le régime⁶⁸.

Dans leur essai conjoint sur la répartition de la justice, pour revenir au thème des conflits de juridictions, d'Amelio et Romano –ces deux grands commis de l'Etat, appelés par le régime au sommet des honneurs administratifs et juridictionnels⁶⁹– parlent donc de la hauteur de leurs positions respectives. Sortant de l'expérience de deux hauts magistrats qui avaient déjà montré leur valeur « scientifique » et dont l'autorité et le prestige demeuraient intacts, l'article ressemble à un petit chef d'œuvre de la magistrature italienne, qui vise à la « parfaite harmonie » entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat⁷⁰.

Dans ce concordat jurisprudentiel pour la répartition de la justice on pourrait voir une marque de la politique fasciste, visant à sauvegarder l'autorité de la Cour de cassation⁷¹. Toutefois, le choix de la *causa petendi*

⁶⁸ A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, op. cit., p. 240 et s. Pour une esquisse des attitudes de la magistrature envers le régime, en tenant compte du strict contrôle que le gouvernement exerce sur les magistrats, Neppi MODONA, « La magistratura e il fascismo », op. cit., p. 157-167. Pour une analyse des positions de la Cour de cassation sous le fascisme, C. GUARNIERI, « La Corte di cassazione », op. cit., p. 802-803 ; ABBAMONTE, *La politica invisibile*, op. cit., spéc. p. 64 et s. ; *Id.*, « Fra tradizione e autorità : la formazione giurisprudenziale del diritto durante il ventennio fascista », *Quaderni fiorentini*, 40 (2011), II, spéc. p. 889 et s. Quant au domaine pénal, C. STORTI, « “ L'acuta tesi della difesa ”. Profili dell'istruzione nella giurisprudenza di Cassazione tra 1930 e 1950 : le nullità e le funzioni della sezione istruttoria », dans L. GARLATI (dir.), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano, 2010, p. 111-151.

⁶⁹ R. De FELICE, *Mussolini il fascista*, I, *La conquista del potere 1921-1925*, Torino, 1966, p. 439 ; UNGARI, *Alfredo Rocco*, op. cit., p. 9. Cf. aussi G. MELIS, « Il diritto amministrativo tra le due guerre », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1990/2, spéc. p. 405-406.

⁷⁰ D'AMELIO et ROMANO, « I contatti giurisdizionali », op. cit., p. 191. Très intéressantes sont les considérations de P. de LISE, « Il concordato Romano – D'Amelio ottanta anni dopo : un possibile modello ? », dans A. CARIOLA, A. CORSARO, G. D'ALLURA, F. FLORIO (dir.), *Il riparto di giurisdizione. Atti del Convegno di Catania, 20 e 21 novembre 2009*, Catania, 2011, p. 115-125, où l'ancien président du Conseil d'État commente l'arrêt n. 204 de 2004 de la Cour constitutionnelle portant sur la répartition de la juridiction entre juge ordinaire et juge administratif, dans le cadre de l'unité fonctionnelle de la juridiction. L'arrêt suit un document conjoint de la Cour de cassation et du Conseil d'État.

⁷¹ C'est le point de vue de O. ABBAMONTE, *La politica invisibile*, op. cit., p. 245-247, qui voit dans ce concordat la « capitulation » du Conseil d'Etat vis-à-vis de la Cour de cassation. Sur la centralisation de la juridiction réalisée par le régime

représente seulement en apparence une « victoire » de la magistrature ordinaire, parce que, en fait, ce choix conduit à une prédominance du juge administratif⁷².

De plus, en tenant compte de la profonde culture juridique des protagonistes de ce concordat et de leur « vieille » expérience, en considérant également le défaut d'une solution législativement prévue⁷³, on pourrait y voir une « composition » par les juges eux-mêmes d'une désunion qui aurait pu entamer l'unité du système juridique au plus haut niveau, malgré la voie désormais ouverte vers une « dualité » de juridictions⁷⁴. Dans la tentative de 1929, cette dualité est d'ailleurs clairement exprimée.

IV - Une défense de l'unité du corps ?

En conclusion, il semble que parmi les plus hauts magistrats du royaume il s'en trouve sûrement quelques-uns de très haute culture juridique comme Lodovico Mortara, Mariano d'Amelio, Santi Romano qui, entre la fin du XIX^e et les premières décennies du XX^e siècle, manifestent le souci de sauvegarder une « harmonie » nécessaire et indispensable au niveau de l'exercice de la juridiction.

Face à des conflits qui mettent en cause l'unité de la magistrature et qui entraînent des désunions importantes, face à une jurisprudence souvent discordante à propos des critères de répartition de la juridiction, on ne peut pas ignorer une prise de position significative de la part de certains magistrats qui s'engagent, à plusieurs reprises, même si c'est d'une façon indirecte, dans la défense de l'unité du corps de la magistrature.

fasciste avec l'unification des Cours de cassation en 1924, la désignation de Mariano d'Amelio comme premier président de la Cour de cassation unifiée avec son siège à Rome et, surtout, pour le rôle joué par ce magistrat dans le procès de centralisation, *Id.*, « Fra tradizione e autorità », *op. cit.*, p. 963-964.

⁷² M. D'ALBERTI, « La giurisprudenza amministrativa negli anni Trenta », *op. cit.*, p. 443.

⁷³ La réforme de 1923 de la justice administrative n'avait pas envisagé le problème réel du rapport entre Cour de cassation et Conseil d'Etat : dans le silence du législateur, ce sont les intéressés qui l'ont abordé d'une façon « irrituelle » : A. SANDULLI, « Le modificazioni all'ordinamento del Consiglio di Stato e della giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale. Il R.D. 30 dicembre 1923, n° 2840 », dans *Il Consiglio di Stato : 180 anni di storia*, *op. cit.*, p. 251.

⁷⁴ E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, prefazione di R. TREVES, Bari, 1967, p. 73 et s. ; G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009, p. 24 et s.

Les conflits de juridiction en Italie entre le XIX^e et le XX^e siècle

Lorsque la vision unitaire du corps des magistrats et de la fonction juridictionnelle est bouleversée par de nouvelles institutions à la fin du XIX^e siècle, Mortara, paladin de l'Etat libéral, continue de défendre la doctrine de l'unité de la fonction juridictionnelle, même si elle est partagée entre des organes différents. Dans les années trente du XX^e siècle, en pleine époque fasciste, agissant dans un contexte tout à fait différent Mariano d'Amelio et Santi Romano semblent se faire également les interprètes d'une forte exigence d'apaisement des désunions. Bien sûr, ce n'est qu'une hypothèse de réflexion, à vérifier ultérieurement dans des prochaines recherches.

On ne peut, malgré tout, s'empêcher de remarquer que, dans cette solution jurisprudentielle spécifique, le rapport entre théorie et pratique du droit révèle une importance nullement secondaire. Ici, les personnes mêmes des protagonistes, dans leur robe de magistrats, « assurent » l'interaction typiquement italienne –mentionnée au début– entre juges et professeurs, entre science juridique et jurisprudence⁷⁵.

Lorsque en 1930 Mortara –toujours lui– aura l'occasion d'exprimer son point de vue sur l'accord dans un essai publié dans la *Rivista di diritto pubblico*, il saisira l'occasion pour reprendre le long itinéraire de sa pensée sur la répartition de la juridiction, ainsi que l'évolution jurisprudentielle et doctrinale à ce sujet. C'était le dénouement d'une question débattue depuis presque une quarantaine d'années, qu'il appelle *vexata quaestio*. Et les juges y avaient consacré un effort considérable⁷⁶.

⁷⁵ Récemment, P. COSTA, « Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatori) : un “castello dei destini incrociati” ? », *Quaderni fiorentini*, 40 (2011), I, p. 1-17, spéc. p. 5-7 et p. 10-11, sur la nécessité d'établir un lien entre produit (théorie ou jugement) et producteurs (juristes des universités ou magistrats), aussi à travers une approche prosopographique, à fin de « ...dare un nome e un volto agli attori del dramma giurisprudenziale. ».

⁷⁶ L. MORTARA, « La giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa », *op. cit.*, p. 420 et *passim*. G. M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli 2008.

**LES RESISTANCES POLITIQUES ET JURIDIQUES A LA CREATION
D'UNE COUR DE CASSATION : LE CAS DU ROYAUME
DE PIEMONTE-SARDAIGNE**

**par Isidoro Soffietti,
professeur émérite à l'Université de Turin**

1847 fut l'année des réformes administratives et judiciaires dans les territoires du royaume de Piémont-Sardaigne, suivies en 1848 par l'octroi de la constitution, le statut, qui, étendu au royaume d'Italie, avec l'unité, demeura en vigueur au moins jusqu'en 1946¹. Le royaume sarde était un Etat composite, avec le paradoxe que l'île qui donnait son nom au royaume jouissait d'un régime législatif et institutionnel tout à fait particulier, ayant conservé la législation et les institutions de la période de la domination espagnole, terminée en 1720. En outre, le royaume sarde réunissait la Savoie, le Piémont, Nice et Gênes, territoires hétérogènes. Il fallait donc trouver un système législatif et institutionnel unitaire.

En 1847 fut, entre autre, créée une Cour de cassation, après de longs débats et des projets qui voyaient des oppositions et des désunions à l'intérieur soit de la magistrature, soit du pouvoir politique. Si les ministres du roi étaient divisés, les magistrats l'étaient également. Il faut évoquer la situation juridique avant la réforme. La Savoie, le Piémont, Nice et Gênes avaient des cours suprêmes : les Sénats de Chambéry, de Turin, de Nice, de Gênes et, après 1837, de Casale, l'ancienne capitale du Monferrat. En 1847 étaient en vigueur, après une gestation longue et difficile, des codes civil, de commerce, pénal, pénal militaire. Le code de procédure criminelle fut approuvé seulement en octobre 1847 et entra en vigueur le 1^{er} mai 1848. Le code de procédure civile devait attendre encore quelques années ; il fut promulgué en 1854, sous le nouveau régime constitutionnel².

¹ L'histoire institutionnelle du royaume de Piémont-Sardaigne pour la période étudiée, à la veille des réformes, avant et après 1848, connaît une bibliographie très riche. A ce propos, je me permets de renvoyer à Isidoro SOFFIETTI et Carlo MONTANARI, *Il diritto negli stati sabaudi : fonti ed istituzioni (secoli XV-XIX)*, Torino, Giappichelli, 2008, surtout p. 112-113.

² [Alessandro PINELLI], « Notizie intorno ai lavori delle Regia Commissione di legislazione per un membro della stessa Commissione », dans *Motivi dei codici per*

Un moment crucial pour les institutions et pour le droit survint en 1848, quand le roi octroya la constitution, une vraie mosaïque, dont les précédents principaux, étaient les constitutions françaises de 1814 et 1830 et la constitution belge de 1831³. On peut donc remarquer une situation contradictoire, au moins à propos de la procédure criminelle : il y eut un code promulgué quelques mois avant la constitution, quand la monarchie se voulait encore absolue, même si elle était en fait limitée, et une constitution qui prévoyait des droits des régnicoles que le code ne connaissait pas.

Revenons en tout cas en 1847, avant la constitution. Les pouvoirs principaux des Sénats, des cours suprêmes, étaient le droit d'entériner et d'enregistrer les lois, avec le pouvoir de remontrance au roi, qui pouvait, à son tour, ordonner l'enregistrement. Il s'agit, évidemment, d'un pouvoir politique, d'un système de résistance au pouvoir du roi, exercé d'ailleurs

gli Stati sardi, II, Genova, 1856, tipografia delle Gazzette dei tribunali, p. VII-IX ; les observations d'Alessandro Pinelli sont très schématiques. Pour la formation du code civil sarde et pour la bibliographie, je renvoie à Elisa MONGIANO, *Patrimonio e affetti. La successione legittima nell'età dei codici*, Torino, Giappichelli, 1999, *passim*. Pour les codes pénal et du commerce, je renvoie à Sergio VINCIGUERRA, « Breve profilo storico-giuridico del codice penale albertino », dans *Codice penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna 1839*, présentation de Sergio VINCIGUERRA e Mario DA PASSANO, Padova, Cedam, 1993, p. VII-XXVIII ; Mario DA PASSANO, *L'estensione del codice penale albertino alla Sardegna*, *ibid.*, p. 29-50 ; Gian Savino PENE VIDARI, *Ricerche sulla giurisdizione commerciale negli Stati sabaudi (1814-1830). Contributo alla storia della codificazione sabauda*, dans *Bollettino storico-bibliografico subalpino*, t. 76, 1978, p. 435-566. Pour le code de procédure criminelle, cf. Isidoro SOFFIETTI, « Osservazioni del Senato di Nizza sul progetto di codice di procedura penale carloalbertino », dans *Nice au XIX^e siècle. Mutations institutionnelles et changements de souveraineté. Actes du colloque*, Nice, Centre d'histoire du droit, 1985, p. 273-283 ; *Id.*, « Il Senato di Genova e il Codice carloalbertino di procedura criminale », dans *Giuristi liguri dell'Ottocento (Atti del Convegno Genova, 8 aprile 2000)*, Genova, Accademia Ligure di Scienze e Lettere, 2001, p. 205-212. Sur le Sénat de Gênes, cf. Lorenzo SINISI, *Giustizia e giurisprudenza nell'Italia preunitaria. Il Senato di Genova*, Milano, Giuffrè, 2002 ; Isidoro SOFFIETTI, « Le Code de procédure criminelle du royaume de Piémont-Sardaigne de 1847-1848 », dans *Du compromis au dysfonctionnement : les destinées du Code d'Instruction Criminelle. 1808-2008*. Actes du colloque international, Lille 24 et 25 janvier 2008, textes réunis et présentés par Chantal ABOUCAYA et Renée MARTINAGE, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2009, p. 187-193. Sur le code de procédure civile, cf. Francesco AIMERITO, *La codificazione della procedura civile nel regno di Sardegna*, Milano, Giuffrè, 2008.

³ Pour une synthèse et pour la bibliographie, cf. Isidoro SOFFIETTI, *I tempi dello Statuto albertino. Studi e fonti*, Torino, Giappichelli, 2004, surtout p. 1-21.

Résistances à la création d'une Cour de cassation

très rarement au XIX^e siècle⁴. Le royaume de Piémont-Sardaigne connaissait, donc, encore en 1847, le contrôle des cours suprêmes sur les lois, que la France avait supprimé depuis longtemps.

Les arrêts des cours suprêmes étaient sans appel, en matière civile et pénale ; les parties pouvaient seulement présenter des recours, « placets », en révision, en cas d'erreur de fait ou de découverte de nouveaux documents, « pièces », qui « changent l'état de la cause » et jamais en cas d'erreur en droit, ou encore présenter un recours en grâce au roi. C'était une règle ancienne, comme l'avait dit le président du Sénat de Savoie Antoine Favre⁵.

En 1831 le roi Charles Albert avait établi le Conseil d'Etat, corps consultatif, sur modèle français⁶. En 1841, après l'entrée en vigueur du code civil et du code pénal, le roi établit aussi une commission de révision des arrêts sans appel, mais seulement pour les recours en matière civile et seulement pour les erreurs en fait, suivant l'ancien système⁷.

Après avoir constitué la commission de révision, le roi pense à une cour (ou conseil) de cassation (ou de révision). A ce propos il recueille des avis de techniciens du droit ou d'hommes politiques. Nous connaissons les mémoires de deux hauts magistrats, Bernard de la Charrière et Alexandre Compans de Brichanteau et d'un important homme politique, Ottavio Thaon de Revel⁸. Bernard de la Charrière, dont le mémoire n'est pas daté, en

⁴ *Id.*, *La Restauration dans le royaume de Sardaigne : un conflit de rémanences*, dans « Bibliothèque de l'Ecole des Chartes », t. 156, 1998, p. 107-115, avec la bibliographie citée.

⁵ Antonius FABER, *Codex Fabrianus*, Coloniae Allobrogum, De Tournes, 1765, l. VII, tit. XIV, def. 1, p. 779 : « Neque enim credendus est supremus ordo, qui iura habet in scrinio pectoris errasse in iure ».

⁶ Gian Savino PENE VIDARI, « Il Consiglio di Stato nel regno di Sardegna. 1831-1861 », dans *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Claudio FRANCHINI (dir.), Milano, Utet-Wolters Kluwer Italia, 2011, p. 95-170 ; Paola CASANA, *Da Napoleone a Carlo Alberto. I molteplici volti del Consiglio di Stato nei progetti della restaurazione sabauda*, *ibidem*, p. 49-94.

⁷ Patrizia PIGNAROLI, « Ricerche sui precedenti della Corte di Cassazione negli Stati sabaudi : la R. Commissione di Revisione », dans *Bollettino storico-bibliografico subalpino*, LXXX, 1982, p. 451-492.

⁸ Isidoro SOFFIETTI, « La fin des Sénats du royaume de Sardaigne », dans *Les Sénats de la Maison de Savoie* (Ancien régime. Restauration). I Senati sabaudi fra antico regime e restaurazione, Gian Savino Pene Vidari (dir.), Torino, Giappichelli, 2001, p. 331-340. Les mémoires sont conservés aux Archives d'Etat de Turin : Archivio di Stato di Torino (désormais A.S.To), *Corte, Miscellanea Quirinale*, II versamento, m. 5. Il faut noter que le mémoire d'Ottavio Thaon de Revel fut connu

1847 était sénateur au Sénat de Savoie. Il est très modéré et paraît hésitant sur l'introduction d'une cour de cassation (ou révision); il préfère néanmoins conserver la situation existante⁹. Compans de Brichanteau, membre lui aussi du Sénat de Savoie, écrit en 1845 et est favorable à la cour de cassation (ou révision). Thaon de Revel, en 1847 ministre des finances, homme politique, est durement contraire à la cour de cassation (ou révision).

Il faut examiner les deux positions nettement opposées et leur origine. Compans de Brichanteau, qui écrit en italien, est favorable au contrôle des arrêts des cours suprêmes sur le plan des erreurs en droit. Après le code civil, dit-il, les arrêts motivés, c'est-à-dire les décisions, ne constituent plus des sources du droit, comme elles l'étaient auparavant. Même si tous les arrêts, aussi bien civils que pénaux doivent être motivés, la tendance de certains juges à éluder les dispositions des lois paraît augmenter; de nombreux magistrats pensent que l'unique règle, l'unique guide, doit être la loi (« pensano che la sola guida, la vera norma guida deve essere la legge »)¹⁰. Par conséquent, il faut introduire un contrôle supérieur qui concerne l'application et la défense de la loi contre toute infraction soit de forme, soit d'interprétation fautive du texte. Il s'agit donc d'une position très favorable aux idées fondées sur la supériorité de la loi par rapport aux autres institutions, même dans un régime qui se veut absolu, en réalité limité. C'est une idéologie hostile au conservatisme de la Restauration.

Au contraire Thaon de Revel (qui écrit en français), est favorable à conserver la situation des tribunaux suprêmes. Selon lui, la loi n'a pas une primauté de principe; elle doit être soumise aux contrôles des magistrats, les anciens Sénats, avant la promulgation. Thaon de Revel soutient que le contrôle exercé par une commission, ou cour, de révision, ne peut être qu'en fait, jamais en droit. Il faut remarquer que l'opposition à une cour de cassation est dictée par la défense, très acharnée, du pouvoir politique des Sénats, qui se réalise avec l'entérinement des lois, donc avec un contrôle sur la loi, qui est différent de la défense de la loi prévue pour la cour de

et utilisé très partiellement par Nicolò RODOLICO, *Carlo Alberto negli anni 1843-1849*, III, 1, Firenze, Le Monnier, p. 171-176.

⁹ *Calendario generale pe' Regii Stati compilato d'ordine e con privilegio di S.M.*, XXIV, Torino, Stamperia sociale degli artisti tipografi, 1847, p. 250, A.S.To, *Corte cit.*, mémoire de Bernard de la Charrière.

¹⁰ A.S.To, *Corte cit.*, mémoire d'Alexandre Compans de Brichanteau. Pour la carrière, cf. *Calendario generale cit.*, XXIII, Torino, Stamperia sociale degli artisti tipografi, 1846, p. 254.

Résistances à la création d'une Cour de cassation

cassation¹¹. Si nous examinons le problème sur un plan politique, il faut se demander quelles furent les positions du ministre de la Justice, Avet, magistrat lui aussi, et du roi.

Avet est favorable à une cour de révision, sans préciser d'ailleurs la formation de cette cour. Et le roi ? Il paraît douteux et instable, comme toujours. S'il semble inspirer le ministre Avet, qui, pour des raisons politiques, ne pouvait pas avoir une position contraire au roi, il accepte, en avril 1847, pendant une réunion du conseil de conférence, une sorte de conseil des ministres, la solution déjà proposée par Thaon de Revel, qui l'exposa en Conseil : il faut conserver les pouvoirs des Sénats et attribuer la charge du contrôle de légitimité sur les arrêts à une chambre à l'intérieur du Conseil d'Etat, qui aurait « le droit de casser l'arrêt du tribunal qui aura mal jugé dans l'application de la loi ; en garantissant pourtant qu'elle ne jugera jamais, et se bornera simplement à choisir la meilleure juridiction, toutefois la loi aura été déchirée par l'arrêt des autres corps »¹². Cette solution ne concerne plus les pouvoirs des tribunaux suprêmes ; le jugement du conseil concerne seulement l'arrêt et ne touche jamais la loi édictée par le roi.

Toutefois, à la fin du processus de formation du code de procédure criminelle, nous rencontrons une première surprise. Le projet final, en discussion et approuvé par le Conseil d'Etat, auquel étaient soumis, avec quelques exceptions, les projets de loi, nous présente un Conseil de révision, corps très ambigu à propos de sa formation. Mais quand le code est promulgué par le roi, voilà une autre surprise. Il implique un magistrat de cassation, tribunal qui fut établi de façon simultanée avec le code, avec un édit et un règlement. Cette cour, suivait le modèle français. L'article 19 nous dit, par exemple, que le magistrat de cassation ne connaît jamais, en cas de pourvoi en cassation, du fond, mais seulement des erreurs en droit¹³.

¹¹ A.S.To, *Corte cit.*, mémoire d'Ottavio Thaon de Revel. Pour une très limitée note biographique, cf. Isidoro SOFFIETTI, *La fin des Sénats cit.*, p. 333-334.

¹² Sur le Conseil de conférence, cf. Isidoro SOFFIETTI, « Dalla pluralità all'unità degli ordinamenti giuridici nell'età della Restaurazione. Il Regno di Sardegna », dans *Ombre e luci della Restaurazione. Trasformazioni e continuità istituzionali nei territori del Regno di Sardegna. Torino, 21-24 ottobre 1991*, Roma, Ministero per i beni culturali e ambientali, Ufficio centrale per i beni archivistici, 1997, p. 165-173. Pour l'intervention de Thaon de Revel au Conseil de conférence, cf. A.S.To, *Corte, Materie giuridiche*, m. 7. Verballi del Consiglio di conferenza per gli anni 1845 in 1849.

¹³ *Raccolta degli atti del governo di S.M. il re di Sardegna*, 15, Torino, Stamperia Reale, 1847, p. 369-403 ; pour l'art. 19, p. 375-376. Pour l'exégèse et l'analyse de l'édit, cf. Domenico GIURIATI, *Commento teorico-pratico al codice di procedura criminale degli Stati sardi con le leggi posteriori e le sentenze del Magistrato di*

Nous pouvons donc remarquer en 1847 une double désunion et un double conflit : un conflit idéologique-politique et un conflit entre les tribunaux. On pourrait aussi entrevoir un conflit d'origine sociale, mais il ne nous intéresse pas en cette occasion. Le conflit idéologique-politique est lié aux principes du monarchisme absolu-limité, qui doivent, ou pas, être conservés et défendus. Le conflit entre les tribunaux suprêmes concerne un contrôle sur les arrêts qui pourrait se transformer en contrôle sur la loi. La création d'un magistrat de cassation marque la victoire des magistrats favorables à une réforme modérée.

Mais la situation politique change encore très rapidement. En effet, les événements politiques conduisent le roi à octroyer la constitution, comme nous l'avons dit, le 4 mars 1848. Les Sénats se transforment en magistrat d'appel et perdent le droit d'entériner les lois¹⁴. En outre, bien entendu, après l'entrée en vigueur du code de procédure criminelle, le juge de cassation exerce le contrôle de légitimité sur les arrêts des juges d'appel. Mais ce contrôle des arrêts se transforme, en certains cas, en contrôle de légitimité sur la législation, en particulier sur les décrets du gouvernement. La constitution n'ayant pas prévu une cour constitutionnelle, c'est la Cour de cassation qui exerce, le cas échéant, cette fonction, ce qui arrive d'ailleurs très rarement.

Par exemple, à propos de l'art. 81 du statut, qui prévoyait l'abrogation des lois contraires à la constitution, la cassation préfère, en cas de pourvoi en cassation, surtout en matière de droit civil, laisser au législateur l'interprétation des lois controversées, sans intervenir directement, surtout à propos des limites des droits d'égalité et de liberté des citoyens. Et quand elle intervient, ses tendances sont souvent orientées vers la conservation des privilèges et des inégalités établis dans le code civil et aussi dans les autres codes et lois¹⁵. Nous pouvons citer un autre exemple. La Cour de cassation

cassazione, Novi-Torino, Libreria Torri, Libreria Sociale, 1853, p. 473 et s. ; aux p. 510 et s. on commente les articles sur la révision des sentences. Cf. aussi Isidoro SOFFIETTI, *Le code de procédure criminelle* cit., p. 191-192. Après le code de procédure civile, le juge de cassation prit le nom de Cour de cassation.

¹⁴ Isidoro SOFFIETTI et Carlo MONTANARI, *Il diritto negli Stati sabaudi* cit., p. 172-173.

¹⁵ Pour l'art. 81 du statut, *ibidem*, p. 172. Pour les droits fondamentaux, sont toujours importantes les observations de Gaetano ARANGIO RUIZ, *Storia costituzionale del regno d'Italia (1848-1898)*, Firenze, Civelli, 1898, p. 57-58 : « la magistratura avrebbe potuto temperare con larghezza di vedute l'applicazione delle leggi antiche in ciò che concerneva la disuguaglianza dei cittadini, ed invece pareva si compiacesse a rincarare la dose per farla apparire maggiore di quella che era... ».

Résistances à la création d'une Cour de cassation

intervient, surtout en 1858, à propos du décret du gouvernement (1855), qui donne la liste des corps moraux supprimés, décret mis en question pour illégitimité. La Cour se prononce définitivement pour la légitimité du décret. Elle sauve un décret qui avait mis en œuvre une des lois les plus controversées et contrariées par l'Église catholique, en se prononçant contre des arrêts contraires des cours d'appel.

La tendance de la Cour de cassation à s'aligner sur la politique se retrouve dans l'histoire¹⁶. D'ailleurs la magistrature, aussi bien dans le royaume de Piémont-Sardaigne que dans le royaume d'Italie, appartenait, normalement, au même niveau social et politique que les membres de la chambre élective et que celle nommée par le roi. La magistrature fut et demeura immobile, et suivit normalement la politique. Cette immobilité continue aussi dans l'Italie républicaine, depuis 1948, après la nouvelle constitution¹⁷. Seulement vers 1970 nous trouvons un changement important, quand, à cause des nouvelles idéologies, une partie considérable de magistrats, cherchent à devenir, avec l'aide de la Cour constitutionnelle, des défenseurs de la constitution et des droits fondamentaux prévus pour les citoyens.

Le jugement, à la fin du XIX^e siècle fut donc très sévère. Cf. aussi, Gian Savino PENE VIDARI, « I diritti fondamentali nello Statuto Albertino », dans *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistici*, Atti di un Convegno in onore di Francisco TOMAS Y VALIENTE (Messina, 15-16 marzo 1993), Andrea ROMANO (dir.), Milano, Giuffrè, 1994, p. 54-55.

¹⁶ Cf., aussi pour la bibliographie, Isidoro SOFFIETTI, « Rapporti tra poteri dello stato ai primordi dello Statuto albertino. Considerazioni in materia di legislazione », dans *Rivista di Storia del diritto italiano*, LXX, 1997, p. 17-28, et aussi dans *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell'800*. Atti del seminario internazionale di studi in memoria di Francisco TOMAS Y VALIENTE (Messina, 14-16 novembre 1996), Andrea ROMANO (dir.), Milano, Giuffrè, 1998, p. 993-1016.

¹⁷ La bibliographie sur l'histoire de la magistrature italienne après l'Unité est très vaste. Il faut se limiter à quelques exemples significatifs, bien que non homogènes. Cf. les observations d'un auteur qui n'appartenait pas à la magistrature, Gigi GHIROTTI, *Il magistrato*, Firenze, Vallecchi, 1959, p. 24-25 : «... I giudici che sedevano sugli scranni delle preture, dei tribunali e delle corti, tendevano a identificare l'idea della giustizia con l'idea stessa dell'ordine... Senza dubbio le loro sentenze erano ispirate alla difesa d'un certo tipo di società, ma le idee erano chiare, le convinzioni ferme: l'utile economico, l'utile morale, il giusto, l'ingiusto, erano concetti che non dovevano più essere dimostrati ».

Ils cherchent à contrôler que les droits soient toujours mis en pratique contre toute résistance et opposition et aussi protégés¹⁸. Nous pouvons donc remarquer, en conclusion, que le contrôle sur les erreurs de droit souhaité par certains magistrats au milieu du XIX^e siècle pour une Cour de cassation se transforme occasionnellement en contrôle sur la législation surtout à propos de son interprétation et de son application. Le contrôle trouve une tentative de réalisation sous le régime républicain parlementaire, mais assez tard, presque trente ans après la constitution. C'est une victoire partielle des magistrats historiquement les plus libéraux.

¹⁸ Cf. les observations d'un magistrat, actuellement procureur-chef à Turin : Gian Carlo CASELLI, *Assalto alla giustizia*, prefazione di Andrea CAMILLERI, con la collaborazione di Stefano CASELLI, Milano, Melampo, 2011, surtout p. 30-40. Cf. aussi *Diritti individuali e processo penale nelle Italie repubblicana. Materiali decé incontro di studia*, Ferrara, 12-13 novembre 2010, p. 442.

**COURS D'APPEL ET COUR DE CASSATION A L'EPREUVE DE LA
PRATIQUE : A PROPOS DE L'APPLICATION DU CODE CIVIL
DU ROYAUME DE SARDAIGNE (1848-1860)**

**par Elisa Mongiano,
professeur à l'Université du Piémont oriental - Alessandria**

Une réforme judiciaire qui vise à assurer l'unité de la jurisprudence peut-elle s'avérer une occasion de désunions de la magistrature ? C'est, du moins en apparence, le cas du royaume de Sardaigne à la suite des réformes de 1847-1848, qui effacent ce qui restait des prérogatives des juridictions souveraines¹. Les anciens Sénats transformés en cours d'appel ont du mal à s'adapter au nouveau système. L'opposition entre les cours d'appel et la Cour de cassation se manifeste de façon très nette à propos de l'application du régime défavorable aux femmes prévu par le code civil sarde dans les successions *ab intestat*². Mais, on le verra, les désunions provoquées par la nouvelle organisation judiciaire viennent de plus loin, ayant leurs racines dans les rapports entre les Sénats.

Voyons maintenant quel était le régime prévu par le *Code civil pour les États de S.M. le Roi de Sardaigne*, publié par le roi Charles-Albert en juin 1837 et mis en vigueur le 1^{er} janvier 1838³. Quoique très proche du *Code civil*

¹ Sur les réformes judiciaires de 1847-48, cf. surtout Ettore DEZZA, « Gli ordinamenti giudiziari in Italia nell'età della codificazione », *Id.*, *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milano, LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 1992, p. 183-187 ; Isidoro SOFFIETTI, « La Restauration dans le Royaume de Sardaigne : un conflit de rémanences », *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, 156, 1998, p. 113-115 ; *Id.*, « La fin des Sénats du Royaume de Sardaigne », in *Les Sénats de la Maison de Savoie (Ancien régime – Restauration). Senati sabaudi fra antico regime e restaurazione*, a cura di Gian Savino PENE VIDARI, Torino, Giappichelli, 2001, p. 331-340. Sur les fonctions exercées par les Sénats au cours du XVIII^{ème} siècle, cf. Elisa MONGIANO, « Les compétences des Sénats des États de Savoie au XVIII^{ème} siècle », *ibid.*, p. 217-234.

² Sur le régime successoral prévu par le code civil sarde, cf. Elisa MONGIANO, *Patrimonio e affetti. La successione legittima nell'età dei codici*, Torino, Giappichelli, 1999, en particulier p. 323-346.

³ Le code fut publié en italien et en français, qui étaient considérés depuis 1561 comme les deux langues officielles des États savoisiens. Sur la formation du code

français, le code du royaume de Sardaigne se détache du modèle français par rapport à l'égalité successorale. En principe, l'égalité est admise. L'art. 931, suivant de près l'art. 745 du code français, déclare : « Les enfans légitimes ou leurs descendans succèdent à leur père et mère ou autres ascendans sans distinction de sexe ». Mais un régime d'exception est aussi prévu (art. 942), lorsqu'il s'agit de la succession au père, ou à un autre ascendant mâle de ligne paternelle (art. 943), à la mère (art. 945) ou à un frère, germain ou consanguin (art. 944). Dans ces cas, « la part héréditaire afférente à la femme, ou à ses descendans », est dévolue, « par droit de subrogation », à ses frères germains ou « à leurs descendans mâles par ligne masculine », et à défaut de frères germains de la femme, à ses frères consanguins, ou « à leurs descendans mâles par ligne masculine ». Il ne s'agit plus de l'exclusion des filles dotées de tout héritage provenant de leur famille d'origine, prévue par les Royales Constitutions de 1770, le recueil de législation royale qui est appliqué jusqu'à l'entrée en vigueur du code⁴. L'exclusion est restreinte à certaines successions formellement établies par le code et surtout la femme a, « en compensation », droit à sa légitime, quand il s'agit de la succession aux ascendans, au tiers de la portion virile, quand il s'agit de la succession à un frère. La condition de la femme est sans doute améliorée, mais le code reste étroitement lié à la tradition d'Ancien Régime :

civil sarde, voir, outre les témoignages directs des protagonistes tels que Federico SCLOPIS, « Storia della legislazione degli Stati del Re di Sardegna dal 1814 al 1847 », *Memorie della R. Accademia delle Scienze di Torino*, sér. II, 19, 1860, p. 48-50, et [Alessandro PINELLI], « Notizie intorno ai lavori della Regia Commissione di legislazione per un membro della stessa Commissione », *Motivi dei codici per gli Stati sardi*, II, Genova, Tipografia della Gazzetta dei Tribunali, 1856, p. XIII-XIV, les travaux de Gian Savino PENE VIDARI, « Un centocinquantesimo : il codice civile albertino », *Id.*, *Studi sulla codificazione in Piemonte*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 139-159 ; « L'attesa dei codici nel Piemonte della Restaurazione », *ibid.*, p. 107-136.

⁴ Sur le recueil des *Lois et constitutions de Sa Majesté* (connu aussi sous le titre de Royales Constitutions) publié en 1723 et 1729 par le roi Victor-Amédée II et en 1770, dans une troisième rédaction, par son fils et successeur, le roi Charles-Emmanuel III, cf. surtout Isidoro SOFFIETTI, « Les sources du droit dans la législation du Royaume de Sardaigne au XVIII^{ème} siècle », Pierre VILLARD et J.-M. CARBASSE, *L'unité des principaux États européens à la veille de la Révolution*, Paris, Institut d'histoire du droit – faculté de droit Université René Descartes, 1992, p. 248-255.

Cours d'appel et Cour de cassation dans le royaume de Sardaigne

la prévalence des mâles est quand même gardée, en vue de la « conservation des biens dans les familles »⁵.

Lors de l'installation de la Cour de cassation en mai 1848, le code civil sarde était déjà appliqué depuis une dizaine d'années. Et son régime successoral avait déjà mis en danger à plusieurs reprises l'unité du corps des magistrats, voire des Sénats.

Une première occasion avait été offerte par les travaux de la commission de rédaction du code, nommée par le roi Charles-Albert en 1831. Une fois établi, le projet avait été soumis, dans une première rédaction, à l'examen des cours supérieures, c'est-à-dire aux quatre Sénats de Chambéry, de Piémont, de Nice et de Gênes⁶ et à la Chambre des comptes, pour être ensuite discuté et approuvé par le Conseil d'État, dans une seconde rédaction tenant compte des observations des magistrats⁷.

Ces observations traduisent une profonde division des opinions des tribunaux suprêmes. Les Sénats de Chambéry et de Gênes sont d'avis « qu'il serait plus convenable d'admettre les dispositions de la Nouvelle 118 », et donc la parfaite égalité successorale entre fils et filles. En revanche, les propositions du Sénat de Piémont expriment un attachement évident au système d'exclusion réglé par les Royales Constitutions. Quant au Sénat de Nice, il est, dans l'ensemble, favorable à la tonalité du projet, c'est-à-dire à « un système qui, en améliorant le sort des femmes », rend néanmoins « hommage aux principes conservateurs des familles ». La Chambre des comptes, qui en raison de ses compétences n'est concernée par la matière que de façon indirecte⁸, se déclare elle aussi en faveur du projet⁹.

⁵ À ce propos, Gian Savino PENE VIDARI, « Osservazioni sui rapporti patrimoniali fra coniugi nel Piemonte del secolo XVIII », *Rivista di storia del diritto italiano*, 53-54, 1980-81, p. 19-60, *Id.*, « Rapporti patrimoniali fra coniugi e successioni nel Piemonte prerivoluzionario », *Studi Piemontesi*, 17, 1988, 2, p. 433-438, Elisa MONGIANO, *Ricerche sulla successione intestata nei secoli XVI-XVIII. Il caso degli Stati sabaudi*, Torino, Giappichelli, 1998², *Eadem*, *Patrimonio e affetti*, *op. cit.*, p. 327-341.

⁶ Sur le Sénat de Gênes, institué à l'époque de la Restauration, cf. Lorenzo SINISI, « Les origines du Royal Sénat de Gênes (1814-1815) », *Les Sénats de la Maison de Savoie*, *op. cit.*, p. 150-179 ; *Id.*, *Giustizia e giurisprudenza nell'Italia preunitaria. Il Senato di Genova*, Milano, Giuffrè, 2002.

⁷ Elisa MONGIANO, *Patrimonio e affetti*, *op. cit.*, p. 151-156.

⁸ Sur les attributions de la Chambre, voir Michel BOTTIN, « La Regia Camera de Conti de Turin », *Les Sénats de la Maison de Savoie*, *op. cit.*, p. 181-195 ; Isidoro SOFFIETTI, Carlo MONTANARI, *Il diritto negli Stati sabaudi : le fonti (secoli XV-XIX)*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 55-56 avec les références bibliographiques.

Les divergences entre les Sénats, quoique remarquables, n'aboutirent pas à des modifications importantes du projet. Le régime prévu par la commission de législation, approuvé aussi par le Conseil d'État, fut reçu dans le texte définitif du code, aux articles 942 à 948¹⁰.

La codification achevée, c'est à l'épreuve de la pratique que la désunion se manifeste par les divergences d'interprétation. Sans doute la diversité est favorisée par l'impossibilité de recourir à l'ensemble des travaux préparatoires, qui ne sont pas rendus publics. Elle vient aussi de l'absence de précédents : les commentaires du code civil français, très connus en Piémont¹¹, ainsi que les recueils d'anciennes décisions des Sénats ne pouvant s'adapter à un régime successoral qui ne suit intégralement ni la législation française, ni les Royales Constitutions. Les divergences naissent spécialement quand il faut coordonner les dispositions exceptionnelles avec les règles générales ou encore plus lorsqu'il faut en combler des lacunes. On pourrait même dire que, dans la solution des cas les plus douteux, chaque Sénat tend à se conformer aux positions qu'il avait exprimées dans ses observations au projet, finissant par interpréter les obscurités de la loi dans un sens plus ou moins favorable au droit de l'agnation.

⁹ Des textes des observations des magistrats restent les originaux manuscrits transmis aux Archives royales (Archivio di Stato di Torino [A.S.To], *Archivio di Corte, Materie giuridiche, Progetti e osservazioni Codice civile*, vol. 10 « Originali delle osservazioni dei Senati e della Regia Camera dei conti sul progetto di codice civile ») aussi bien que les exemplaires imprimés, tirés par l'Imprimerie royale, à l'usage de la Commission de législation, des magistrats, du Conseil d'État et des autres institutions concernées par les travaux de codification, dont la collection complète est encore aujourd'hui conservée, entre autres, aux Archives d'État de Turin (Archivio di Stato di Torino, *Archivio di Corte, Materie giuridiche, Progetti e osservazioni Codice civile*, mazzo 1, n. 1-2, *Observations du Sénat de Savoie sur le projet du Code civil. Livre troisième*, Torino, Stamperia Reale, 1834 ; *Osservazioni del Senato di Piemonte sul progetto del Codice civile. Libro III. Successioni e donazioni*, Torino, Stamperia Reale, 1834 ; *Osservazioni del Reale Senato sedente in Nizza sul Libro III del progetto del Codice civile...*, Torino, Stamperia Reale, 1834 ; *Osservazioni del Senato di Genova sul progetto del Codice civile. Libro III...*, Torino, Stamperia Reale, 1834 ; *Osservazioni del Magistrato della Regia Camera de' Conti sul progetto del Codice civile. Libro III. Successioni e donazioni*, Torino, Stamperia Reale, 1834). Les observations des magistrats ont été par la suite également publiées dans *Motivi dei codici per gli Stati sardi, op. cit.*, II, art. 942-948.

¹⁰ Elisa MONGIANO, *Patrimonio e affetti, op. cit.*, p. 157-171.

¹¹ Sur la diffusion en Italie des commentaires du code civil, cf. en particulier Adriano CAVANNA, « L'influence juridique française en Italie au XIX^e siècle », *Revue d'histoire des faculté de droit et de la science juridique*, 15, 1994, p. 94-101.

Cours d'appel et Cour de cassation dans le royaume de Sardaigne

C'est exactement ce qui arrive à propos de l'application de l'art. 944. Cet article déclare l'exclusion de la sœur de la succession d'un frère, germain ou consanguin, toutes les fois qu'elle « se trouve en concours avec d'autres frères germains ou consanguins ou avec leurs descendants mâles en ligne masculine ». Rien n'est dit à propos des descendants de la femme, lorsqu'ils sont appelés à la succession en concours avec les descendants des frères. Sont-ils également exclus ? La question est évidemment assez compliquée, car elle soulève, entre autres, le problème de l'application du droit de représentation dans la ligne collatérale¹².

Le premier à prendre position fut le Sénat de Savoie qui, en mars 1842, admit les descendants de la sœur à la succession, sur la considération que, dans l'espèce, il s'agissait de la succession d'un oncle et non d'un frère et que, la succession d'un oncle n'étant spécifiquement pas comprise dans les exceptions portées par le code, elle devait être déferée suivant la loi générale¹³. Le Sénat précise en outre que « le droit de représentation, admis en ligne collatérale en faveur de tous les descendants des frères et sœurs, ne peut changer le caractère de la succession d'un oncle en celle d'un frère pour lui rendre applicables les dispositions d'une loi exceptionnelle », d'autant plus que « les descendants des frères étant tous au même degré, ils n'ont besoin de se prévaloir du droit de représentation que pour fixer la portion qui pourrait leur revenir dans le cas que d'autres parents unis au défunt par le même lien concourussent avec eux à la succession »¹⁴.

En juin, le Sénat de Piémont adopta la solution opposée, déclarant que les descendants de la sœur étaient toujours exclus, car ils venaient à la succession non de leur chef, mais par effet du droit de représentation¹⁵. En avril 1846, le tribunal suprême confirma, par un nouvel arrêt, son

¹² Pourtant nous laisserons de côté les aspects les plus techniques, pour lesquels nous renvoyons à Elisa MONGIANO, *Patrimonio e affetti, op. cit.*, p. 399-437, pour ne nous tenir qu'aux désunions provoquées par l'interprétation de l'art. 944.

¹³ Cristoforo MANTELLI, *Giurisprudenza del Codice Civile e delle altre Leggi dei Regi Stati, ossia Collezione metodica e progressiva delle decisioni e sentenze pronunciate dai Supremi Magistrati sì dello Stato che stranieri ecc.*, t. 9, Alessandria, presso Luigi Guidetti, 1844, p. 76-82 (Gandin vs. Cornillat).

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Cristoforo MANTELLI, *Giurisprudenza del Codice Civile, op. cit.*, t. 9, p. 71-76 (Gazzera vs. Ravotti).

interprétation¹⁶. Mais peu de jours après, elle fut démentie par le Sénat de Gênes, suivant les mêmes motifs que le Sénat de Savoie¹⁷.

Un autre jugement étant en suspens devant le Sénat de Casal, on avait raison de croire que le tribunal suprême, institué en 1838¹⁸, suivrait la ligne des Sénats de Savoie et de Gênes¹⁹. D'où la résolution du premier président du Sénat de Piémont, Gaspard Coller, de se prévaloir, pour trancher la controverse, du droit, accordé aux Cours suprêmes par l'art. 16 du code civil, d'adresser au roi leurs « remontrances » pour en avoir l'interprétation authentique de la loi²⁰. La désunion était en effet assez profonde, puisqu'aux divergences entre les Sénats venait s'ajouter, pour le tribunal suprême piémontais, celle entre siège et parquet, ce dernier étant favorable à l'interprétation suivie par le Sénat de Savoie. La chose se faisait de plus en plus délicate, d'autant plus que le bureau de l'avocat général était à l'époque dirigé par un ancien membre de la commission législative, le célèbre juriste Federico Sclopis²¹. En écrivant au garde des Sceaux, Hyacinthe Avet, lui

¹⁶ Cristoforo MANTELLI, *Giurisprudenza del Codice Civile*, op. cit., t. 13, Alessandria, presso Luigi Guidetti, 1846, p. 299-321 (Piovano Lisa vs. Fogliatto).

¹⁷ *Ibid.*, p. 322-386 (Parodi vs. Milano).

¹⁸ Alberto LUPANO, « Le Sénat de Casal », *Les Sénats de la Maison de Savoie*, op. cit., p. 133-150.

¹⁹ Elisa MONGIANO, « L'ultima stagione delle riforme albertine : il Magistrato d'appello di Casale », *L'altro Piemonte nell'età di Carlo Alberto*. Atti del Convegno di studi (Alessandria - Casale 28-30 ottobre 1999), a cura di Ettore Dezza, Robertino Ghiringhelli, Guido Ratti, Alessandria, Università Cattolica del Sacro Cuore, Istituto per la Storia della Resistenza e della Società Contemporanea, Archivio di Stato di Alessandria, 2001, p. 485-507, et en particulier 497-501.

²⁰ A.S.To, *Grande Cancelleria, Archivio generale, Protocolli e rubriche*, vol. 40, *Protocollo Div.II anno 1846*, prot. n. 2733 del 29 avril 1846 ; *Ibid.*, *Copialettere con le autorità giudiziarie*, vol. 623, Lettera a Primo Presidente Senato di Piemonte 4 maggio 1846, prot. n. 2733 ; *Copialettere con le autorità giudiziarie*, vol. 624, Lettera a Primo Presidente Senato di Piemonte 24 luglio 1846, prot. n. 4521. Voir aussi Elisa Mongiano, *Patrimonio e affetti*, op. cit., p. 413-424.

²¹ Pour le rôle joué par le comte Sclopis dans la codification civile sarde, cf. Achille ERBA, *L'azione politica di Federico Sclopis. Dalla giovinezza alla codificazione albertina (1798-1837)*, Torino, Deputazione Subalpina di Storia Patria, 1960 ; Gian Savino PENE VIDARI, « Federico Sclopis (1798-1878) », *Studi piemontesi*, 7, 1978, 1, p. 160-172, *Id.*, « Premessa », Federico SCLOPIS, *Della legislazione civile. Discorsi*, ristampa a cura di Gian Savino Pene Vidari, Torino, Giappichelli, 1996. Pour les liens établis par Sclopis avec les représentants les plus connus de la culture juridique européenne, et en particulier de la culture juridique allemande cf. Laura MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l'Unità*, Roma, 1984, p. 203-268.

Cours d'appel et Cour de cassation dans le royaume de Sardaigne

aussi membre de la commission, Sclopis avait manifesté ses réserves sur les démarches du premier président²².

Pour prendre du temps, la question fut en tout cas soumise au Conseil d'État, puisque, d'après l'avis du Garde de sceaux, « on ne pouvait faire intervenir l'autorité du Roi pour décider dans une cause qui était pendante par devant les tribunaux ». En effet, le Conseil ne se prononça qu'en décembre 1847, par un avis très nuancé, sans prendre véritablement position²³. Désormais la réforme judiciaire avait été mise en place et, partant, on préféra laisser tomber la chose. En plus, depuis le 2 novembre, Gaspar Coller avait été nommé premier président de la Cour de cassation nouvellement instituée²⁴.

Une fois la Cour installée, son autorité s'impose avec difficulté : l'esprit d'indépendance des cours d'appel reste vivace, le souvenir des prérogatives jusqu'alors exercées en tant que cours suprêmes jouant peut-être un certain rôle à cet égard. La Cour de cassation n'est pas encore unanimement considérée comme la « souveraine interprète de la loi »²⁵.

Quant à l'art. 944, le premier pourvoi en cassation concerne le jugement finalement émis en décembre 1849 par la cour d'appel de Casal, qui, comme on s'y attendait, se prononça en faveur des descendants de la sœur, en les admettant à la succession de leur oncle en concours avec les descendants des frères²⁶. La Cour de cassation, saisie de l'affaire, adopta l'interprétation

²² Accademia delle Scienze di Torino, *Fondi aggregati, Fondo Sclopis*, busta 799, n° 2.

²³ A.S.To, *Consiglio di Stato, Processi verbali del Consiglio di Stato sedente a sezioni unite*, mazzo 37, sessione 7 décembre 1847, art. 1.

²⁴ *Raccolta degli atti del governo di S.M. il re di Sardegna*, 15, Torino, Stamperia Reale, 1847, p. 369-381. À propos de la création de la Cour et de ses compétences, Pietro CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, *Storia e legislazioni*, Torino, Bocca, 1920, p. 726-732 ; Giuseppe Ignazio LUZZATTO, Francesco CALASSO, Salvatore SATTA, « Corte di Cassazione », *Enciclopedia del diritto*, 10, Milano, Giuffrè, 1958, p. 790-829, nonché Isidoro SOFFIETTI, Isabella MASSABÒ RICCI, « Fonti del diritto, attività di governo, funzione giudiziaria nel Regno di Sardegna. Proposte di lavoro e risultati di ricerche », *Rivista di storia del diritto italiano*, 61, 1988, p. 325-340.

²⁵ Jean-Louis HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996, p. 53.

²⁶ Filippo BETTINI, *Giurisprudenza degli Stati Sardi. Raccolta generale progressiva di giurisprudenza, legislazione e dottrina*, t. 1, II, Torino, Pomba, 1850, p. 180-188 (Paracchini vs. Stoppani).

autrefois formulée par le Sénat de Piémont²⁷. L'influence du premier président de la Cour suprême avait probablement eu un certain poids dans cette décision. Les conflits personnels, voire les rivalités, à l'intérieur du corps de la magistrature venaient donc s'ajouter aux divergences d'interprétation. Dans ce cas, comme dans bien d'autres cas qui s'ensuivront au cours des années, la cour d'appel résiste, en renouvelant dans la même cause la même sentence²⁸. Ce n'est que par un nouveau pourvoi en cassation que la jurisprudence de la Cour peut s'affirmer²⁹. C'est la décision à chambres réunies qui donne le dernier mot à la Cour, étant donné qu'en cas de seconde cassation dans la même affaire la Cour de renvoi doit se conformer, sur le point de droit jugé, à la décision rendue par les chambres réunies de la Cour de cassation. C'est exactement ce qui arrive pour la cour d'appel de Casal, dont l'opposition à la Cour de cassation à propos de l'application de l'art. 944 se révèle acharnée³⁰. Parmi les autres cours d'appel, celle de Turin aussi, entre 1849 et 1856, résiste à plusieurs reprises à l'interprétation uniforme imposée par la Cour de cassation³¹ ; celle de Gênes au contraire semble s'adapter très rapidement à la nouvelle hiérarchie judiciaire et à la jurisprudence de la Cour suprême³².

La réforme judiciaire de 1847-1848 s'est-elle donc avérée une occasion de désunion de la magistrature ? On peut dire qu'elle a tout simplement fait apparaître, sous une perspective différente, des divergences, voire des désunions, qui existaient déjà entre les Sénats et qui dataient au moins de la codification. Les nouveautés apportées par le code civil rendent plus évidentes les interprétations divergentes des cours suprêmes, que le pluralisme d'Ancien Régime avait laissées aisément subsister, mais que le monisme du code et l'obligation de motiver les jugements et arrêts,

²⁷ Filippo BETTINI, *Giurisprudenza degli Stati Sardi, op. cit.*, 3, I, Torino, Pomba, 1852, p. 503-516 (30 juillet 1851).

²⁸ *Raccolta degli atti del governo di S.M. il re di Sardegna*, 15, Torino, Stamperia Reale, 1847, p. 377, art. 23. Sur l'édit, voir aussi Isidoro SOFFIETTI, « Le Code de procédure criminelle du royaume de Piémont-Sardaigne de 1847-1848 », *Du compromis au dysfonctionnement : les destinées du code d'instruction criminelle. 1808-2008*. Actes du colloque international, Lille 24 et 25 janvier 2008, Textes réunis et présentés par Chantal ABOUCAYA et Renée MARTINAGE, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2009, p. 191-192.

²⁹ Filippo BETTINI, *Giurisprudenza degli Stati Sardi, op. cit.*, t. 6, I, Torino, Pomba, 1856, coll. 44-50 (17 janvier 1854).

³⁰ Filippo BETTINI, *Giurisprudenza degli Stati Sardi, op. cit.*, t. 3, I, p. 599-600.

³¹ Elisa MONGIANO, *Patrimonio e affetti, op. cit.*, p. 434-437.

³² Filippo BETTINI, *Giurisprudenza degli Stati Sardi, op. cit.*, t. 3, I, p. 626 (Casanova vs. Carpaneto).

introduite pour les Sénats en 1838, tolèrent moins bien. Avec la création de la Cour de cassation, ces divergences d'interprétation deviennent conflit d'interprétation. Dans ce cas comme dans l'autre, l'épreuve de la pratique finit par soumettre l'unité du corps de la magistrature, qui reste quand même solide... à l'épreuve des conflits.

LE DIFFICILE AJUSTEMENT DES RELATIONS ENTRE LES COURS D'APPEL ET LA COUR DE CASSATION. LE CHAOS DE LA JURISPRUDENCE AU XIX^E SIECLE

par Laurence Soula,
Centre aquitain d'histoire du droit, maître de conférences
à l'Université Montesquieu-Bordeaux 4

L'on pense généralement qu'après le mouvement de codification et l'édification d'une hiérarchie judiciaire, la France est enfin soumise à une législation uniforme. De même, la conviction semble établie d'une Cour de cassation qui, très tôt, s'impose comme la souveraine interprète des lois au sein de l'ordre judiciaire. Cependant, l'étude externe de la jurisprudence au XIX^e siècle –la façon dont elle se forme et évolue– remet en cause ces paradigmes. En de nombreux domaines en effet, l'unité juridique est anéantie par les conflits de jurisprudence entre les cours d'appel et la Cour de cassation. Ces antagonismes ne résultent pas d'une résistance ponctuelle, mais d'un phénomène plus général, structurel, celui du difficile ajustement de leurs relations au XIX^e siècle (I). En présence de vingt-six cours souveraines jalouses de leur indépendance, la Cour de cassation a difficilement le dernier mot dans les luttes d'interprétation, et ce bien après la loi du 1^{er} avril 1837. De là le chaos avec pour corollaire l'incertitude juridique et des controverses sans fin, en un mot le désordre du droit (II).

I - L'autorité contestée de la Cour de cassation

Différents facteurs expliquent l'indépendance affichée par les cours d'appel à l'égard de la Cour de cassation, ainsi que les rapports de force qui se nouent au XIX^e siècle.

En premier lieu, le refus du législateur d'investir le tribunal puis la Cour de cassation d'une autorité suprême pour fixer la jurisprudence. Depuis la Révolution, l'idée prévaut en effet que lui conférer l'interprétation de la législation en dernier ressort serait l'investir du pouvoir législatif. C'est encore l'une des objections majeures formulées à l'encontre de la loi du 1^{er} avril 1837 qui attribue aux chambres réunies de la Cour de cassation le pouvoir de trancher les conflits d'interprétation. Le gouvernement, qui est à

l'initiative du projet, s'abstient alors « exprès » de parler de l'interprétation des lois parce que la question divise encore « les meilleurs esprits¹ ».

Ce qui est significatif de l'esprit d'indépendance des tribunaux d'appel est la résistance, voire le camouflet que, dès l'origine, ils infligent au Tribunal de cassation. La loi du 27 ventôse an VIII a en effet effacé le référé législatif et instauré une autonomie de l'ordre judiciaire, comptant sur l'autorité des sections réunies pour mettre un terme aux divergences entre les tribunaux dès le second pourvoi. Pourtant, en messidor an XI, le tribunal doit se prononcer sur un troisième pourvoi². En 1806, on voit encore une troisième cour juger comme les deux premières, ce qui conduit le gouvernement à réintroduire le référé législatif en rappelant que la Cour de cassation n'a pas le suprême pouvoir d'interprétation³.

La volonté du régime impérial de renouer avec les traditions d'Ancien Régime tourne à l'avantage des cours d'appel, non de la Cour de cassation. C'est en elles que l'empereur « place l'administration plénière de la justice, dont la loi répute les décisions comme la vérité même ». Les cours d'appel sont présentées comme souveraines en ce que « si les formes ou le texte de la loi n'ont pas été violés, nulle autorité ne peut porter atteinte » à leurs décisions⁴. La Cour de cassation est même expressément invitée par le gouvernement à limiter sa censure à ces deux violations, sous peine de porter une « mortelle atteinte » à l'ordre judiciaire. Dans le cas contraire en effet, « les cours souveraines seraient reléguées dans la classe des tribunaux

¹ *Débats parlementaires*, 30 mars 1837. Le projet est relatif à l'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation après deux pourvois. Le ministre Persil déclare qu'ils ont changé « exprès » le titre de la loi pour s'abstenir de parler de l'interprétation.

² L'article 78 de la loi du 27 ventôse an VIII ne prévoit aucune mesure dans le cas où, après deux cassations, le deuxième Tribunal d'appel de renvoi refuse de s'incliner. G. CARRÉ, professeur à la faculté de Rennes, mentionne un arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 20 messidor an XI qui, sur un troisième pourvoi, casse l'arrêt et le renvoie devant un quatrième tribunal d'appel. *Les lois de l'organisation et de la compétence des juridictions civiles expliquées par les principes de la théorie, les doctrines des publicistes et les décisions des cours souveraines*, Rennes, 1825, p. 808.

³ La loi du 16 septembre 1807 fait revivre le référé législatif. Elle permet à la Cour de cassation de demander l'interprétation dès qu'elle est saisie d'un second pourvoi. Si elle ne le fait pas, elle doit statuer toutes sections réunies. Au troisième pourvoi, elle doit se pourvoir en interprétation de la loi. Y. L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, 1965.

⁴ Article 7 de la loi du 20 avril 1810.

Les difficiles relations entre les cours d'appel et la Cour de cassation

inférieurs, et cette haute confiance dont il est si important et dont Sa Majesté veut qu'elles soient entourées se trouverait sensiblement affaiblie⁵. »

La Restauration, par la loi du 30 juillet 1828, va plus loin encore dans la consécration de la souveraineté des cours d'appel puisqu'après deux cassations dans une même affaire, la Cour de renvoi, statuant toutes chambres assemblées, tranche le conflit sans possibilité de pourvoi⁶.

Dans la pratique judiciaire, toutefois, le décalage avec la législation est grand parce qu'en dépit des textes, le Tribunal de cassation n'a cessé d'étendre son contrôle depuis sa création. Les griefs du monde judiciaire se manifestent surtout à l'égard de la notion de fausse application de la loi – qui touche au pouvoir d'interprétation – créée par la jurisprudence révolutionnaire⁷. En l'an IX, déjà, le tribunal d'appel de Bordeaux déplore que le Tribunal de cassation s'érige « en tribunal d'appel de tous les tribunaux supérieurs » alors qu'il est « établi pour veiller à l'observation des formes⁸ ». En l'an X, le président Bergognié reproche à l'ouverture du pourvoi pour fausse application de la loi de conduire le Tribunal de cassation à juger du fond des affaires⁹. Ces critiques sont également relayées en 1818 par le président de la Cour de cassation, Henrion de Pansey, qui rappelle que la législation n'admet l'ouverture à cassation que dans le cas de contravention expresse au texte de la loi¹⁰. C'est pour unifier la jurisprudence que la juridiction a admis les ouvertures à cassation pour fausse application des lois¹¹, mais il en résulte de fâcheux inconvénients : « Personne ne rougit de se plier devant l'autorité de la loi ; mais l'on se détermine beaucoup plus difficilement à subordonner son opinion à celle

⁵ *Archives parlementaires*, 12 avril 1810, p. 700.

⁶ Néanmoins, en opérant le renvoi à la deuxième cour, la Cour de cassation doit en référer au gouvernement qui est obligé de proposer aux chambres une loi interprétative non rétroactive.

⁷ J.-L. HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation sous la Révolution*, thèse droit dactylographiée, 1985, t. II, p. 527 et 528. Plusieurs tribunaux en demandaient la suppression.

⁸ « Observations proposées par le tribunal d'appel séant à Bordeaux » sur le projet de code civil, FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836, t. 3, p. 178.

⁹ P. BERGOGNIÉ, *Table analytique et raisonnée des jugemens contenus dans le bulletin du Tribunal de cassation rendus en matière civile seulement depuis le mois de vendémiaire an II jusques en vendémiaire an X*, Agen, 1802.

¹⁰ Loi du 1^{er} décembre 1790 et art. 7 de la loi du 20 avril 1810. Henrion de PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, 1818, p. 412 et s.

¹¹ Il précise que la fausse application des lois s'entend lorsque la cour n'a pas adopté l'interprétation de la loi la plus conforme à l'esprit du législateur, *Ibid.*, p. 426.

d'un autre ; et ces sortes d'interprétations ne sont autre chose que des opinions¹². » Dès l'admission des ouvertures à cassation pour fausse interprétation, « on vit les 2^e et 3^e cassations se multiplier ». Selon Henrion de Pansey, la loi du 16 septembre 1807 a rétabli le référé pour maintenir intacte l'uniformité législative atteinte par les codes et éviter des procès interminables.

En 1814, Bavoux, alors juge au tribunal de première instance de la Seine, développe un nouveau point de vue, celui de « la grande inutilité » de la Cour de cassation ; son droit n'est pas d'uniformiser la jurisprudence puisqu'il « doit s'arrêter là où il ne rencontre plus de violation ou de contravention, sinon il usurperait évidemment sur le pouvoir législatif ». Après avoir constaté « l'absence de fixité de jurisprudence d'une Cour qui varie elle-même », il ajoute que « si ses décisions avaient, comme on le dit, l'effet de fixer la jurisprudence, [...] lorsque la Cour de cassation se serait une fois expliquée sur un point, on n'y viendrait pas une deuxième fois, et encore moins une troisième, puis une quatrième, etc.¹³ ».

Loché, en 1829, insiste sur la grande indépendance des cours d'appel et l'impossibilité, pour les arrêts de la Cour de cassation, « de constituer par eux-mêmes la jurisprudence » ; il reproche à ceux qui l'appellent « Cour suprême » de méconnaître « les principes de notre organisation judiciaire et la hiérarchie qu'elle établit ». En effet, poursuit-il, « loin qu'elle domine les autres cours, il est au contraire incontestable que les arrêts des autres cours ont une puissance qui leur est propre, tandis que les siens n'en ont que lorsque l'arrêt d'une autre Cour les appuie » et « vis-à-vis d'elle, les autres Cours royales conservent toute leur indépendance ». Aucun nouveau pourvoi ne donne la suprématie à « la Cour réformatrice », parce que la troisième cour juge « avec la même indépendance que les premières ». Loché reconnaît que ces principes, autrefois répandus, sont désormais « un peu obscurcis ». Mais, ajoute-t-il, « ce n'est point partout car il existe, dans une de nos cours royales, une chambre qui ne souffre pas qu'on cite des arrêts de cassation devant elle, de peur que, si elle en adopte le système et les principes, elle ne paraisse céder à la Cour de cassation et se relâcher de son indépendance¹⁴. » Il déplore l'antinomie entre les arrêts et l'habitude prise, dans les procès, de se battre à coup d'arrêts conformes et opposés : « Voilà comment la jurisprudence est formée. » Il préconise, au contraire, la prise en

¹² Henrion de PANSEY, *Ibid.*, p. 428.

¹³ A. BAVOUX, *De la Cour de cassation et du ministère public*, Paris, 1814, p. 24.

¹⁴ LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XVI, 1829, p. 623.

Les difficiles relations entre les cours d'appel et la Cour de cassation

compte de la volonté du législateur et l'examen attentif des travaux préparatoires.

Jusqu'aux années 1840-1850, la jurisprudence présente surtout un caractère local et l'on peut, à ce titre, comparer le ressort des cours d'appel à des îlots de jurisprudence¹⁵. La valeur normative de leurs décisions résulte de plusieurs facteurs. En premier lieu, les cours ont pu légitimement se regarder et agir en héritières des Parlements. En second lieu, leur autorité est renforcée par le faible nombre de pourvois¹⁶, le caractère limité des ouvertures à cassation¹⁷, les variations de la Cour¹⁸, mais encore par l'esprit d'indépendance des magistrats, peu enclins à abandonner leur interprétation établie par une suite d'arrêts pour se rallier à celle de la Cour de cassation¹⁹. Or, l'époque est extrêmement propice aux créations jurisprudentielles –et donc aux conflits– puisque tous les principes contenus dans les codes sont à dégager. Le long délai qui s'écoule généralement avant que la Cour de cassation se prononce permet aux controverses de se perpétuer et aux opinions de se radicaliser. Si les décisions de la Cour « régulatrice » sont l'objet d'attention, elles n'obtiennent valeur certaine qu'après plusieurs arrêts semblables. Pour autant, ces derniers ne font pas autorité s'ils contreviennent aux principes retenus par la majorité des cours. Il faut, en quelque sorte, qu'une large majorité de juridictions se rallie à une

¹⁵ L. SOULA, « Les recueils d'arrêts des cours d'appel, miroirs de la formation et de l'évolution de la jurisprudence au XIX^e siècle », dans *Théorie et pratique du droit – Études offertes à Michel Vidal*, Bordeaux, 2010, p. 1004.

¹⁶ En 1842, par exemple, le nombre moyen de pourvois formés contre les arrêts des cours royales est de 44 pour 1 000. Il était de 43 pour 1 000 en 1840, et de 49 sur 1 000 en 1841.

¹⁷ Toutefois, la Cour de cassation n'a cessé de les étendre de façon prétorienne. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1996, n° 26 p. 53.

¹⁸ M. TROPLONG écrit que « les variations de la Cour de cassation sont si fréquentes (et quels sont, au surplus, les jurisconsultes qui n'ont pas variés !) qu'il est bien difficile d'arriver, par son concours, à l'unité en jurisprudence. » *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code. De la prescription*, Bruxelles, 1836, n° 326, p. 188.

¹⁹ Dans son étude de la jurisprudence criminelle de la Cour de cassation, C. BOUGLÉ constate également la résistance des cours souveraines à l'encontre de la jurisprudence développée par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Elle évoque des « faisceaux de résistance [des cours d'appel], provoquant des cassations en cascade, favorisant la résistance entre elles, non sans s'apparenter à la lutte des classes ». *La Cour de cassation et le code pénal de 1810, Le principe de légalité à l'épreuve de la jurisprudence (1811-1863)*, thèse dactylographiée, 2002, t. 2, p. 575, 602 et s.

solution pour que les dissidentes finissent par baisser pavillon. D'où l'absence d'unité de la jurisprudence, fréquemment déplorée dans les écrits jusqu'aux années 1870. En outre, l'attachement aux faits plutôt qu'au droit est un facteur potentiel supplémentaire de division entre les cours. Il peut conduire le juge à « motiver [son] arrêt sur les circonstances de la cause, afin d'éviter plus tard la cassation qui ne [peut] procéder que de la violation de la loi²⁰. » La Cour de cassation n'est pas en principe juge du fait, mais dans un contexte de lutte de pouvoir entre juridictions du fond et juridiction suprême, la distinction du fait et du droit présente « une complexité insoluble » et se trouve « au centre d'une lutte plus ou moins ouverte²¹ ».

Les partisans de la « restauration » de l'autorité de la Cour de cassation mènent rapidement campagne contre la loi de 1828. Dès 1834, le procureur général Dupin œuvre pour que l'on attribue à la Cour de cassation ce qu'il appelle « le verdict en point de droit²² ». La haute assemblée ne peut trouver meilleur défenseur, puisqu'il est également député. La réforme est donc envisagée en 1835, puis mise en œuvre avec la loi du 1^{er} avril 1837 ; elle ne parle pas de l'interprétation des lois, mais consacre « la suprématie hiérarchique » de la Cour de cassation dans le système judiciaire pour « uniformiser la jurisprudence et empêcher que ce qui est défendu dans un département ne fût autorisé dans l'autre²³ ». Désormais, le second pourvoi est jugé toutes chambres réunies et la cour d'appel de renvoi doit se conformer à son interprétation.

L'on mesure, à travers les propos de Dupin, la façon dont la Cour de cassation a déjà diminué le référé législatif et atténué la portée des arrêts des cours souveraines sous l'empire de la loi de 1828. Au second pourvoi, cette dernière impose en effet à la Cour de référer au gouvernement pour l'interprétation de la loi. Le pouvoir exécutif doit alors proposer cette

²⁰ A.-M.-J.-J. DUPIN, *Souvenirs du barreau*, Paris, 1855, t. I, p. 10.

²¹ L'examen des faits est un champ que la Cour de cassation tente de conquérir « au moyen d'un instrument d'expansion efficace : le raisonnement comparatif ». L. MONTAZEL, *Entre fait et droit : histoire d'un pouvoir judiciaire : les techniques de la cassation civile en France et en Allemagne au XIX^e siècle*, Frankfurt am Main, 1998, p. 8, 21 et s.

²² Dans son discours de rentrée de 1834, il exprime le désir que l'on attribue la suprématie à la Cour de cassation avec obligation aux cours de renvoi de se conformer à son interprétation après une deuxième cassation pour parvenir à une jurisprudence uniforme. M. ORTOLAN, *Notice biographique sur M. Dupin*, Paris, 1840, p. 245 et s.

²³ *Débats parlementaires*, 25 janvier 1837, Exposé des motifs par le ministre de la justice Persil.

Les difficiles relations entre les cours d'appel et la Cour de cassation

interprétation aux chambres dans la session législative qui suit le référé²⁴. Dans un réquisitoire célébrant la loi du 1^{er} avril 1837, Dupin précise que la Cour avait, de sa propre initiative, modifié l'intitulé « pour le référé législatif » en ajoutant à sa suite « s'il y a lieu » car fréquemment, au lieu de résulter d'une « obscurité invincible de la loi », la seconde cassation « était le produit d'une évidence telle qu'on s'étonnait des doutes précédents ». Dupin expose ensuite, statistiques à l'appui, les faits qui ont suivi les doubles cassations entre 1828 et 1837. Sur 49 affaires opposant les cours d'appel à la Cour de cassation, 29 arrêts des Cours de renvoi sont conformes à la jurisprudence de la Cour de cassation, 20 sont contraires. Voilà, assène-t-il, la proportion de la destruction de l'unité de la jurisprudence : 20 sur 29, c'est-à-dire « les deux cinquièmes²⁵ ».

Il est difficile d'évaluer l'accueil réservé par les cours d'appel au projet de la loi du 1^{er} avril 1837, car le rapport publiant la synthèse de leurs observations ne fournit que des extraits des opinions émises²⁶ ; mais le peu de commentaires rend ce rapport suspect de vouloir minimiser les oppositions les plus vives au projet²⁷. La volonté d'accréditer un large consensus à la réforme de 1837 n'est guère inattendue, puisque l'idée de soustraire l'interprétation de la loi au législateur demeure contestée.

La loi de 1837 poursuit donc l'objectif de restituer à la Cour de cassation la suprématie hiérarchique au sein de l'ordre judiciaire, afin d'uniformiser la jurisprudence. Il subsiste toutefois un écart significatif entre la législation relative à l'interprétation des lois et ce que révèle la pratique judiciaire. En laissant ouverte la discussion entre les cours d'appel et la Cour de cassation jusqu'au second pourvoi en cassation, la loi de 1837 permet la résistance des

²⁴ Sur 80 arrêts ordonnant le référé de 1828 à 1837, Dupin précise qu'« il n'y a eu que 4 projets portés devant les chambres et que, de ces propositions, 2 ont donné lieu à des lois nouvelles, 2 ont été rejetées et aucune n'a pu passer sous la forme d'interprétation ». A.-A. CARETTE, *Lois annotées 1831-1844*, Paris, 1845, vol. 1, p. 349.

²⁵ A.-M.-J.-J. DUPIN, *Réquisitoires, plaidoyers, et discours de rentrée*, Paris, 1842, t. 4, p. 159.

²⁶ *Analyse des observations de la Cour de cassation et des cours royales sur le projet de loi relatif à l'organisation judiciaire*, Paris, 1836.

²⁷ Cette observation se confirme en lisant les propos de DUPIN, qui affirme que le projet a été accueilli « par l'avis favorable de presque toutes les cours royales (*Ibid.*) », ce qui inexact puisque six d'entre elles « ont jugé qu'il y avait quelque chose d'inconstitutionnel dans cette espèce de communication de puissance législative à la Cour de cassation et que c'était leur enlever le libre arbitre et l'indépendance que de les obliger à appliquer aveuglément ce que la Cour de cassation aurait jugé. » *Débats parlementaires*, 25 janvier 1837, p. 235.

juridictions du fond, et c'est cette voie qu'elles empruntent naturellement pour maintenir leur interprétation lorsqu'elle s'oppose à celle de la Cour suprême. A une époque où le nombre moyen de pourvois formés contre leurs arrêts se situe entre quarante et cinquante pour mille et où les seconds pourvois permettant la saisine des chambres réunies sont rarissimes, le temps des controverses atteint sinon une ampleur inégalée, du moins une publicité accrue en raison du développement exponentiel de la littérature juridique.

II - Les conséquences : le bal des controverses

En 1858, Pont, conseiller à la cour de Paris, affirme que l'esprit du temps est voué à la controverse, qui est « un élément presque nécessaire du droit²⁸ ». Elle n'oppose pas seulement les juridictions, mais aussi la doctrine qui se mêle aux discussions, prend partie et développe abondamment son opinion dans les revues. Les mots qu'elle emploie pour rendre compte des divergences sont parfois durs, violents : les termes « lutte », « combat », « résistance », « hérésie » sont significatifs des rapports de force qui se nouent sur la scène judiciaire.

La très longue durée de certaines controverses et la multitude des décisions contraires, parmi lesquelles se mêlent fréquemment plusieurs arrêts de cassation, résultent du refus des cours d'appel de se plier à la jurisprudence de la chambre des requêtes et de la chambre civile de la Cour de cassation. En effet, la Cour ne régule pas –ou difficilement– l'interprétation judiciaire lorsqu'il y a conflit aigu, car les cours refusent de la suivre tant que sa jurisprudence n'est pas confirmée par les chambres réunies. Or, nous avons vu que ces dernières sont très rarement saisies – deux pourvois entre les mêmes parties, fondés sur les mêmes moyens, sont nécessaires– et de longues décennies s'écoulent fréquemment avant qu'elles puissent se prononcer.

Ainsi par exemple, la controverse relative à l'application de l'article 299 à la séparation de corps dure quarante ans avant qu'un arrêt solennel, désavouant les décisions de la chambre civile et les conclusions de Dupin,

²⁸ P. PONT, « Bulletin bibliographique », *Revue pratique de droit français*, 1860, p. 107 et s. Il est vrai que Pont est l'ami et le continuateur de l'œuvre de Marcadé, qui pratique « le caractère systématique de la controverse ». N. HAKIM, « Marcadé Victor-Napoléon », dans P. ARABEYRE, J.-L. HALPERIN, J. KRYNEN, *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*, 2007, p. 537.

Les difficiles relations entre les cours d'appel et la Cour de cassation

fixe la jurisprudence²⁹. Pour autant, la cour de Douai maintient son interprétation dissidente jusqu'en 1855.

Le droit de l'héritier renonçant à la succession de cumuler sa part de réserve et la quotité disponible oppose les juridictions plus longtemps encore, et ce, malgré un grand nombre d'arrêts de la chambre civile statuant dans le même sens³⁰. En 1854, Valette, professeur à la faculté de Paris, constate que neuf années se sont écoulées depuis qu'il a dressé le tableau abrégé des revirements et des contradictions de la jurisprudence sur ce point, mais rien n'a changé depuis : « La Cour de cassation marche dans un sens ; la majorité des cours suit une autre voie, et semble de moins en moins vouloir se rallier à l'autorité de celle qu'on appelle Cour suprême ou régulatrice³¹. » Demolombe relève, en 1862, que si certaines cours impériales se sont résignées, d'autres, « en grand nombre aussi, continuent d'y résister³² ». Mais « la lutte » n'est pas finie, puisqu'aucun arrêt des chambres réunies n'est intervenu. Quant à la doctrine, Demolombe est formel : « Ses protestations contre le système du cumul ont toujours été des plus énergiques.³³ » Le conflit, entamé dès la promulgation du code civil, ne

²⁹ L'arrêt des chambres réunies du 23 mai 1845 a été rendu après un délibéré de deux jours. *Journal du Palais*, 1866, vol. 10, p. 11.

³⁰ Les divergences portent sur la question de déterminer si l'enfant donataire en avancement d'hoirie qui renonce à la succession pour s'en tenir à la donation qui lui a été faite peut retenir le don jusqu'à concurrence de la quotité disponible seule, ou peut cumuler sa réserve avec cette quotité. L'arrêt Larroque de Mons du 18 février 1816 –qui repousse le système du cumul de la réserve et de la quotité disponible– semble mettre un terme à la querelle qui opposait jusqu'alors les Cours royales et la Cour de cassation. Pour peu de temps cependant, parce que les questions relatives au calcul de la réserve et de la quotité disponible ainsi qu'à l'imputation des dons quand il y a des enfants renonçant suscitent par la suite une longue controverse ponctuée d'une multitude de décisions contraires. Après l'arrêt de 1816, les tribunaux des pays de droit écrit imaginent une théorie nouvelle –appelée imputation– pour contourner cette jurisprudence. Elle consiste à imputer le don de l'enfant renonçant d'abord sur la réserve, puis éventuellement sur la quotité disponible afin de laisser cette dernière intacte. Par la suite, les tribunaux vont encore plus loin dans le reniement de l'arrêt Larroque de Mons en admettant le cumul de la réserve et de la quotité disponible (ch. civ. cass. Arrêt Leproust du 17 mai 1843). Mais de nombreuses cours résistent à cette jurisprudence et l'arrêt des chambres réunies du 27 novembre 1863 leur donne raison.

³¹ VALETTE, *Répertoire périodique de l'enregistrement*, Paris, 1854, t. 1^{er}, p. 387.

³² C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon. Traité des donations entre-vifs*, vol. 2, Paris, 1862, p. 82.

³³ *Ibid.* La même observation est formulée dans le *Répertoire périodique de l'enregistrement*, Paris, 1854, t. 1^{er}, p. 387. DEMANTE, professeur à la faculté de

trouve une issue qu'en 1863, ici encore par une décision des chambres réunies qui désavoue la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation³⁴.

De même, les divergences sur la question de décider si l'enfant naturel reconnu peut être adopté par son père ou par sa mère, apparues après l'entrée en vigueur du code, n'ont toujours pas cessé en 1862. La controverse, qui semblait « expirante³⁵ » en 1840, a repris avec plus de vivacité que jamais depuis que la Cour de cassation s'est prononcée. La chambre civile change en effet trois fois d'opinion entre 1840 et 1846³⁶. Demolombe déplore cette instabilité, surtout venant d'une Cour dont « la haute mission est précisément de fonder et de maintenir l'unité, la fixité de notre jurisprudence ». Après de telles oscillations, précise-t-il, seul un arrêt solennel des chambres réunies pourrait donner « les garanties d'une jurisprudence désormais irréfragables³⁷ ». Sur cette question difficile, les jurisconsultes eux-mêmes sont perplexes. Merlin a changé trois fois d'opinion, Grenier et Toullier ont d'abord enseigné que cette adoption était défendue, puisqu'elle était permise.

La matière des testaments fait également l'objet de nombreuses discussions, dont l'une, en 1851, partage depuis 45 ans « en deux corps presque égaux les auteurs et les arrêts³⁸ » : à qui incombe la charge de la vérification d'écriture d'un testament olographe instituant un légataire

Toulouse, fait exception. En défendant la jurisprudence de la Cour de cassation, il prétend se mettre en « contradiction flagrante, en droit et en fait, avec tous les auteurs qui ont abordé ce sujet depuis bientôt dix ans ». *Revue critique de la jurisprudence*, 1852, p. 81.

³⁴ Ch. réunies, arrêt Lavialle, 27 novembre 1863. La chambre civile, la chambre des requêtes et les cours d'appel ont jusqu'alors tergiversé et donné matière, d'après Sirey, « à des travaux tels qu'aucun autre problème juridique n'en a suscité de pareils. » S. 63.1.513. Également sur cette question, C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, vol. 2, 1862, p. 156.

³⁵ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. VI, Paris, 1854, p. 30 et s.

³⁶ La chambre civile permet l'adoption dans un arrêt qui a valeur de principe en 1841 (P.41.1.273), se rétracte et l'interdit en 1843 (S.43.1.177), puis à la suite de trois pourvois formés simultanément contre les décisions des Cours d'Angers, de Dijon et de Montpellier, l'admet à nouveau par deux arrêts du 1^{er} avril 1846 (S 46.1.273). K.-S. ZACHARIAE, *Le droit civil français annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon par G. MASSE et Ch. VERGE*, t. 1, Paris, 1854, p. 346. Également, H.F. RIVIERE, *Revue doctrinale des variations et des progrès de la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris, 1862, p. 206.

³⁷ C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, 1854.

³⁸ MARCADÉ, « Examen doctrinal des principaux arrêts rapportés par les recueils dans les cahiers de janvier 1852 », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1853, p. 329.

Les difficiles relations entre les cours d'appel et la Cour de cassation

universel dans le cas où, en l'absence d'héritier réservataire, l'héritier prétend qu'il n'est pas écrit par son auteur ? Ici encore, la Cour de cassation –qui impose la charge de la vérification à l'héritier– est contredite par la majorité des cours d'appel.

L'inaliénabilité de la dot, la détermination de la quotité disponible entre époux, les partages d'ascendants, les formalités substantielles relatives à l'inscription hypothécaire³⁹, l'étendue du droit d'action du ministère public⁴⁰ et bien d'autres questions encore donnent également matière à une multitude d'arrêts contradictoires. Les controverses les plus vives se développent surtout dans les domaines du droit de la famille et des biens, et tiennent à la volonté des magistrats de maintenir leurs traditions juridiques lorsque les dispositions du code leur portent atteinte⁴¹. Cela n'est guère surprenant puisque, dans de nombreux domaines, c'est en prenant pour guide l'ancien droit qu'ils interprètent le nouveau⁴². A partir de 1850, toutefois, les divergences d'interprétations naissent aussi à propos des lois récentes ou encore de l'application de la législation existante à des faits nouveaux.

Dans ces controverses, certaines cours abandonnent parfois leur position pour se conformer à une jurisprudence de la Cour de cassation qu'elles peuvent considérer comme établie ; mais elles n'hésitent pas à reprendre

³⁹ S. 63.1.73. Le 14 janvier 1863, les chambres réunies ont statué négativement, et contre la jurisprudence de la chambre civile sur la nullité de l'inscription hypothécaire à défaut d'élection de domicile par le créancier inscrivant, dans l'arrondissement de la situation des biens, lorsqu'il a son domicile réel dans cet arrondissement et que ce domicile est énoncé dans l'inscription.

⁴⁰ S. 60.2.247 et S. 64.2.101.

⁴¹ L. SOULA, « L'application du Code Napoléon en pays de droit écrit », *Revue historique de droit français et étranger*, n° 2, avril-juin 2009, p. 237-270 ; J. POUMARÈDE, « De la fin des coutumes à la survie des usages locaux », *Itinéraire(s) d'un historien du droit*, Toulouse, 2011, p. 19 et s. ; J. KRYNEN, *L'Etat de justice en France, XIII^e-XX^e siècle*, II, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, 2012, p. 187 et s. ; M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « Additionnel ou innovatif ? Débats et solutions des premières décennies de mise en œuvre du Code civil », *Droits*, 2005, p. 19-36.

⁴² L'arrêt Laviaille rendu par les chambres réunies et rapporté par Sirey en offre une illustration intéressante (63.1.513). Le conseiller rapporteur Faustin Hélie, de même que le procureur général Dupin exposent d'abord quelle était la nature de la légitime en droit romain et dans les pays de droit écrit, puis dans les pays coutumiers, rappellent ensuite la législation de l'époque intermédiaire, pour éclairer le sens des principes consacrés par le code. A l'aide de l'ancien droit, de la terminologie et de la combinaison des articles, ils recherchent quels choix ont guidé la pensée du législateur.

leur interprétation antérieure lorsqu'elles constatent que la discussion n'est pas épuisée et que d'autres cours persistent dans l'opinion qu'elles avaient d'abord soutenue. Seul l'arrêt des chambres réunies parvient à mettre un terme aux conflits aigus et il semble qu'il n'en faille qu'un sinon pour rallier les opinions, du moins pour faire cesser les dissidences. C'est pourquoi les auteurs l'appellent parfois de leurs vœux. Ils paraissent lui attribuer le pouvoir de fixer la jurisprudence, mais non de façon absolument certaine et immédiate. Cette position existe encore en 1851, comme on peut le déduire d'un commentaire de Demolombe sur plusieurs décisions relatives à l'article 299⁴³, intervenues après celle des chambres réunies du 23 mars 1845. L'auteur constate que le rapprochement de ces nouveaux arrêts atteste que « le triomphe » de la solution retenue « se consolide » et qu'il va « devenir bientôt sans doute général et définitif⁴⁴ ». La cour de Douai refuse encore de se rallier et celle de Caen, après avoir résisté, vient de se soumettre à la nouvelle interprétation au motif « qu'il convient, pour [...] mettre un terme [à la controverse], d'adopter le dernier état de la jurisprudence qui s'est définitivement prononcé pour la révocation⁴⁵ ». A cette occasion, Demolombe loue la sagesse de la cour d'appel : « C'est ainsi, c'est par ces grands et nobles exemples que les conflits judiciaires s'apaisent, que les discussions et aussi les procès ont un terme, et que la jurisprudence, enfin, s'établit dans l'intérêt de la bonne administration de la justice. » En 1863, en revanche, l'arrêt des chambres réunies « est considéré par tous » comme fixant définitivement les principes⁴⁶.

⁴³ Malgré divers arrêts contraires de la chambre civile de la Cour de cassation, la majorité des cours est favorable à l'application à la séparation de corps de la disposition de l'article 299 révoquant de plein droit les avantages nuptiaux faits par son conjoint à l'époux contre lequel le divorce est prononcé. Dans un « célèbre arrêt du 23 mai 1845 », les chambres réunies désavouent la jurisprudence de la chambre civile. Par la suite, un annotateur constate que « la presque unanimité des cours d'appel a suivi la jurisprudence de la Cour de cassation » ce qui ne posait guère de difficulté, puisqu'elle s'est conformée à leur interprétation. *Journal de l'enregistrement du notariat et de jurisprudence pour le grand duché de Luxembourg*, 1854, II^c partie, p. 86.

⁴⁴ DEMOLOMBE, « Examen doctrinal », *Revue critique de la jurisprudence en matière civile, criminelle et commerciale*, 1851, p. 322.

⁴⁵ Caen, 18 mars 1849, *Ibid.*

⁴⁶ E. MOREAU, conseiller à la Cour impériale de Paris, « Des conflits de jurisprudence », *Gazette des tribunaux*, 4 février 1864.

Les difficiles relations entre les cours d'appel et la Cour de cassation

Les divergences d'interprétation entre la chambre des requêtes et la chambre civile⁴⁷, les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation, de même que la possibilité entrevue d'obtenir un arrêt des chambres réunies avivent les oppositions, car ils donnent espoir à ceux qui combattent sa doctrine de l'amener à modifier son jugement. Les examens doctrinaux des arrêts font apparaître un esprit critique, combatif même, des professeurs et avocats pour tenter de faire triompher en justice l'interprétation qui leur semble devoir l'emporter. Toullier fait un devoir à tous les juges de ne pas suivre un arrêt, même rendu par la Cour de cassation, lorsqu'ils le croient contraire à la loi⁴⁸. Il défend également l'idée –alors répandue– que la Cour de cassation ne doit intervenir que lorsque l'intérêt supérieur est en jeu, c'est-à-dire quand il y a offense de « la majesté des lois par une violation ouverte de leurs dispositions ». Marcadé, dans une controverse relative aux testaments, incite les cours d'appel à soutenir « jusqu'au bout l'énergique et consciencieuse résistance qu'elles ont opposée jusqu'ici » et à persévérer « dans cette indépendance qui fait leur gloire », prédisant qu'ainsi elles verront « tôt ou tard la Cour de cassation revenir à elle sur cette question comme elles l'ont vue revenir, le 23 mai 1845 [...] sur la fameuse question de la révocation des donations entre époux à son conjoint par la séparation de corps⁴⁹ ». Demante s'adresse en 1852 à « tous ceux qui déplorent l'hérésie de la Cour suprême » et leur conseille de conserver « peu d'espoir dans leur appel au futur concile des chambres réunies⁵⁰ ».

A partir des années 1850, la jurisprudence est pourtant célébrée comme une source fondamentale du droit. Dans un article où il lui rend un vibrant hommage, le conseiller Sacase concède cependant qu'il y a un abus de la liberté de controverse, « notamment au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation » à laquelle on dispute trop son domaine, « dénonçant comme une usurpation ce qui n'est, après tout, qu'une légitime conquête ». Tout à son dithyrambe, Sacase évoque des « oscillations fécondes, dont l'harmonie est le terme et le but que se fonde la jurisprudence⁵¹ ». En

⁴⁷ E. REVERCHON, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien maître des requêtes au Conseil d'État, « De la chambre des requêtes de la Cour de cassation », *Revue pratique de droit français*, 1861, p. 308 et s.

⁴⁸ TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre des codes*, Bruxelles, 1838, t. 7, p. 50.

⁴⁹ MARCADÉ, *Revue critique de la jurisprudence civile*, 1852, p. 330.

⁵⁰ DEMANTE, *Ibid.*, 1852, vol. 2, p. 156.

⁵¹ SACASE, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. 6, 1855, p. 86. Dans cet article, ce conseiller à la cour impériale de Toulouse attribue à la jurisprudence la supériorité « sur toutes les branches de l'interprétation juridique »

réponse à cet article, Ancelot, avocat général à Riom, nie catégoriquement « la suprématie de la jurisprudence sur toutes les branches rivales de l'interprétation juridique » parce qu'elle apparaît « comme un chaos fait pour donner le vertige à celui qui l'interroge et le pousser au scepticisme ». Il affirme hautement que le juge qui la prend pour boussole « se perdra dans cet abîme, et sera en proie à la plus cruelle indécision⁵² ». En 1848, déjà, Chassan, avocat général à la cour de Rouen, faisait remarquer que l'indépendance des tribunaux les uns à l'égard des autres engendrait une déplorable anarchie⁵³. Si l'on suit en effet dans le détail quelques-unes de ces controverses, on imagine aisément le désarroi, le vertige qui pouvaient saisir le légiste confronté aux méandres des arrêts contraires. Et ce, d'autant plus que la solution retenue à l'issue d'une lutte laissait subsister ou faisait naître d'autres questions, tout aussi difficiles à trancher⁵⁴.

En 1856, Rousset, ancien magistrat, s'interroge en paraphrasant Voltaire : « Ne pourrait-on pas dire aujourd'hui qu'on change de jurisprudence à chaque station de chemin de fer, et que, suivant les temps et les lieux, les cas et les espèces, la loi est aussi diversement entendue que

et notamment sur la doctrine. Avec le temps, dit-il, les écrits des plus grands jurisconsultes vieillissent et présentent un décalage avec les besoins juridiques alors que la jurisprudence maintient « un perpétuel accord entre la loi immuable et des besoins qui se renouvellent et elle fait de la sorte, par le ressort continu de son activité, pénétrer sans cesse l'esprit social dans la législation. Il ajoute qu'elle entre « en communauté avec le législateur lui-même » et partage ainsi, « dans une certaine limite, sa puissance créatrice (p. 84) ».

⁵² ANCELOT, « Quelques réflexions sur la doctrine et la jurisprudence comparées », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. 6, 1855, p. 191 et s. Il assigne le premier rang à la doctrine, qui seule peut passer les arrêts « au creuset d'une critique approfondie » et en tirer les principes.

⁵³ CHASSAN, *Gazette des tribunaux*, 13 mai 1848.

⁵⁴ Après que les chambres réunies ont admis que l'article 299 révoquant les avantages entre époux sont applicables aux séparations de corps, survient une autre question « des plus délicates et des plus importantes » : celle du sort des aliénations ou concessions de droits réels que l'époux donataire, contre qui plus tard la séparation de corps serait prononcée, aurait pu consentir sur les immeubles à lui donnés par son conjoint (P. 1866.12). De même, après le fameux arrêt Larroque de Mons, une multitude de problèmes relatifs à la réserve et à la quotité disponible continuent à diviser les juridictions. Celui qui donne matière au plus grand nombre d'arrêts et écrits est bien sûr la question du cumul de la réserve et de la quotité disponible au profit de l'enfant renonçant à la succession, jusqu'à ce qu'il soit tranché par les chambres réunies.

Les difficiles relations entre les cours d'appel et la Cour de cassation

diversement appliquée ?⁵⁵ » En présence d'une Cour que tous les juristes appellent « régulatrice », la remarque ne manque pas de piquant.

Mais l'affirmation la plus significative de l'absence d'autorité absolue des arrêts de la Cour de cassation auprès des cours souveraines est certainement celle de l'avocat Rivière. Dans un ouvrage paru en 1862, celui-ci constate les critiques adressées à la Cour en raison de ses variations de jurisprudence et veut démontrer que c'est à tort, parce qu'un « assez grand nombre de revirements ou de contradictions n'ont jamais existé que dans l'opinion de ceux qui interprèt[ent] » ses décisions⁵⁶. Il est très favorable à la Cour de cassation mais lorsqu'il pose ouvertement la question de savoir quelle jurisprudence doit l'emporter en cas de divergence entre cette dernière et les cours d'appel, il assure qu'« il n'est guère possible de répondre d'une manière précise et catégorique à cette question. Les tribunaux, le plus souvent, préféreront les décisions de la Cour régulatrice. Toutefois, ils peuvent très bien aussi se conformer à la jurisprudence des cours impériales si elle leur paraît plus juridique » et plus conforme à leur conviction. A plus forte raison, ajoute-t-il, que la Cour « n'a jamais hésité à revenir sur ses précédentes décisions » face à la persistance des cours d'appel à statuer dans un sens opposé⁵⁷.

Nombreux sont ceux qui déplorent l'absence d'unité de la jurisprudence et accusent la Cour de manquer à sa mission régulatrice. A partir des années 1840, trois critiques sont principalement adressées à la Cour de Cassation. Alors qu'elle forme la « clé de voûte » de l'organisation judiciaire, elle ne parvient pas à s'imposer dans les controverses, opère des revirements de jurisprudence et élude « trop souvent » les solutions doctrinales « en se rattachant à des moyens secondaires, pour éviter de se prononcer sur le fond même de la difficulté ». En dressant ce constat, Wolowski concède que « cette réserve provient souvent d'un doute consciencieux », mais il blâme ces hésitations parce qu'en évitant de trancher nettement les conflits, « la Cour régulatrice devient infidèle à ce nom, [...] elle perpétue les incertitudes et donne un triste aliment à l'esprit de chicane⁵⁸ ». Cette critique est relayée

⁵⁵ *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1856, p. 354.

⁵⁶ H.-F. RIVIERE, futur avocat général à la Cour de cassation, *op. cit.*, avant-propos, p. VIII.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 74 et 75.

⁵⁸ L. WOLOWSKI, « Statistique de la justice civile et commerciale pour 1842 », *Revue de législation et de jurisprudence*, 1844, p. 563.

en 1857 par Raymond Bordeaux, dont l'ouvrage est couronné par la classe des sciences morales et politiques de l'Institut⁵⁹.

Face à l'incertitude de la jurisprudence, certains proposent des réformes. La suppression de la chambre des requêtes de la Cour de cassation, accusée de se mettre en contradiction avec la chambre civile, est réclamée dès 1834 et fait l'objet de divers projets de loi⁶⁰. Tout arrêt civil qui fait l'objet d'un pourvoi est en effet d'abord soumis à la chambre des requêtes, qui décide s'il y a lieu de l'admettre ou de le rejeter. S'il est reçu, il est alors soumis à la chambre civile qui, à son tour, rejette ou casse le pourvoi. Les détracteurs de la chambre des requêtes émettent de nombreuses critiques à son encontre et proposent de la remplacer par une seconde chambre civile. Ils lui reprochent d'excéder sa mission –examiner le sérieux et le bien-fondé des recours– et de développer « un pouvoir absolu et envahissant⁶¹ » en statuant sur des

⁵⁹ R. BORDEAUX, *Philosophie de la procédure civile, Mémoire sur la réformation de la justice*, Évreux, 1857, p. 253.

⁶⁰ La loi des 27 novembre et 1^{er} décembre 1790 portant création du Tribunal de cassation crée un bureau des requêtes, composé de magistrats désignés tous les six mois au sein du Tribunal, pour décider si les requêtes en cassation doivent être soumises à la section civile ou rejetées. En l'an VIII, la section des requêtes est permanente et ses jugements doivent être motivés. En 1835, sa suppression est abordée à la chambre après la présentation du projet de loi sur l'organisation de la justice par le ministre Persil. La question fait à nouveau l'objet d'études approfondies en 1848 et une commission conclut à la nécessité de la remplacer par une seconde chambre civile. WALDECK-ROUSSEAU et VALETTE, lors des débats à la chambre, appuient vivement cette proposition mais elle est rejetée après les interventions très convaincantes de plusieurs députés et de Dupin en faveur de son maintien. Ce dernier soutient notamment que loin d'être despotique, la chambre des requêtes remplit sa mission en empêchant l'affluence excessive des pourvois. Sur 600 pourvois formés en moyenne par an, elle arrête « les deux tiers des procès, sans dommage pour le public, et au grand avantage des parties qui, sans elle, seraient dans tous les cas obligées de défendre aux demandes en cassation ». *Débats parlementaires*, 3 février 1849, p. 647.

⁶¹ WALDECK-ROUSSEAU, *Ibid.* Dans un article critique paru en 1861, E. REVERCHON, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien maître des requêtes au Conseil d'État, parvient au même constat, *op. cit.*, p. 308 et s. En 1866, il répète que la chambre des requêtes excède sa mission, et confirme l'opinion qu'il a émise en 1861, à l'exception « de la conclusion trop réservée ». « Question nouvelle sur l'application de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII », *Revue pratique de droit français*, 1866, p. 65 et s. Rivière, en revanche, est favorable au maintien de cette chambre (*op. cit.*, p. 43 et s.). Il admet qu'elle a une jurisprudence, mais elle n'est pas, selon lui, rivale de celle de la chambre civile « parce qu'elle ne prononce pas contradictoirement [elle ne prononce que des arrêts de rejet ou d'admission, non de cassation]. La chambre des requêtes sait à merveille que c'est la

Les difficiles relations entre les cours d'appel et la Cour de cassation

questions neuves et controversées au lieu de les transmettre à la chambre civile. Composée de magistrats de même rang et de même niveau que ceux des autres chambres, elle a sa propre doctrine et rejette tous les pourvois qui y sont conformes⁶². Des conflits d'interprétation opposent donc les deux chambres, qui détruisent l'unité de la jurisprudence et portent atteinte à l'autorité de la Cour. En outre, la chambre n'est pas toujours un modèle à suivre pour garantir l'autorité des chambres réunies. Au cours de la décennie 1860-1870, une controverse très vive l'oppose à la chambre civile à propos du montant des droits proportionnels applicable aux cessions d'actions ou aux parts d'intérêt dans les sociétés. Un arrêt solennel du 29 décembre 1868 donne raison à la chambre civile qui fait par la suite plusieurs applications conformes de ce tarif. Mais la chambre des requêtes, « cédant sans doute à l'impression de sa jurisprudence ancienne, [tente] de réagir contre l'interprétation extensive des chambres réunies⁶³ ». Elle continue d'appliquer des droits plus élevés en distinguant selon les divers modes de cession. En dépit des critiques qu'elle suscite, la chambre des requêtes subsiste jusqu'en 1947.

En 1848, Dufour réclame l'attribution au Conseil d'Etat –où il est avocat– du droit de fixer le sens des lois par voie d'actes interprétatifs, pour mettre un terme aux fluctuations de la jurisprudence que la Cour de cassation ne parvient pas à réguler. Outre l'absence de fixité des doctrines de la Cour de cassation –« on n'a point encore oublié ses variations sur la question de l'adoption de l'enfant naturel »–, il déplore le peu d'ascendant qu'elle exerce sur les cours d'appel : « Plus une question est grave par les intérêts auxquels elle touche [...] et moins la Cour de cassation a d'autorité et de force pour mettre un frein à la multiplicité des procès et à la diversité

chambre civile d'abord, et ensuite les chambres réunies qui sont appelées à fixer la jurisprudence. »

⁶² La composition immuable de la chambre des requêtes est mise en avant pour expliquer qu'en l'absence de roulement, les magistrats qui y siègent développent leur propre jurisprudence. A la Chambre des députés, WALDECK-ROUSSEAU l'accuse de s'être « fait pouvoir principal » : elle « est maîtresse, par un arrêt d'admission, de laisser une question arriver à l'étude contradictoire et solennelle de l'audience ; par un arrêt de rejet, de la repousser, et de faire que l'arrêt de la cour d'appel rende fixe, d'une manière positive et complète, la jurisprudence sur le point qu'il a touché. » En outre, son intervention rallonge considérablement les délais pour obtenir un arrêt de la Cour de cassation. *Débats parlementaires*, 3 février 1849, p. 644.

⁶³ S. 71.1.245.

des jugements, et moins elle répond au but de son institution qui est de maintenir cette unité et cette fixité de la jurisprudence⁶⁴. »

En 1864, Moreau, conseiller à la cour de Paris, constate que seule la décision des chambres réunies « est assez puissante pour faire cesser le conflit de jurisprudence entre la chambre civile et les cours impériales⁶⁵ ». Il ne blâme pas la persévérance des juridictions dans la résistance –lui-même est conseiller– car, « fondée sur les plus fermes convictions », elle a souvent triomphé et parce que « l'on a vu, la plupart du temps, les chambres réunies se prononcer contre la doctrine de la chambre civile ». Mais en attendant l'arrêt solennel, « dont l'occasion peut varier indéfiniment », les justiciables souffrent de l'antagonisme des arrêts. « Il y a donc un intérêt public des plus graves » à lever les obstacles qui empêchent les chambres réunies de se prononcer lorsqu'une question divise les tribunaux⁶⁶. Les conditions du recours prévues par la loi du 1^{er} avril 1837 sont la cause de la très longue durée des divisions, ainsi que des incertitudes des justiciables. Moreau propose donc, lorsqu'il y a dissentiment sur une question de droit entre un arrêt rendu par l'une des chambres de la Cour et plusieurs arrêts de cours impériales, de soumettre cette question au jugement des chambres réunies dès qu'un nouveau pourvoi est formé, « même entre parties différentes ». Dans cette hypothèse, affirme-t-il en citant des exemples, au lieu de la multiplication des arrêts contradictoires, l'uniformité de jurisprudence eût commencé à s'établir 18 ou 20 ans plus tôt.

*

* *

Démentant l'annonce triomphale du procureur général Dupin, la loi du 1^{er} avril 1837 est loin d'ouvrir une ère nouvelle pour la Cour de cassation quant à la pratique judiciaire. Son « autorité suprême » est contestée par les cours souveraines et elle ne parvient pas à unifier la jurisprudence lorsqu'il existe une controverse, sauf dans les cas extrêmes où un second pourvoi permet aux chambres réunies de se prononcer. Jusqu'à leur intervention, le dernier mot de la jurisprudence reste à dire et « l'opinion dissidente attend

⁶⁴ G. DUFOUR, « Du pouvoir exécutif », *Revue de législation et de jurisprudence (Wolowski)*, janvier-avril 1848, p. 344.

⁶⁵ E. MOREAU, *op. cit.*, 1864, p. 114. Il précise que les décisions émanées des chambres réunies « sont considérées par tous comme fixant définitivement les principes et que, désormais, la lutte n'est plus réputée possible sur le point de droit qui était en contestation alors que l'arrêt solennel est intervenu.

⁶⁶ Voir également la note d'arrêt approuvant ces propositions dans P. 1866.1.1051.

Les difficiles relations entre les cours d'appel et la Cour de cassation

la solution définitive pour s'imposer ou se soumettre, selon cette solution⁶⁷. » D'où l'amoncellement de décisions contraires, notamment dans les domaines où la famille et les intérêts patrimoniaux sont en cause.

Les variations de jurisprudence qui sont tant reprochées à la Cour de cassation nuancent l'appréciation d'une attitude impérialiste, notamment en ce qui concerne les arrêts des chambres réunies qui n'hésitent pas à consacrer la doctrine dissidente des cours d'appel. La chambre civile, en revanche, semble persister dans son interprétation même lorsqu'elle se heurte à des oppositions, tant en son sein que de la part des juridictions souveraines. Le conseiller Moreau, qui en fait le constat, justifie cette ténacité en avançant « qu'il est certainement préférable, s'il y a lieu à un changement de jurisprudence, que ce changement soit l'œuvre des chambres réunies⁶⁸ ». Il est cependant plus vraisemblable que la chambre civile soit guidée par une volonté persistante de « prise de pouvoir juridictionnel », comme le constate C. Bouglé à propos de la chambre criminelle⁶⁹. Les efforts et les progrès de la Cour pour imposer son autorité sont en effet certains, mais dans de nombreux cas, ils ne parviennent pas –ou très difficilement– à unifier l'interprétation. C'est pourquoi, lorsque l'analyse quitte son orbite pour s'étendre à la jurisprudence dans son ensemble, l'image d'une « babel judiciaire⁷⁰ » s'impose. L'étude de la jurisprudence civile « en action », telle qu'elle se forme et telle qu'elle pouvait apparaître aux praticiens jusqu'aux années 1870-1880, peut ainsi apporter un nouvel éclairage sur l'analyse de ses relations avec la doctrine, souvent abordée à partir du seul point de vue des auteurs. Ceux-ci, comme le constate avec raison le professeur Halpérin, ont longtemps été peu diserts sur l'idée de souveraineté de la Cour de cassation, mais ce ne peut être –tout au moins jusqu'à la dernière décennie du XIX^e siècle– en raison d'une « cécité » qui les aurait frappés⁷¹. Il est en

⁶⁷ E. MOREAU, *op. cit.*, 1864, p. 114.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ C. BOUGLÉ, *op. cit.*, p. 634 et s. Elle précise que la chambre criminelle a « plus de puissance que la chambre civile (p. 425) », mais il est probable que l'étude de la jurisprudence civile de la Cour de cassation conclue également à l'affirmation constante de sa prééminence et de son pouvoir sur l'ensemble des juridictions.

⁷⁰ C'est ainsi que le conseiller à la cour d'Orléans, LAFONTAINE, qualifie la jurisprudence en 1860. « D'une tendance de la jurisprudence dans l'application de la loi pénale », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1860, p. 164.

⁷¹ Dans cet article, qui met en lumière les fortes réticences de la doctrine à reconnaître le pouvoir souverain de la Cour de cassation, J.-L. HALPÉRIN écrit à propos des auteurs de la première moitié du XIX^e siècle : « ils n'apercevaient pas la place de premier plan conquise par la Cour de cassation dans la formation du droit du fait de sa jurisprudence innovante et de l'abstention d'un législateur empreint de

effet inconcevable qu'ils aient pu célébrer le pouvoir supérieur d'une Cour dont la suprématie était contestée au sein même de l'ordre judiciaire⁷².

Quand la jurisprudence quitte-t-elle le chaos pour retrouver la voie de l'unité ? Il est bien sûr impossible d'avancer une date précise, mais le temps des controverses semble apaisé en 1882, tout au moins à propos des matières contenues dans le premier livre du code civil, qui généraient les luttes les plus vives. En comparant les questions juridiques « autrefois agitées avec ardeur devant les tribunaux et celles dont ils sont actuellement saisis », Labbé se déclare « frappé d'un changement qui atteste l'action bienfaisante de la Cour régulatrice ». Toute difficulté nouvelle ranime certes la controverse, mais « on ne tourne pas dans un cercle, on progresse » car les difficultés rencontrées par la pratique « ont des aspects moins larges ; elles ont pour objet de déduire, de principes acceptés, des conséquences plus fines et plus ténues⁷³ ». Les examens doctrinaux de la jurisprudence civile publiés dans les revues à la fin du XIX^e siècle confirment l'ascendant de la chambre civile⁷⁴. Et lorsqu'un plaideur allègue en 1906 qu'il est dans l'incertitude en raison des divergences entre les tribunaux, la cour d'appel lui répond que, « dans tous les cas », la controverse est « demeurée restreinte par la jurisprudence de la Cour de cassation⁷⁵ ». Celle-ci aura tout de même dû persévérer durant bien des décennies avant d'imposer sa suprématie.

respect pour la codification napoléonienne » ; « La souveraineté de la Cour de cassation : une idée longtemps contestée », dans O. CAYLA et M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Rouen, 2002, p. 151-163. Dans le même sens, J. KRYNEN, *op. cit.*, p. 194.

⁷² A l'exception de ceux qui officient au sein de la Cour de cassation ou se situent dans son orbite.

⁷³ J.-E. LABBÉ, « Examen doctrinal », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1883, p. 449 et s.

⁷⁴ On peut lire dans *La France judiciaire*, à propos d'un arrêt de la chambre civile du 11 décembre 1895, qu'il « mettra fin à la controverse qui s'était élevée entre les cours d'appel et entre les divers tribunaux sur la solution que comporte cette question ». *La France judiciaire*, 1896, 1^e partie, p. 13.

⁷⁵ Cour d'Alger, 7.03.1906. *La France judiciaire*, 1906, 2^e partie, p. 246.

SEPTIEME PARTIE
NOUVELLES DESUNIONS ?

**LES DESUNIONS DE LA MAGISTRATURE. VOIRE... LES JUGEURS
PASSES A LA MOULINETTE DE L'ASSIETTE AU BEURRE**

**par Philippe Delvit,
professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole (CTHDIP)**

Récemment, un magistrat s'interrogeait, la plume à la main, sur *La désunion française*¹.

De son côté, la société française s'interroge, ou s'est interrogée souvent sur le caractère propre de la magistrature. Un corps solennel, homogène, intimidant.

Le corps des juges ne sort pas indemne de ces interrogations (la magistrature a-t-elle d'ailleurs, comme le roi, deux corps ?). Ce corps est même très sollicité pendant ces rencontres académiques organisées autour des désunions de la magistrature. On parle de fractures : « Juges contre juges : Sur la naissance des désunions au XIX^e siècle », première demi-journée, et deuxième demi-journée, « Les formes de désunion au XX^e siècle ; des hostilités multiples : Juges contre juges : Magistrature et non professionnels ».

Bref y a-t-il une « unité de corps », thème évoqué à travers « l'épreuve » guettant ce même corps, celle de la concurrence des juridictions ?

Aux yeux d'hommes et de femmes du début du siècle dernier, à l'aube et dans cette Belle Époque qui ne le fut pas pour tous, la magistrature n'est en rien désunie. Elle apparaît au contraire comme une sorte de bloc offensif et défensif, sûr de sa supériorité, certain de la force acquise par l'esprit de corps, persuadé de l'impunité que procure ce dernier, assuré de tenir dans sa main la destinée du déviant qui ne se plie pas aux règles de la convenance sociale.

¹ Yvon OLLIVIER, *La désunion française. Essai sur l'altérité au sein de la République*, L'Harmattan, 2012. Y. O. est vice-procureur au TGI de Nantes. Sur l'histoire de la justice, parmi une foule de références, l'ouvrage très remarquable de Jean-Pierre ROYER, *Histoire de la justice en France*, PUF, Collection Droit fondamental, première édition 1995 (la dernière à ce jour en 2010). Les questions, mutations, difficultés d'être de la Justice actuelle y ont, aussi, leur place. Désunions de la magistrature...

Pour une frange militante, très engagée dans l'extrême gauche libertaire du début du siècle dernier, la magistrature est un bloc, pèle-mêle rejetée dans l'opprobre.

Le *magister* est le maître. La magistrature le pouvoir qu'il exerce. De la sorte, le pouvoir (ses administrateurs, ses auxiliaires ses valets ?), ses faire-valoir, sont condamnés par essence et par existence.

Ces hommes, ces femmes, sont dans la mouvance de l'anarcho-syndicalisme incarné par des plumes comme celles d'Émile Pouget, rédacteur inspiré du *Père Peinard*, pseudonyme choisi par lui, père spirituel d'une longue postérité². Ses quatre *Almanach du Père Peinard*, qu'il a réussi à porter dans des conditions de grandes difficultés, sont des morceaux d'anthologie, comme le sont aussi les hebdomadaires décorés du même titre. Les *Almanach*, pour le premier en 1894 au moment des « lois scélérates » de 1893-1894, pour le dernier en 1898, permettent d'embrasser l'esprit d'une époque³. On y retrouve la détestation de la magistrature, servile vassale des pouvoirs. Les « juges » sont voués aux gémonies. Comme le note Solange Vernois, « Loin d'être une simple question d'actualité, la Justice a déterminé la destinée du Père Peinard »⁴. Entendons par là que les poursuites, les entraves, la prison même, furent pour Émile Pouget des compagnons de plume fidèles.

Le Père Peinard ne se contente d'ailleurs pas d'écrire, il est acteur de la cause. La récupération individuelle, la « propagande par le fait », est l'un des articles de foi des « Anars ». Ces derniers s'en flattent, et comme lui le revendiquent. Une fraction des militants les plus décidés à faire d'abord la Révolution, ensuite la transformation de la société et de ses membres, respirent avec délice le parfum de l'action directe. Ravachol, « le Christ de

² Voir la bibliographie à lui consacrée par Xose Ulla QUIBEN, *Émile Pouget. La plume rouge et noire du « Père Peinard »*, Éditions Libertaires, 2006 (et article sur ledit livre dans *Le monde Diplomatique*, janvier 2007, p. 27, par Christophe PATILLON).

³ *Almanach du Père Peinard farci de galbeuses histoires et de prédictions épatarouflantes pour 1894*, an 102-Aux bureaux du Père Peinard, Paris, 58 pages (on citera seulement *Almanach*). Titres et paginations assez similaires pour les suivants (66 pages pour 1896 et 1898 ; 65 pages pour 1897).

⁴ Première phrase de la contribution de l'auteur dans son article « La justice dans les caricatures du Père Peinard », paru dans *RHEI, Revue d'histoire de l'enfance « irrégulière »*, Hors-série 2001, « Histoire et justice. Panorama de la recherche », p. 155-167.

Les désunions de la magistrature. Voire...

l'Anarchie », est un modèle et une référence, lui qui a donné sa vie à la cause, qui a « bombifié » les juges⁵.

Qu'est-ce donc que bombifier ? Un néologisme anarchiste (faut-il dire barbarisme, si l'on use de la langue académique avec le panache qui sied aux gens du prétoire ?). Émile Pouget dit : « Pour le nouvel an de 1889, à Leipzig, les juges albos se paient la tête des anarchos Reinsdorf et Kùchler, qui avaient essayé de bombifier le tyran Guillaume »⁶. On trouve le verbe bombifier avec une particulière fréquence au moment des « lois scélérates ».

L'affaire est dans le sac, comme l'on dit dans le langage judiciaire de jadis, aussi bien que la tête du condamné à mort guillotiné tombe dans le panier rempli de son.

Les « juges » et leurs acolytes, avocats carriéristes ; greffiers aux ordres ; jurés choisis pour leur appartenance à la bonne et vraie société ; gendarmes et policiers comme chiens de garde de l'Ordre, tous ces hommes sont vomis et détestés.

Juges

Émile Pouget écrit : « Le jour où la racaille jugeuse aura été rejoindre son emblème dans le fin fond du ciel, les mauvais instincts ne pourront pas germer, puisqu'on vivra en frangins, dans une société échenillée de dominateurs. »⁷ Chacun a compris que « l'emblème » est la Balance. Chacun sait qu'en argot la balance est d'abord celui qui trahit.

Les juges forment d'ailleurs une sorte d'Internationale, de l'Italie à l'Espagne, de la Russie à l'Allemagne. Il y a une Internationale des travailleurs... Il doit y avoir aussi une internationale des juges, totalement nocive, pèle-mêle magistrats, avocats, avoués, jurés : le Père Peinard en parle déjà dans son *Almanach*. Et pourquoi ? Pour une justice de classe :

⁵ François Koëningstein (1859-1892). Il bombifie en mars 1892 le domicile d'Edmond Benoît, président des assises au moment de l'affaire de Clichy -les heurts fort violents du 1^{er} mai 1891 au cours d'une manifestation entre Levallois-Perret et Clichy. Le jugement des manifestants interpellés a lieu en août. Jugements très sévères, l'avocat général Bulot apparaissant comme l'un des « juges » les plus inflexibles, et à ce titre visé par les bombes de Ravachol.

⁶ *Almanach*, 1894, notice illustrant les « Éphémérides de Nivôse an 102 », p. 6.

⁷ *Almanach* pour l'année 1894, p. 6, notice accompagnant vendémiaire (car le Père Peinard trouve le calendrier républicain à son goût, et le signe du zodiaque correspondant, la balance, « cette constellation est l'emblème des juges, il eût été plus logique de la baptiser *balançoire* », ajoute Émile Pouget.

« Les juges condamnent Pini pour avoir repris aux richards et attribué à la propagande une petite part des richesses volées au populo »⁸.

Avocats

Émile Pouget écrit : « A un avocat de Cherbourg qui guignait l'Aquarium, on demandait : Comment, vous qui gagnez 20 000 balles par an, vous lâchiez votre cabinet pour palper les 9 000 F des députés ? - Vous me prenez donc pour une tourte, répondit l'ambitieux. Un député intelligent ne se contente pas de 9 000F. »⁹

L'Aquarium est la Chambre, on l'a compris¹⁰. On a compris aussi que le député est une espèce aussi nocive que celle des juges

Policiers

Émile Pouget écrit : « Clément Duval est condamné à mort pour avoir exproprié le palais d'un richard, et avoir fait quelques boutonnières dans la sale peau du roussin Rossignol. N'osant le raccourcir, la gouvernance l'a expédié en Guyane »¹¹. La Guyane est la guillotine sèche, le lieu de relégation permettant en théorie, depuis les dispositions de 1852, de se débarrasser sans état d'âme des irrécupérables vomis par la société lorsqu'ils franchissent vivants le cap de leur condamnation¹².

⁸ *Almanach*, 1894, p. 10. Achille Vittorio Pini (1860-Guyane, 1903). Anarchiste italien, émigré en France en 1886. Il y poursuit et développe son activité. Arrêté en France sur dénonciation en 1889 après une opération qui a mal tourné en Italie. Condamné à vingt ans de bague, transporté en Guyane, il s'évade, mais sera repris après avoir été blessé dans la chasse à l'homme.

⁹ *Almanach*, 1894, p. 21, notice accompagnant le mois de thermidor. Au même moment, des discussions longues débouchent sur la fixation à 15 000 F de l'indemnité parlementaire. De là l'idée que les députés sont les « QM », Quinze Mille, soit presque dix fois le salaire annuel du « populo » dans les années 1890.

¹⁰ Très attesté dans l'argot du début du siècle dernier. Lien fait avec un bassin de la place Pigalle, où les maquereaux se regroupaient pour aller aux résultats des filles... Tout un programme.

¹¹ *Almanach* 1894, Nivôse an 102. Clément Duval (1850-1935). Acteur de l'expropriation révolutionnaire, il blesse un roussin (c'est-à-dire un policier) lors du cambriolage du 5 octobre 1886 dans une demeure parisienne. Arrêté (17 octobre) ; condamné à mort, peine commuée en transportation en Guyane. Il y connaît Vittorio Pini (cf *supra*). Finit par s'évader (1901). Réfugié aux USA grâce à l'entraide anarchiste, il y meurt.

¹² Guyane et Nouvelle-Calédonie dans un premier temps. Puis Guyane exclusivement, illustrée par la déportation du capitaine Dreyfus aux Îles du Salut, et par la transportation de dizaines de milliers de condamnés, destinés, s'ils ne

Les désunions de la magistrature. Voire...

« Ah ! Nom de Dieu, faut qu'ça change !
Soyons plus nerveux !
Et pour nous tirer de la fange
En attendant mieux
Gouvernants, patrons, jésuites,
Jugeurs, galonnards,
Bombardons-les de pommes cuites
Nous dit l'per' Peinard »(bis).

Extrait tiré de la complainte *Le Père Peinard-Chanson du popolo* (huitième couplet).

La messe est dite. Une vaste conspiration des gens de bien menace le « popolo », c'est-à-dire les bras qui font mouvoir les machines et les outils indispensables à la société.

La magistrature n'est pas désunie, mais au contraire bien unie dans ses intérêts de classe et la défense sans recul de ses privilèges. Les gens de justice sont aussi dangereux, petits et vils que les personnages issus du talent et de la plume d'Honoré Daumier cinquante ans plus tôt¹³.

Un hebdomadaire disparu il y a tout juste cent ans, enfant naturel du *Père Peinard*, traduit avec une verve sans pareille les méandres de la bonne conscience des magistrats.

Cet hebdomadaire est *L'Assiette au Beurre*¹⁴.

L'image du juge et de la justice. L'œil et la lettre. *L'Assiette au beurre*

De 1901 à 1912, le périodique tire à boulets rouges sur l'État ; le pouvoir et tous ses détenteurs ou aspirants, fussent-ils des partis politiques proches en apparence des idées de *L'Assiette*, comme les socialistes, régulièrement étrillés en image et en légendes. Le système politique représentatif tel qu'il fonctionne sous la III^e République ; les hommes d'argent ; bref : l'injustice

périssaient pas sous les coups des gardiens et les pathologies mal soignées, à finir leur existence sur place.

¹³ Honoré DAUMIER et « Les gens de justice », 38 lithographies parues dans le quotidien *Le Charivari*.

¹⁴ Excellent site très militant par ailleurs, www.assietteaubeurre.org. On ne saurait, dans cette contribution limitée par les règles de l'exercice, passer en revue toutes les caricatures relatives aux jugeurs, dans les dix ans de vie de *L'Assiette*. On a dépouillé complètement la première année, très riche, et pris dans les années suivantes au gré de l'inspiration. Le portrait du jugeur n'en sort pas grand...

sociale, politique, économique, est pointée du doigt, dénoncée avec vigueur¹⁵.

Le crayon et la verve de très nombreux collaborateurs, occasionnels ou non, assure à l'hebdomadaire une tenue graphique et une qualité tout à fait spectaculaires. Parmi ces artistes et illustrateurs, et parmi ceux dont on a observé le traitement qu'ils faisaient subir aux « juges », Paul Balluriau (1860-1917)¹⁶; Edouard Bernard (1879-1950)¹⁷. Il faut accorder une place particulière à Aristide Delannoy, devenu l'un des personnages héros de *L'Assiette*, croqué par le crayon d'André Viriez, « A mon ami Delannoy. Le 26 septembre 1908, le Jury de la Seine condamne à un an de prison et 3 000 F d'amende le dessinateur Delannoy, convaincu d'avoir, par esprit politique, caricaturé un officier français... mais ne vous avisez pas de la [la liberté d'opinion] manifester à coups de crayon »¹⁸; Jules Granjouan (1875-1968)¹⁹;

¹⁵ Le n° 1, « Caisse de grève », paraît le 4 avril 1901, premier d'un corpus de 593 numéros. La parution cesse en 1912. Sur l'AB : *Le Livre d'or de L'Assiette au Beurre*, t. 1 (1901-1906); t. 2 (1907-1912), Jean-Claude Simoën, 1977-1978; Élisabeth et Michel Dixmier, *L'Assiette au Beurre*, Maspéro, 1974; de Noémie Koehlin, 2001 Michel Ragon, *L'Assiette au Beurre, 1901-1912, L'âge d'or de la caricature*, Les Nuits Rouges, 2007. Lire, pour une approche très rapide, mais évocatrice, « La tête des autres ou l'image de la Justice dans *L'Assiette au Beurre* » par André LAINGUI, dans *Procéder. Pas d'action, pas de droit ou pas de droit pas d'action ?*, Cahiers de l'Institut d'anthropologie juridique, n° 13, PULIM, sd (2005), p. 285-288, avec à la suite un encart de 16 pages de dessins tirés de *L'Assiette*. André Laingui dit de *L'Assiette* qu'elle avait « un prix relativement élevé » (par rapport aux quotidiens de la presse à un sou), soit 50 centimes. Or ce prix est d'abord de 30 centimes, cela pendant les premières années de vie du périodique, ce qui relativise fortement l'affirmation.

¹⁶ P.B., affichiste de talent; illustrateur actif autant pour la presse périodique, que pour l'édition.

¹⁷ EB. Longue carrière. A travaillé aussi bien pour des ouvrages, que pour des affiches ou des périodiques comme *L'Assiette*. Fixé à Paris.

¹⁸ *L'Assiette*, n° 396, 31 octobre 1908, p. 507. L'intégralité du numéro est consacré à « La liberté d'opinion », et stigmatise fortement Georges Clemenceau. Aristide Delannoy, (1874-1911) le héros du numéro (Clemenceau tient à la main sa tête réduite en première de couverture). Originaire du département du Nord, il suit une formation académique à l'École des Beaux-Arts de Lille, puis se fixe à Paris. Très en phase avec les idées du Père Peinard, il donne de sa personne pour la cause en tant que de besoin. *L'Éphéméride anarchiste* le célèbre encore aujourd'hui comme un martyr de la cause, la prison ayant aggravé la tuberculose dont il était atteint et dont il va décéder.

¹⁹ Sur cet auteur, l'ouvrage de Fabienne DUMONT et Marie-Hélène JOUREAU, *Jules Granjouan*, Samogy, 2000. Pour les biographies des acteurs-dessinateurs de *L'Assiette*, voir le *Dictionnaire des peintres, sculpteurs, dessinateurs et graveurs*, de

Les désunions de la magistrature. Voire...

Pierre-Georges Jeanniot (1848-1934)²⁰; Henri Gustave Jossot (1866-1951)²¹; Paul Jouve; Louis Malteste (1862-1928)²²; Georges d'Ostoya²³; André Viriez; Théophile Steinlein (1859-1923), présent dès le premier numéro²⁴...

Gens d'injustice... L'habit ne fait pas le moine, mais la profession²⁵

Si souvent cité (au moins pour sa première partie), le vieil adage de droit prend ici toute sa valeur. En effet, avec ou sans la tenue-que les dessinateurs croquent à satiété, les juges sont et restent eux mêmes, au Palais comme dans leur intimité.

Certes, les stigmates de reconnaissance sont présents. La tenue vestimentaire des Cours -héritage direct du Premier empire qui a réintroduit l'apparat de la fin de l'Ancien régime- désigne le « jugeur » à la

Emmanuel Bénézit, chez Gründ, 1999. On y a puisé le cas échéant, avec et à côté d'autres sources, afin de situer le parcours de tel ou tel personnage.

²⁰ PGJ. Un parcours atypique : il est d'abord officier (Infanterie, jusqu'en 1881). Il quitte l'Armée pour se consacrer à sa passion, la peinture, et à son autre passion, le dessin. Reconnu par l'autorité académique, récompensé, et fréquentant les notoriétés du moment (Manet; Degas...), il donne aussi à *L'Assiette*, et cela dès le n° 1, « Caisse de grève ».

²¹ Étonnante destinée que celle de ce militant anarchiste, brillant illustrateur et affichiste du début du siècle dernier, qui découvrit le Maghreb et l'islam comme d'autres la grotte de Lourdes. Converti à l'islam, fixé en Tunisie, il abandonne toute activité picturale en 1928, si l'on en croit ses meilleurs connaisseurs. Une exposition à l'Hôtel de Sens, Bibliothèque Forney, lui a été consacrée en 2011, *Jossot, caricatures. De la révolte à la fuite en Orient*; un ouvrage sur cet itinéraire de vie, sous les plumes de Michel DIXMIER et Henri VILTARD : *Jossot. Caricatures. De la révolte libertaire à l'islam*, Paris Bibliothèques, collection Affichistes.

²² LM. Illustrateur fort demandé au début du siècle dernier tant par l'édition, que pour des grands formats affiches, ou des revues comme *L'Assiette*. Participe au Salon des Cent (Paris, manifestation qui eut lieu annuellement de 1894 à 1900; on y vit des œuvres, par exemple de Toulouse-Lautrec, de Mucha...).

²³ Georges d'Ostoya Sochinsky (1878-1937). D'origine polonaise, donné pour appartenir à la petite noblesse -baron- de ce pays par sa famille. Parcours sinueux qui le mène à la Légion étrangère. Collaborateur de nombre de revues...

²⁴ Théophile Alexandre S. Né Suisse à Lausanne, il se fixe à Paris au début des années 1880. Grand amateur de chat, qu'il se plaît à reproduire (« La tournée du chat noir de Rodolphe Salis », affiche si connue), il est l'un des collaborateurs de *L'Assiette*, avec d'autres périodiques. Fin illustrateur d'ouvrages comme quelques-uns de ceux de Georges Courteline (*Le train de 8H47...*)

²⁵ Antoine LOYSEL (1536-1617), *Institutes coutumières*, Titre V- Des successions et hoiries, 347 (l'auteur y explique bien sûr que le religieux dans cette situation ne peut succéder). La profession est l'entrée définitive dans les ordres, au sens ecclésiastique du terme.

reconnaissance possible (mais le costume est aussi fait pour impressionner, chacun le sait). « Un tas de jean-foutre, qui vivent déguisés d'un bout à l'autre de l'année, n'auront pas à se mettre en frais, pour être en costume de carnaval.

Primo, c'est la frocaille [...]. Deuxiemo, c'est leurs copains enjuponnés comme eux, les marchands d'injustice ; chats-fourrés, grippe-minauds, chicanous, avocats et toute la vermine qui vit de leur maudit métier. »²⁶

L'air revêche, chafouin ou sournois ; les favoris longs à la Jules Ferry pour les plus vieux des juges, qui ne sont pas forcément les plus détestables ; le monocle qui veut faire de son porteur un homme de distinction ; la mine arrogante ; la robe rouge et noire, parfois déclinée dans d'autres couleurs ; la toque portée plus ou moins de guingois ; l'épitoque ; le rabat ; les pièces de fourrures, rendues avec plus ou moins de fidélité et non sans arrière-pensée. Bref, « De la zibeline à l'hermine », comme on le voit avec le magistrat assis benoîtement en train de considérer des dés posés à terre. La zibeline est à l'époque considérée comme nuisible, mais la Justice ne l'est-elle pas lorsqu'elle s'apparente à un jeu de hasard ?²⁷ Les décorations, avec une faiblesse pour la rosette rouge de la Légion d'Honneur, si indiquée sur l'habit de soirée, sont accessoires obligés de la tenue, en civil ou non. Mais le discours reste le même. Le jugeur est formaté de manière détestable, dans son cabinet, à la Cour, ou en ville.

Un société à part

Les jugeurs forment un monde presque clos, qui organise d'ailleurs sa reproduction sociale et biologique avec soin et précaution.

« J'ai bien connu Monsieur votre père... C'est pour lui que j'ai prononcé mon premier plaidoyer aux Assises »... dit l'Ancien, magistrat, au Nouveau, avocat²⁸. Comme le François Vidocq des années 1810-1830, voyou devenu expert en arrestation de voyoux et chef de la Sûreté, le jugeur entré fraîchement dans la carrière bénéficie de l'expérience et des relations du père.

²⁶ *Almanach*, 1894, ventôse, p. 9.

²⁷ *Assiette*, n° 396, 31 octobre 1908, p. 508, « Défense de toucher ».

²⁸ Cette caricature de Jossot illustre l'affiche du colloque *Les désunions de la magistrature*. *Assiette*, n° 24, 12 septembre 1901. Ce numéro, très souvent célébré, est entièrement consacré aux Tapinophages.

Les désunions de la magistrature. Voire...

Par moment, l'hérédité biologique ne vaut pas brevet de bonne conduite. « J'm'en f... mon père est magistrat », dit le fils sorti des allées de la convenance sociale à ceux qui lui demandent des comptes²⁹.

Prétention d'abord, à incarner une phalange d'exception : « En dehors de nous, du clergé et de l'armée, je ne vois que des inutiles », dit un « jugeur » à son confrère, alors que se profile derrière eux l'ombre chinoise d'un militaire, impériale découpée³⁰. Le premier numéro de *L'Assiette* donne à Jossot l'occasion de lancer un fil rouge, que l'on va retrouver, comme un leitmotiv, dans chacun des douze premières livraisons. Les Tapinophages sont là. On ne se plie pas à l'ordre établi, mais on n'en a pas moins des lettres. La culture serait-elle réservée aux « jugeurs » ? Certes non.

Φαγειν, en grec ancien, signifie généralement manger, dévorer même. Ταπεινος, humble. Dévorer les humbles, voilà bien l'occupation d'une vie de nuisance, voilà bien le fonds de commerce des jugeurs, des avocats, et de leur fonctionnement parasitaire.

Une société d'hommes

On n'est guère étonné de cette pétition de principe.

La femme est une incapable majeure juridiquement. Pour le reste, elle est destinée à fournir l'héritier de la lignée, après mariage préparé ; ou destinée, s'il s'agit de sa fille, à procurer par une alliance matrimoniale bien choisie un réseau efficace ; ou dédiée aux plaisirs extra-conjugaux de nos jugeurs en goguette.

Fille pour le plaisir...

Ainsi, la belle cocotte offerte à son client. Elle dit : « Ah... Vous êtes magistrat... Eh bien v'la le moment de m'acquitter quelques factures ». Le magistrat, en civil derrière le canapé, considère avec des yeux exorbités la chair (presque) offerte³¹.

²⁹ *Tartines de l'Assiette*, n° 23, 5 septembre 1901. Les *Tartines* sont un supplément occasionnel de *L'Assiette*.

³⁰ Thème récurrent, traité à plusieurs reprises. Ainsi *L'Assiette*, n° 10, 6 juin 1901, p. 162 : sous la plume de Jouve, représentation hiératique de trois statues-colonnes, comme dans les cathédrales gothiques. L'Église ; le magistrat, simiesque ; le militaire. Bref : « Les pontifes ». Jossot reprend ce thème trois ans plus tard, dans le n° 163 de *L'Assiette*, du 14 mai 1904, « Le Credo », p. 2720. Le dessin est très simple. Une pièce vide ; un perroquet ; accroché au perroquet, une toque ; un képi ; une mitre épiscopale. Bref, « La sainte Trinité » ; *idem* pour la référence religieuse, n° 524 du 15 avril 1911, p. 893, « Le Veau d'or » tenu par le prêtre, le magistrat, l'officier.

³¹ *Assiette*, n° 2, 11 avril 1901, dessin de Jeannot.

Un numéro plus tard, un autre magistrat, ruine physique et air malsain, est en discussion. La fille dit : « C'est demain mon canard que tu requiers dans cette sale affaire de mœurs ? »³²

Une autre fille encore, qui dépasse les bornes. Elle n'est pas sur le dessin, mais l'on parle d'elle : « Cette prévenue, quel aplomb ! Oser me rappeler notre liaison au Quartier Latin ! Cela lui coûtera cher ! ». Grand envol de robes rouges...³³

Épouse

On est très bien trahi par les siens, au Palais, comme dans la garçonnière. Il dit, en tenue de soirée, à sa maîtresse, « Tu devrais bien dire à ton mari de me faire nommer avocat général ? »³⁴.

La promotion au mérite, sans doute. Il l'a attendue, cette promotion. Arrivera-t-elle ?

Fille à marier...

« Décrochez sa tête, ou renoncez à ma fille », assène le père, Légion d'honneur portée avec ostentation au prétendant, monocle porté avec ostentation. Tous deux dans la carrière, costumés en juges³⁵.

Parfois, la fille même de la maison peut se trouver dans une posture embarrassante. Elle a fauté. Le fruit de la relation coupable est dans ses entrailles, elle est en pleurs. Qu'à cela ne tienne. « Le père : Ne te déssole pas petite bécasse. Cela ne te fera pas de mal. Je connais le bon truc je te dis ; j'en ai assez condamné quand j'étais du jury. » Et voilà comment on tire partie des Assises. Morale à deux étages³⁶.

Il faut ouvrir une autre page, qui n'est pas sans reproche celle-là pour *L'Assiette*. Cette page-là fleure bon le machisme satisfait. Mais glissons vers le cœur du propos. Lorsque la femme se met en tête de porter la robe de l'avocat (de l'avocate ?), cette présence incongrue dans le prétoire et potentiellement scandaleuse pour les « juges » n'est pas perçue comme un bouleversement possible de la Magistrature. Elle est seulement la continuation des rapports de sujétion entretenus par les puissants sur des femmes dont certaines sont consentantes, et par là même actrices de leur asservissement. Le magistrat dit « Cela m'étonne que malgré la fermeté de vos arguments, chère Madame, votre client n'ait pas gagné en première instance ». Cela en posant la main sur les seins de l'avocate.

³² *Assiette*, n° 3, 18 avril 1901, dessin de Jeanniot.

³³ *Assiette*, n° 10, 6 juin 1901, p. 166.

³⁴ *Assiette*, n° 10, p. 167, dessin de Jeanniot.

³⁵ *Assiette*, n° 6, 9 mai 1901, p. 106, « Le miroir aux alouettes », dessin de Jossot.

³⁶ *Assiette*, n° 16, 18 juillet 1901, quatrième de couverture ; dessin de Malteste.

Les désunions de la magistrature. Voire...

Le magistrat n'a pas dit « Maître ».

L'avocate ne se soustrait pas au contact. Au second plan, deux autres juges observent la scène d'un œil amusé...³⁷

Ainsi, *L'Assiette* reste logique dans la forme et le fond, sa forme et son fond. La loi Millerand du 1^{er} décembre 1900 avait permis aux femmes de prêter serment afin de pouvoir s'inscrire au Barreau. Ce texte n'est donc qu'une vaste fumisterie, renforçant l'aliénation au lieu de la diminuer³⁸. Alexandre Millerand est en plus, pour *L'Assiette*, l'un de ces politicards qui trompent leur monde. Hier socialiste, aujourd'hui dans un gouvernement bourgeois. Demain ?

Au-delà du dessin, *L'Assiette* en rajoute dans la livraison qui parfois, accompagne la sortie de l'hebdomadaire. Ainsi dans le n° du 22 août 1901 sont insérées les *Tartines de l'Assiette au Beurre*, plusieurs pages de textes serrés, à peine quelques petites vignettes. Une rubrique, « Soignons les jurés ».

Voilà le soin. « Et ce sera pour chaque juré un irrésistible attrait que cette pensée d'avoir sous les yeux, pendant des heures entières, les jolies avocates dont les formes rebondies seront encore soulignées, sous la draperie noire, par la dureté du banc qui les supportera. Comme ajoutait ce vieux paillard de président : Cela vous fera de belles *assises* ! » Remarque grinçante.

La libération de la société ne passera pas par là.

Suivant que vous serez puissant ou misérable...

Les « juges » n'ont pas d'état d'âme.

D'un côté la société des bons. Eux et leurs affidés.

De l'autre, tout le reste, promis aux gémonies à la première incartade jugée sérieuse.

Relevons qu'un bon peut chuter aussi. Mais alors ? « Parent du garde des Sceaux... Étouffons l'affaire... » : le dessin de Jossot est allusif dans le secret de la chose à juger...³⁹ Une méprise, parfois, peut se produire. Il faut savoir fermer les yeux. Le magistrat, dans son cabinet, dit ainsi au policier :

³⁷ *Assiette*, n° 21, 22 août 1901, p. 339, dessin de d'Ostoya.

³⁸ La loi, sortie au *JO* le 1^{er} décembre, permit le 6 décembre la première prestation de serment d'une femme avocate : Léa Balachovski (en plus Russe d'origine, et mariée à un Français...).

³⁹ *Assiette*, n° 16, 18 juillet 1901, p. 264-265.

« Arrêter, la nuit, dans les fourrés du Bois, un vieux monsieur décoré, je ne vous savais pas si gaffeur »⁴⁰.

Les affinités professionnelles jouent un rôle certain, lénifiant, exonérant même. « Est-ce parce que l'accusé est notaire comme moi ? Je me sens rempli d'indulgence », dit le paisible juré⁴¹.

Parfois, la raison, mais pas la Raison, vient d'en haut. *L'Assiette* n° 8 du 23 mai 1901 est intitulée « Pour Dieu, pour le Tzar, pour la Patrie ». Vaste programme, à un moment où le Gouvernement de la République resserre les liens de l'alliance franco-russe. On y trouve une brochette des puissants de ce monde.

Puissant argument ? « La défense républicaine. Mon client, Messieurs, est vénérable... vénérable de sa loge... ». Les Francs-Maçons seraient-ils donc au-dessus de la loi ? Pour Steinlein, le doute n'est pas permis. Les Francs-Maçons tiennent une sorte d'Église, non moins nocive que celle du Pape de Rome. Par leur prétention à peser sur le fonctionnement de la démocratie, même celle des bourgeois, ils sont une secte infecte.

Bras armé du puissant ? « Vous nous acquitterez, Messieurs les jurés !... Nous avons volé, pillé, violé, assassiné, c'est vrai, mais c'était pour DIEU ! Pour le TZAR ! Pour la PATRIE... »⁴²

Le jugeur sait absoudre, lorsqu'il le faut, et faire payer les dépens. « C'est lui qui a tort, c'est vous qui paierez. On ne peut condamner un officier supérieur »⁴³.

Voilà pour les bons. Parfois, ces bons posent problème, tant ils ont pu s'égarer. « Officier de la Légion d'Honneur. Passif trois millions ! Vite greffier un fauteuil. »⁴⁴ Les affaires sont dures ; derrière le magistrat, le crucifix est fixé sur le mur, comme le rappel de la miséricorde divine, ou comme la certitude de la manifestation future de la vérité ?

Après les bons, les mauvais ? Le florilège de *L'Assiette* est fort vaste.

D'abord, la présomption de culpabilité.

« Nous sommes douze bons bourgeois. L'accusé est anarchiste. L'affaire est claire », dessine Jossot dans *L'Assiette* n° 345 du 9 novembre 1907.

Ensuite, le système de preuves.

⁴⁰ *Assiette*, n° 5, 2 mai 1901.

⁴¹ *Assiette*, n° 345, 9 novembre 1907.

⁴² *Assiette*, réf. citées dans le texte *supra*, p. 130-131.

⁴³ *Assiette*, réf. *supra*. Dessin de Jossot.

⁴⁴ *Assiette*, n° 3, 18 avril 1901. Dessin de Jossot.

Les désunions de la magistrature. Voire...

« Une solide hypothèse vaut mieux que de vagues certitudes. »⁴⁵
Comme dit le larbin (la pire espèce des hommes ou presque pour *L'Assiette*) qui habille le magistrat en l'aidant à revêtir la robe, « Qu'importe à Monsieur le juge l'innocence *en fait* si l'accusé est coupable *en droit*. »⁴⁶

Bref, « Vous avez devant vous, Messieurs les jurés, un de ces énergumènes qui parlent de supprimer le Capital. »⁴⁷

Enfin les peines.

« Neuf fois sur dix, son réquisitoire obtient la mort. Et pas de décoration ? Bizarre... »⁴⁸. L'exemplarité de la peine est une sorte d'article de foi pour les juges (L'*Assiette* est opposée presque toujours à la peine de mort). D'ailleurs, « Sur l'échafaud seulement cette brute comprendra qu'on ne doit pas tuer »⁴⁹.

La justice civile n'est pas la plus dure, la justice militaire la surpasserait-elle ? « Estimez-vous heureux. Avec l'autre justice, c'était douze balles dans la peau », déclare le « jugeur »⁵⁰. La lame de la Veuve est unique elle, et provoque, paraît-il, un léger souffle d'air sur la nuque lorsqu'elle s'abat. Mais les témoignages n'en sont pas certains, faute de retour d'expérience recevable.

La justice est-elle une loterie ? On peut le croire. Lucien Métivet met cruellement en avant une sorte de roue de la Fortune. On y gagne à tous les coups, devant des gendarmes polichinelles, soit la mort ; la prison ; l'acquittement ; les travaux forcés. Trois juges pantins observent...⁵¹

Il existe parfois des esquives possibles, Jossot la met en scène en évoquant ce qui lui tient à cœur, les Tapinophages. « Il est impitoyable avec les braconniers. Portez-lui donc un lièvre. »⁵²

Y a-t-il donc des exceptions ?

Comme toujours, elles confirment la règle.

Le « bon juge », le président Magnaud, en est l'une des incarnations⁵³. Paul Magnaud est à l'origine de la décision, toujours citée, du Tribunal

⁴⁵ *Assiette*, n° 9, 30 mai 1901. Dessin de Jossot.

⁴⁶ *Assiette*, n° 12, 20 juin 1901. Dessin de Jossot.

⁴⁷ *Assiette*, n° 18, 1^{er} août 1901, p. 289. Les jurés sont aussi et bien sûr les bêtes noires de *L'Assiette*.

⁴⁸ *Assiette*, n° 1, 4 avril 1901. Dessin de Jossot.

⁴⁹ *Assiette*, n° 7, 16 mai 1901. Dernière de couverture. Dessin de Jossot mettant en scène la tête épouvantable du magistrat.

⁵⁰ *Assiette*, n° 4, 25 avril 1901, p. 63. Dessin de Jossot.

⁵¹ *Assiette*, n° 35, 30 novembre 1901, p. 547.

⁵² *Assiette*, n° 13, 27 juin 1901, p. 215.

correctionnel de Château-Thierry (4 mars 1898, demoiselle M, pain, état de nécessité). Mais il confirme la règle, évidente, certaine. Les juges ne sont pas miséricordieux⁵⁴.

Louise Ménard « demoiselle M », pauvre au ventre creux et à l'enfant de deux ans lui aussi affamé, avait volé un pain, comme le Jean Valjean des *Misérables*.

Le bon juge dresse le tableau de l'état de nécessité. Mais la société aura sa revanche sur ce scandale. Le parquet fera appel de la décision.

L'Assiette au Beurre tressera à Paul Magnaud, sinon des lauriers, du moins une sorte d'hommage.

Deux chemineaux se font la conversation. « Moi je passe l'été aux champs aux environs de Château-Thierry, et l'hiver à Paris, ... depuis qu'il y a un bon juge. »⁵⁵ Mais la même *Assiette*, deux ans plus tard et dans son numéro « Les classes dirigeantes », publie « Un bon juge ». Le magistrat dit : « C'est la troisième fois en un an qu'on vous prend en état de vagabondage. Il est évident que vous ne voulez pas travailler. Pourtant, à trente ans, un homme est dans la force de l'âge ». Mais quel âge, pour quel homme, une pauvre créature aveugle et infirme⁵⁶.

Ainsi *L'Assiette au Beurre* dresse une sorte de représentation canonique de la justice, en quelque sorte, qui reste en partie présente dans l'inconscient collectif. Lorsqu'est rendue telle ou telle décision perçue comme mal inspirée et mal fondée, passe dans l'opinion publique un air de réprobation.

⁵³ Paul Magnaud (1848-1926). Combattant valeureux en 1870 ; étudiant en droit à Paris ; magistrat jusqu'en 1906 ; élu alors député radical-socialiste... Sa biographie par exemple sur le site de l'Assemblée nationale, www.assemblee-nationale.fr. Relever que ses prénoms sont pour l'Assemblée Jean-Marie, et non Paul, usité de manière habituelle.

⁵⁴ Voir pour cet arrêt *D.* 1899 II 329. L'arrêt Trib. corr. Château-Thierry, 4 mars 1898, dit : « [...] qu'il est regrettable, que dans une société bien organisée, un membre de cette société, surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute. »

⁵⁵ *Assiette*, n° 128, 12 septembre 1903. *L'Assiette au Beurre aux champs*. (en complément de la note 55, après ce qui est écrit). Une communication du colloque *Les désunions...* renvoie d'ailleurs à l'idée du « bon juge », celle de Jean-Claude FARCY, « Du bon juge » aux « juges rouges » (France, XIX^e –XX^e siècle) ». On y renvoie pour plus ample informé.

⁵⁶ *Assiette*, « Les classes dirigeantes », n°205, 24 novembre 1906, dessin de Louis MALTESTE.

Les désunions de la magistrature. Voire...

Le magistrat, et l'avocat, bonnet blanc et blanc bonnet, sont censés faire leur cuisine sous les ors de Thémis. Mais on ne commente pas une décision de justice.

**MYTHE ET REALITES D'UNE SOCIETE MONISTE :
LE DROIT AU CŒUR DES DIVISIONS, LES VOIES DE L'UNITE**

**par Caroline Gau-Cabée,
maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole (CTHDIP)**

Le monisme juridique et l'enracinement du mythe unitaire dans la culture juridique française justifient l'existence d'une Cour de cassation au sommet de la hiérarchie judiciaire. Chacun sait que la Révolution a forgé le modèle moniste, celui d'une société homogène, individualiste, qui nie l'existence de groupes socialement différenciés, en plaçant l'individu au cœur de ses préoccupations (monisme sociologique), celui, enfin, d'une société régie par un droit unifié (monisme juridique). Or, le monisme juridique dans sa version initiale propose une vision mythique de la loi et du juge. Le droit y est assimilé à la loi dans une perspective exhaustive et infaillible, ce qui implique le reniement de la jurisprudence, dès lors que la loi ne souffre aucun supplément prétorien. Le juge, exécutant servile de la loi, dit le droit mais ne le fait pas.

Le parangon révolutionnaire s'est cependant heurté à une double réalité : les lacunes de la loi, et la nécessité d'une interprétation qui associe le juge au processus normatif. Qu'à cela ne tienne, le retour du juge ne brisera pas le mythe ; il va même lui donner vie à condition d'en faire un serviteur d'unité et de poursuivre, au-delà de l'unité du droit, celle de son interprétation. Unité chimérique, au vrai. Parce qu'il n'y a pas *un* juge mais *des* juges. La diversité est institutionnelle (les juridictions), humaine (les juges), géographique (les ressorts), parfois structurelle (les formations de jugement au sein d'une juridiction). Et voilà que l'ombre du pluralisme revient planer sur l'ordre juridique, « lorsque cessant d'opposer les règles entre elles, on oppose pour une même règle des manières différentes de l'appliquer¹ ». Un système moniste ne saurait souffrir de tels schismes.

Un Tribunal de cassation est donc chargé de veiller à l'application des lois, tandis que le Corps législatif, auprès duquel il est symboliquement placé, s'en réserve l'interprétation par le mécanisme du référé (loi des 27

¹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1994, p. 361.

novembre-1^{er} décembre 1790). Un demi-siècle plus tard, la « sentinelle de la loi » est affranchie de cette tutelle par la réforme du 1^{er} avril 1837 qui lui reconnaît enfin le pouvoir d'interpréter la loi et d'unifier cette interprétation. Désormais autonome, la Cour de cassation devient la juridiction régulatrice qui peut faire revivre le mythe unitaire et garantir la sécurité juridique, contre ce nouveau pluralisme. Les modalités et les enjeux de sa mission ont cependant évolué depuis le XIX^{ème} siècle. L'ordre juridique s'est transformé, par la dispersion des lieux de création du droit, par les lacunes de la production législative, par la complexité des problématiques juridiques, et le phénomène des désunions s'est amplifié jusqu'à compromettre l'unité même de l'institution régulatrice. Aujourd'hui le droit est plus que jamais au cœur des divisions (I) et, dans le prolongement de la tradition révolutionnaire et impériale, on cherche toujours les voies de l'unité (II).

I – Le droit au cœur des divisions

Comprendre le phénomène de la désunion, c'est d'abord en identifier les manifestations. Or il y a des divergences admissibles, voire souhaitables parce qu'elles sont enrichissantes, stimulantes. La résistance des cours d'appel à la Cour de cassation en est une illustration (A). En revanche, une fois franchi le seuil de la haute Cour, la divergence n'est plus tolérable (B).

A – Divergences « verticales » : la résistance des juges du fond

Le conflit vertical plonge de profondes racines dans la tradition judiciaire. Prévu et encadré par la loi dès l'origine, il est *nécessaire*, dans les deux sens du terme : inéluctable autant qu'indispensable.

Inéluctable, le conflit vertical oppose la Cour de cassation dans l'une de ses formations à des cours d'appel qui contestent son interprétation de la loi. La formule désigne donc un conflit d'interprétation, une contestation de l'autorité doctrinale de la Cour de cassation.

La traduction judiciaire de la résistance n'a jamais varié depuis deux siècles ; elle est révélée par une dualité de pourvois dans une même cause et sur des moyens identiques, dualité qui témoigne de l'attachement de la cour de renvoi à la doctrine défendue par la première cour saisie, contre la solution retenue par la Cour de cassation. Ce sont là choses connues. Mais le conflit vertical soulève bien d'autres interrogations sur les fondements, les formes, l'ampleur et enfin les enjeux de ces résistances.

Mythe et réalités d'une société moniste

Nul ne conteste à la Cour de cassation, pour les deux siècles passés, son œuvre créatrice et la normativité de sa jurisprudence². Les exemples de ses créations prétoriennes sont innombrables. Pour autant, le juge n'est pas législateur et les précédents ne font pas loi : conséquence de l'article 5 du code civil qui prohibe les arrêts de règlement. Un juge, quel qu'il soit, appelé à se prononcer dans une affaire sur un point de droit déjà jugé par la Cour de cassation, est libre de retenir une solution différente. Aucune interprétation ne saurait être considérée comme définitivement acquise. La première juridiction de renvoi n'est donc pas liée par l'interprétation de la Cour de cassation, elle peut « résister ». Dans un discours récent, le premier président Vincent Lamanda a d'ailleurs insisté sur cette « indépendance de l'acte juridictionnel », essentielle et absolue³.

Au-delà du *fondement* de la rébellion, qu'en est-il de *ses motifs* ? Pourquoi les juges du fond entrent-ils en dissidence ? Tout simplement parce que la doctrine de la Cour de cassation ne convainc pas. Or elle doit convaincre pour susciter l'adhésion quand son autorité dépend de l'ascendant qu'elle exerce sur les autres juges. Mais quand cesse-t-elle de convaincre ?

Il se peut que sa doctrine ne soit pas lisible. La juridiction de renvoi n'a pas compris la portée exacte de la cassation, parce que l'arrêt de censure est lapidaire et que les juges du fond ne disposent pas des éléments susceptibles d'éclairer une motivation compendieuse ou obscure⁴. C'est la pédagogie des juges suprêmes qui est ici en cause.

Il se peut enfin que sa doctrine soit obsolète ou inadaptée. La contradiction exprimée par les juges du fond s'explique alors par le nécessaire renouvellement de l'interprétation de la règle, qui n'est plus en adéquation avec la réalité sociale. Dans ce cas, c'est l'adaptation du droit aux besoins de la société qui est en cause. Les juges du fond, plus proches de

² En ce sens, J. KRYNEN, *L'Etat de justice. France, XIII^{ème} – XX^{ème} siècle*, II : *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque des histoires », 2012, chapitre 5 : « La souveraineté de la Cour de cassation ».

³ « Si nul ne doit jamais porter atteinte à l'indépendance de l'acte juridictionnel – elle est essentielle et absolue – il revient à notre Cour d'accorder les pratiques pour garantir la sécurité juridique et prévenir les cassations inutiles. » (Discours de Monsieur V. Lamanda, premier président de la Cour de cassation, lors de l'audience solennelle du 14 janvier 2010, *Rapport annuel 2009*, Paris, La Documentation française, 2009, p. 40).

⁴ La note du rapporteur (expurgée des éléments couverts par le secret du délibéré) et les conclusions de l'avocat général ne sont pas systématiquement transmises à la juridiction de renvoi, avec le reste du dossier. (A. PERDRIAU, « La chambre mixte et l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *JCP éd. G*, 1994. I. 3798, p. 468).

cette réalité, plus sensibles à une perception concrète des difficultés, apparaissent comme les révélateurs privilégiés de ces besoins. « Situées au plus près des justiciables, bénéficiant du concours éclairé des avocats et des avoués, elles [juridictions du premier et du second degré] sont les vigies du droit⁵ ». Cette désunion-là apparaît comme étant socialement opportune et juridiquement constructive.

Le phénomène, protéiforme, revêt cependant une infinité de nuances. La résistance est respectueuse, quand les juges s'inclinent devant la solution de la Cour tout en indiquant subtilement qu'il y aurait des raisons de décider autrement. Insolente et assumée, elle défie son autorité en prenant sans ménagement ni détour le contrepied de sa doctrine. Respectueuse ou insolente, sporadique, localisée ou généralisée, la *forme* et l'*ampleur* de la rébellion dépendent aussi du degré de maturité de la doctrine visée : genèse d'une jurisprudence ou jurisprudence constante.

Le cas de la genèse d'une jurisprudence est ambigu. L'attitude rétive des juges du fond est moins provocatrice que participative, en ce qu'elle participe au processus de découverte et de lente progression vers la juste interprétation. La situation est assez fréquente lors des grandes réformes⁶. Elle l'est d'autant plus que le juge doit composer avec les approximations et les lacunes du travail législatif. « L'honnête homme du XXI^{ème} siècle jardine ses convictions jusqu'à la clarté⁷ » ; les juges font de même par l'effet conjugué de leurs décisions.

En revanche, lorsque la contestation vise une jurisprudence constante⁸, la Cour de cassation n'est plus seulement invitée à affiner son interprétation mais à y renoncer. La rébellion est alors caractérisée par la provocation et la remise en question réitérée, parfois véhémement, d'une doctrine. Enfin, la résistance peut se manifester après un revirement brutal de la Cour de

⁵ Discours de Monsieur V. LAMANDA, premier président de la Cour de cassation, lors de l'audience solennelle du 11 janvier 2008, *Rapport annuel 2007*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 28.

⁶ La loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation a suscité quelques divergences d'interprétation : la question, par exemple, de l'application de la loi nouvelle aux instances en cours, définitivement tranchée par l'assemblée plénière (deux arrêts du 2 février 1990, *Bull. civ. V, Ass. Plén.*, n° 1, p. 1).

⁷ Formule de Michel Serres que le premier président Guy Canivet dédie « au nouveau juge de ce siècle » dans son discours prononcé lors de l'audience solennelle du 9 janvier 2004 (*Rapport annuel 2003*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 32).

⁸ La jurisprudence est considérée comme telle, lorsqu'une solution est constamment affirmée par une ou plusieurs chambres de la Cour de cassation.

Mythe et réalités d'une société moniste

cassation, qui ne recueille pas l'adhésion des juges du fond. Si le revirement est équivoque, elle permettra d'en préciser la portée et la fermeté. Dans tous les cas, l'attitude des juridictions inférieures obligera la Cour à en réévaluer l'opportunité.

Sur le fond aussi la résistance est infiniment diverse. Elle constitue d'ailleurs un champ d'investigation privilégié, pour tenter de repérer une « politique jurisprudentielle » des cours d'appel, dans un contexte de rébellion, lorsqu'elles prétendent à une action sur le corps social. Toujours, dans le conflit vertical, il y a ce « souffle qui guide la jurisprudence⁹ », ligne directrice et inspiratrice du juge, qui procède d'un choix social, éthique, culturel ou économique et qui répond à un besoin. « Les politiques jurisprudentielles ne sont jamais rien d'autre que la marque d'une emprise du juge sur l'ordre social¹⁰ » ; elles sont en cela consubstantielles à l'acte de rébellion.

On en découvre les épisodes discontinus, au gré d'une historiographie qui s'y trouve inévitablement confrontée pour les deux siècles passés¹¹. Mais aucune étude exhaustive, à partir des arrêts des chambres réunies ou de l'assemblée plénière, n'a été entreprise sur ces politiques jurisprudentielles. Il est vrai que la tâche est immense et particulièrement exigeante. Immense en raison de l'ampleur du phénomène, surtout au XX^{ème} siècle. En 1994, André Perdriau se dit « frappé par la proportion des affaires qui doivent être jugées par l'assemblée plénière à la suite de la rébellion des juridictions du fond statuant sur renvoi après cassation¹² », en l'occurrence plus des trois

⁹ G. CANIVET et N. MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, La création du droit jurisprudentiel*, Paris, Dalloz, 2007, n° 4, p. 80.

¹⁰ *Ibid.*, n° 13, p. 86.

¹¹ Un exemple : le contentieux des droits d'usage, au XIX^{ème} siècle, est révélateur d'une résistance farouche des cours d'appel à la Cour de cassation sur la difficile question des modes d'acquisition et d'extinction de ces droits. Au-delà des arguments juridiques, c'est la survie ou la disparition des communautés usagères qui est en jeu, ce sont deux conceptions de la propriété qui s'affrontent : une forme d'appropriation collective contre l'individualisme agraire et la liberté d'exploitation. Pendant près de quinze ans, ce débat a divisé la Cour de cassation et les cours royales, unies dans leur résistance jusqu'à la reddition des juges suprêmes (Pour une vision complète du conflit, v. notre étude « Autonomie et pouvoir des juges avant 1850. Enjeux et divisions de la jurisprudence sur une question controversée », *Études d'histoire du droit privé en souvenir de Maryse Carlin*, Paris, La Mémoire du Droit, 2008, p. 353-365).

¹² A. PERDRIAU, « La chambre mixte et l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 471.

cinquièmes. Exigeante enfin parce que l'éclatement et la spécialisation du droit nécessitent l'expertise du juge et celle de l'analyste, dans des domaines où les décisions atteignent un degré de technicité jamais égalé.

Indispensable, le conflit vertical est au cœur du processus d'élaboration de la jurisprudence. Il ne s'agit pas d'une politique d'obstruction capricieuse fondée sur un enjeu de pouvoir, d'une crispation identitaire motivée par l'inversion éphémère et illusoire de la hiérarchie des magistratures¹³. Ce qui est en jeu au contraire, c'est le perfectionnement du droit. Ce regard neuf peut en effet conduire au renouvellement de la réflexion et du droit, grâce à une perception différente des questions et des interprétations. Cette relation verticale n'est pas l'expression d'un antagonisme stérile et destructeur mais bien celle d'une désunion constructive. Les plus hautes autorités de la Cour de cassation vivent d'ailleurs ces conflits comme la composante d'un dialogue nécessaire, nullement comme une entrave.

« Ce n'est pas par plaisir ni par "mauvais esprit" que les juges du fond refusent de s'incliner devant une doctrine de la Cour de cassation. C'est tout simplement parce qu'ils pensent qu'elle se trompe... Or, il arrive de plus en plus souvent qu'ils aient raison¹⁴ ! » Au parquet, on partage le même sentiment : « Nous sommes entourés de gardiens vigilants, nos collègues du "fond" nous résistent, souvent avec raison¹⁵ ». Depuis quelques années, les discours prononcés lors de l'audience solennelle sont à cet égard révélateurs.

¹³ C'est pourtant la thèse que défend Claire Bouglé, à propos de la jurisprudence pénale du XIX^e siècle (*La Cour de cassation et le Code pénal de 1810. Le principe de légalité à l'épreuve de la jurisprudence, 1811-1863*, Paris, LGDJ, 2005). Il y aurait, dans les résistances postérieures à la loi de 1837, « une revendication du partage de souveraineté » (p. 570). La reconnaissance d'une supériorité hiérarchique de la Cour de cassation sur les cours souveraines a pu provoquer un sursaut d'orgueil de la part de ces juridictions, dont la législation antérieure avait consacré l'indépendance (loi du 30 juillet 1828, *cf. infra* note 39). Par la résistance, elles prolongent l'héritage de cette loi, en cultivant l'effacement des hiérarchies au sein de l'ordre judiciaire. Cette rébellion qui dégénère en « conflits de pouvoirs » (p. 574) ne serait donc inspirée par aucune politique jurisprudentielle : « les résistances qui nourrissent le débat judiciaire à l'époque tiennent sans doute plus de la démonstration de force que d'une démarche réfléchie poursuivant un but précis. » (p. 585).

¹⁴ O. BOUILLANE DE LACOSTE (président de chambre à la Cour de cassation), « La résistance des juges du fond », *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 1994, p. 189.

¹⁵ M. JEOL (premier avocat général à la Cour de cassation), « Allocutions d'ouverture », *ibid.*, p. 42.

Mythe et réalités d'une société moniste

« Vigilance », « concours », « dialogue ». L'évocation de cette relation verticale avec les juridictions inférieures cultive la sémantique dialogale, insiste sur l'harmonisation, et propose une vision complémentaire des rôles.

« La jurisprudence n'est pas le fruit de la seule activité de la Cour de cassation (...). Les juridictions du premier et du second degré concourent puissamment, par touches successives, à l'évolution de l'interprétation de la loi (...). Libres de suivre ou non les décisions de notre Cour, elles peuvent toujours, en adoptant une solution nouvelle ou divergente, l'inviter à s'interroger sur le bien-fondé de sa propre jurisprudence¹⁶ ». Heureuse contradiction des cours du fond, serait-on tenté de dire sans trop exagérer. Si la divergence paraît souhaitable quand elle est hiérarchique, elle ne l'est plus lorsqu'elle divise le corps même des sentinelles de la loi...

B – Divergences « horizontales » : les conflits de chambres

L'existence de conflits internes à la Cour de cassation est logiquement déterminée par sa composition. La structure de la Cour n'est pas un facteur d'unité. En cause, plusieurs formations de jugement, avec des sensibilités divergentes servies le cas échéant par des velléités d'indépendance.

Dès l'origine, le Tribunal de cassation est divisé en deux puis trois sections : une section des requêtes qui statue sur la recevabilité des pourvois, une section de cassation civile, une section de cassation criminelle¹⁷. La spécialisation de chaque formation et la répartition du contentieux devaient, croyait-on, empêcher les divergences, et éviter les chevauchements. Argument purement théorique et inopérant. Car il existe toujours, à l'occasion de certains pourvois, des questions transversales qui

¹⁶ Discours de Monsieur V. LAMANDA, premier président de la Cour de cassation, lors de l'audience solennelle du 11 janvier 2008, *loc. cit.*

¹⁷ Initialement, le Tribunal est ainsi structuré : un « bureau des requêtes » qui filtre les pourvois et une « section de cassation ». La loi du 22 août 1793 autorise le Tribunal à créer, à titre provisoire, une section criminelle (art. 2 : « Provisoirement, et pour accélérer l'expédition des affaires, le Tribunal de cassation pourra, s'il le juge à propos, se diviser en trois sections », J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens et avis du Conseil d'Etat*, Paris, 1834, t. 6, p. 106) ; le dédoublement de la section de cassation en section civile et criminelle est ensuite définitivement consacré par la loi du 2 brumaire an IV (24 octobre 1795). Toutefois, l'examen préalable des pourvois par la section des requêtes ne concerne que la matière civile (art. 4, al. 2 : « La troisième section prononcera exclusivement sur les demandes en cassation en matière criminelle, correctionnelle et de police, sans qu'il soit besoin de jugement préalable d'admission », *ibid.*, t. 8, p. 344).

relèvent de la compétence de plusieurs chambres et donnent lieu à des interprétations divergentes. L'étude de la jurisprudence révèle d'ailleurs des discordances précoces.

Entre la chambre criminelle et la chambre civile, les conflits ne peuvent naître que dans un domaine limité, sur des questions communes à la matière civile et criminelle¹⁸. On explique ce type de désunion par une différence de sensibilité : sur les questions de société par exemple, l'une défendra plutôt l'intérêt individuel, l'autre l'intérêt social. A défaut de procédure spécifique de résolution des conflits internes, la divergence peut être tranchée par l'arbitrage, contingent certes, des chambres réunies. La formation plénière ne peut en effet être saisie qu'à une condition : la résistance des juridictions inférieures. Il faut que le conflit horizontal se double d'un conflit vertical pour que les chambres réunies statuent sur le point de droit litigieux. Ajoutons qu'il s'agit d'une voie d'unification toute relative puisque la solution n'a pas vocation à s'imposer aux chambres de la Cour de cassation, mais seulement à la seconde cour de renvoi.

Les oppositions entre les deux chambres civiles ont été plus douloureuses. Chambres complémentaires à l'origine, elles sont devenues rivales, compromettant gravement et parfois durablement la sécurité juridique¹⁹. La chambre des requêtes s'est en effet progressivement éloignée

¹⁸ On en connaît peu pour le XIX^{ème} siècle. (V. quelques exemples de dissidences dans E. H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, Paris, M. Rivière éd., 1923, p. 75-78) Au XX^{ème} siècle, la question de la réparation du préjudice subi par la concubine en cas de décès accidentel de son concubin constitue l'acmé de la désunion : indemnisation refusée par la chambre civile (Cass. civ., 27 juillet 1937, *Bull. civ.*, n° 181, et Cass. 2^e civ., 7 avril 1967, *Bull. civ.*, II, n° 134, p. 94-95), admise par la chambre criminelle (Cass. crim., 20 janvier 1966, *D.* 1966.1.184). C'est la chambre mixte qui tranche le conflit en faveur de la chambre criminelle dans son célèbre arrêt « Dangereux » du 27 février 1970 (*D.* 1970.1.201).

¹⁹ Les deux chambres ont été en désaccord sur de nombreuses questions au XIX^{ème} siècle : la validité ou la nullité des donations déguisées sous la forme de contrats onéreux (Cass. civ., 6 pluviôse an XI, *Recueil général des lois et arrêts*, par L. M. DEVILLENEUVE et A. A. CARETTE, Paris, 1843, vol. II, 1^e partie, p. 746 et 7 frimaire an XII, *ibid.*, vol. II.1.32 – *contra* Cass. req. 8 frimaire an XIII, *ibid.*, vol. II.1.33 et 24 novembre 1808, *ibid.*, vol. II.1.607), la compétence des audiences solennelles ou ordinaires des cours pour juger les appels relatifs aux séparations de corps (Cass. civ., 27 décembre 1831, *S.* 1832.1.106 ; 15 janvier 1834, *S.* 1834.1.9 ; 4 mars 1835, *S.* 1835.1.166 – *contra* Cass. req., 26 mars 1828, *S.* 1828.1.339 ; 28 mai 1828, *S.* 1828.1.234), la forme (authentique ou pas) du mandat lorsqu'il sert à réaliser un acte constitutif d'hypothèque (Cass. civ., 7 février 1854, *D.* 1854.1.49 – *contra* Cass. req., 27 mai 1819, *D.* 1819.1.405 et 5 juillet 1827, *D.* 1827.1.295), le droit de réserve du père ou de la mère d'un enfant naturel reconnu sur l'hérédité de

Mythe et réalités d'une société moniste

de sa mission initiale –la sélection des pourvois– pour s'imposer en deuxième chambre civile, une mutation qui s'explique par l'exigence de motivation de ses arrêts de rejet. La chambre des requêtes reçoit tous les pourvois. Ceux qui lui paraissent fondés sont transmis à la chambre civile par un arrêt d'admission non motivé. Les autres sont rejetés. Par ce procédé, la Cour de cassation écarte trois cinquièmes des pourvois, au stade préalable de l'examen de la requête. Or, une loi du 4 germinal an II²⁰ exige la motivation de ses arrêts de rejet, ce qui ouvre la voie à la possibilité d'une jurisprudence. L'obligation de motiver les décisions est en effet « le vecteur privilégié de l'expansion du précédent judiciaire²¹ ». La chambre des requêtes est ainsi devenue source de création prétorienne, concurrente de la chambre civile et apte à la contradiction.

Dans le cas particulier d'un tel conflit, la seule issue est le ralliement d'une chambre à la doctrine de l'autre, l'arbitrage des chambres réunies n'étant pas envisageable. En effet, dans un contexte conflictuel, quelle que soit la décision des juges du fond, le pourvoi ne peut jamais être cassé, parce qu'il est forcément rejeté par l'une ou l'autre chambre²², ce qui exclut toute possibilité de renvoi devant une cour d'appel, susceptible de résister et de provoquer la saisine des chambres réunies. Il n'existe donc aucun moyen de réduire ces oppositions.

Au XIX^{ème} siècle le problème des conflits de chambres devient d'ailleurs un argument récurrent pour demander la suppression de la chambre des requêtes. En 1814 un projet de loi propose de revenir sur la motivation de ses arrêts de rejet, car il est « depuis longtemps reconnu (...) que cet usage

celui-ci (Cass. req., 3 mars 1846, *D.* 1846.1.87 – *contra* Cass. civ., 26 décembre 1860, *D.* 1861.1.21 – Cass. Ch. réun., 12 décembre 1865, *D.* 1865.1.457), le point de départ du délai de prescription des actions intentées contre les partages d'ascendants, jour de la convention ou décès de l'ascendant (Cass. req. 12 juillet 1836, *S.* 1836.1.354 – *contra* Cass. civ. 30 juin 1847, *S.* 1847.1.481).

²⁰ Article 6 de la loi des 4-15 germinal an II : « A l'avenir, tous les jugements par lesquels le Tribunal de cassation rejettera les requêtes en cassation seront motivés. » (J.-B. DUVERGIER, *op. cit.*, t. 7, p. 114).

²¹ F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p. 62.

²² Si la décision des juges du fond est conforme à la jurisprudence de la chambre des requêtes (et contraire à celle de la chambre civile), la chambre des requêtes – d'accord avec la décision attaquée– rejette le pourvoi. Si la décision des juges du fond est contraire à la jurisprudence de la chambre des requêtes mais conforme à celle de la chambre civile, la chambre des requêtes ne peut pas casser (puisqu'elle n'en a pas le pouvoir), mais si elle estime le pourvoi fondé, elle renvoie devant la chambre civile. Cette dernière –d'accord avec la décision attaquée– rejette le pourvoi.

avait de graves inconvénients et une influence dangereuse sur la jurisprudence, qui ne doit se composer que de décisions rendues contradictoirement », ce qui revient à dire que la chambre civile a seule le droit de former jurisprudence²³. En 1826, la *Gazette des tribunaux* réclame sa suppression et la création d'une seconde chambre civile, proposition reprise en 1835 dans un projet officiel émanant du garde des Sceaux, qui accuse la section des requêtes de dépasser le cadre de sa mission et d'introduire le doute dans la jurisprudence²⁴. Le projet est finalement abandonné sous la pression de la Cour de cassation qui en conteste vivement l'opportunité. Le même scénario se reproduit en 1848-1849, lors de la grande réforme de l'organisation judiciaire. La chambre des requêtes est au cœur du débat. Le conseiller Troplong va d'ailleurs jouer un rôle décisif. Il plaide pour son maintien et ses observations²⁵, approuvées à l'unanimité par les chambres de la Cour, vont convaincre. Le projet ministériel renonce à la suppression. Il vient en délibération devant l'Assemblée le 3 février 1849 et, dès le début de la discussion, Waldeck-Rousseau reprend, sous forme d'amendement, le contenu du projet initial : suppression de la chambre des requêtes et dédoublement de la chambre civile. Dans son exorde, il fustige une organisation dévoyée.

« Je maintiens que l'organisation de la Cour de cassation (...) est contraire à la saine et bonne interprétation de la loi et à l'unité de la jurisprudence. Dans l'origine, la chambre des requêtes devait simplement

²³ Rapport du chancelier de France DAMBRAY sur un projet de loi relatif à la Cour de cassation, présenté par l'abbé de Montesquiou à la Chambre des députés le 21 novembre 1814 (*Le Moniteur universel*, 22 novembre 1814, n° 326, p. 1312, 3^e col.).

²⁴ « En supprimant la section des requêtes et en la convertissant en chambre civile, non seulement on détruirait un rouage inutile, mais on éviterait une contradiction qui jette l'incertitude sur les décisions de la justice. En effet, il est reconnu aujourd'hui que la section des requêtes, qui ne devait se livrer qu'à un examen pour ainsi dire superficiel pour éviter des pourvois inconsidérés, approfondit les affaires, les discute comme si elle devait les juger définitivement. Elle n'admet les pourvois que lorsqu'elle est d'avis de casser les arrêts. Si la section civile pense comme elle, l'inutilité de son arrêt est évident : si elle juge autrement, le plaideur et le public sont autorisés à se demander où est la vérité. » (Chambre des députés, Séance du 23 janvier 1835, Présentation par le garde des Sceaux d'un projet de loi concernant des modifications à l'organisation judiciaire et à la compétence des tribunaux, *Le Moniteur universel*, 24 janvier 1835, n° 24, p. 177, 3^e col.).

²⁵ Observations publiées dans *Le droit, Journal des tribunaux* du 19 juillet 1848 sous l'intitulé *Organisation judiciaire, Cour de cassation*, « De l'utilité de la chambre des requêtes ».

Mythe et réalités d'une société moniste

apprécier quelles pouvaient être les chances raisonnables d'un pourvoi. Cette chambre dégagait les questions soulevées par le pourvoi et les soumettait à un examen sommaire : elle voyait ce qu'il pouvait y avoir de sérieux au fond des questions agitées, ce qu'il fallait attribuer simplement aux préoccupations du plaideur mécontent d'avoir succombé. C'était une sorte de bureau d'appréciation provisoire. (...) Dès qu'une difficulté sérieuse, grave, apparaissait, dès qu'un point de droit considérable se trouvait engagé par un pourvoi, la chambre des requêtes livrait à la décision de la chambre civile les questions qui lui avaient été déférées pour un examen préparatoire. Depuis les choses ont changé. La chambre des requêtes ne s'est plus contentée de cette situation un peu humble qui lui avait été faite de pouvoir accessoire qu'elle était, elle a désiré devenir un pouvoir presque principal, elle s'est constitué un corps de doctrine, elle s'est fait une jurisprudence, elle est entrée dans l'examen même du fond des difficultés et elle a attiré à elle le jugement des difficultés dont la chambre civile aurait dû être saisie²⁶ ». Au terme de cette chronique politico-judiciaire, la chambre des requêtes est maintenue. D'autres projets de suppression sont déposés en 1850, 1870, 1880, 1903, et 1912 ; ils restent sans suite.

Ce que l'on reproche en somme à la chambre des requêtes, c'est d'avoir élaboré sa propre jurisprudence en contredisant, parfois, la chambre civile. Jurisprudence contestée avant que d'être reconnue, car au XX^{ème} siècle nul ne songe à nier ses innovations prétoriennes. Mais ce statut « usurpé » n'en indispose pas moins la doctrine. Exemple topique de cet embarras doctrinal : *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. Henri Capitant, dans la première édition (1934), justifie malaisément la reproduction de nombreux arrêts de la chambre des requêtes (61 arrêts, pour 147 de la chambre civile et 20 des chambres réunies) : « Parmi les arrêts reproduits, on trouvera des arrêts de la chambre des requêtes et des arrêts de la chambre civile. Ces derniers ont plus de poids, pour la raison qu'ils ont été rendus après un double examen de la Cour de cassation. Néanmoins les premiers n'en sont pas moins fort importants aussi²⁷ ». On est loin, bien sûr, de l'implacable

²⁶ Assemblée nationale, séance du 3 février 1849 (deuxième délibération sur le projet de loi relatif à l'organisation judiciaire), *Le Moniteur universel*, 4 février 1849, n° 35, p. 71, 2^e col.

²⁷ H. CAPITANT, Préface des *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 1934, p. VIII.

formule d'Ambroise Colin : « J'appelle jurisprudence les arrêts de cassation de la chambre civile²⁸ ».

La structure de la Cour demeure inchangée jusqu'en 1938, date de création de la chambre sociale²⁹. Pour faire face à l'inflation des pourvois, la Cour doit augmenter ses effectifs et multiplier les formations de jugement : suppression de la chambre des requêtes en 1947, remplacée par la chambre commerciale, économique et financière³⁰, création des deuxième et troisième chambres civiles en 1952³¹. Mais cette répartition du contentieux ne rend pas compte d'une subdivision de fait des chambres, au sein desquelles les formations de jugement se sont également diversifiées et spécialisées en sections³². Enfin, la suppression en juillet 2010 de la formation unique chargée de statuer sur les questions prioritaires de constitutionnalité, au profit des sections de chaque chambre s'inscrit dans le même processus d'« atomisation » de la Cour de cassation³³. La multiplication de ces

²⁸ Cité par F. TERRE, « Rapport de synthèse », *L'image doctrinale...*, *op. cit.*, p. 240.

²⁹ Décret-loi du 17 juin 1938 relatif à l'organisation de la Cour de cassation, art. 2 (*JO* Lois et décrets, 29 juin 1938, p. 7495).

³⁰ Loi n° 47-1366 du 23 juillet 1947 modifiant l'organisation et la procédure de la Cour de cassation (*JO* du 24 juillet 1947, p. 7142).

³¹ Loi n° 52-853 du 21 juillet 1952 modifiant l'organisation et la procédure de la Cour de cassation (*JO* du 22 juillet 1952, p. 7356).

³² Le nombre, la composition et la spécialisation de ces formations de section ne résultent d'aucun texte ; elles dépendent exclusivement du président de chaque chambre et varient (de deux à quatre) selon l'importance des chambres. Il existe enfin, pour chaque section une formation restreinte dite « à trois magistrats » (le président de la chambre, le doyen de la section et le rapporteur) devenue l'unité juridictionnelle de base de la Cour de cassation, appelée à statuer sur les pourvois dont la solution s'impose, en vertu d'un nouveau système de filtrage. Depuis le 1^{er} janvier 2002, cette formation restreinte peut déclarer « non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation » (loi n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature, art. 27, *JO* du 26 juin 2001, p. 10123).

³³ La réforme du 10 décembre 2009 (loi org. n°2009-1523, *JO* du 11 décembre, p. 21379) qui confie à la Cour de cassation l'examen des QPC soulevées par les justiciables, prévoit de les soumettre à une formation supérieure et *unique* composée du premier président, des présidents de chambre et de deux conseillers appartenant à chaque chambre spécialement concernée. Elle doit permettre d'assurer, avec la solennité nécessaire, la cohérence de la jurisprudence de la Cour dans un domaine qui lui est peu familier, sur des questions très diverses. Le 16 avril 2010, cette formation rend une décision –arrêt avant dire droit saisissant la Cour de justice de l'Union européenne– qui déclenche une violente polémique. Accusée de s'opposer à la réforme en tentant de la faire invalider par la CJUE, la formation unique est

Mythe et réalités d'une société moniste

« collégialités multiformes » (Guy Canivet) et de leurs décisions fragilise son unité interne. L'évolution du dispositif légal depuis 1947 est d'ailleurs révélatrice d'un accroissement du risque de désunion, inhérent à cette nouvelle politique du rendement. Chaque réforme élargit et affine la définition des cas exigeant la mise en œuvre d'une procédure d'unification interne.

La loi de 1947 prévoit trois hypothèses de conflit : le partage égal des voix au sein d'une formation de jugement, lorsque l'affaire pose une question de principe ou encore lorsque la solution serait susceptible de causer une contrariété de décisions³⁴. En 1967, le législateur ajoute un quatrième cas qui s'inscrit dans une perspective préventive : « lorsque l'affaire pose une question relevant normalement des attributions de plusieurs chambres³⁵ ». Enfin, la loi de 1979 reformule la troisième hypothèse relative à la contrariété de décisions, en visant précisément le cas où « la question a reçu ou est susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergentes³⁶ ». On précise donc, en les distinguant, le règlement des conflits (« a reçu des solutions divergentes ») et leur prévention (« est susceptible de recevoir »).

Quand le code de l'organisation judiciaire rappelle dans son article L. 411-1 qu'« il y a, pour toute la République, une Cour de cassation », ses contempteurs soutiennent qu'il n'y en a « pas une mais six³⁷ ». Allusion amère à ces désunions internes qui affectent sa mission, son crédit, son

supprimée par voie d'amendement dans un texte concernant le Conseil supérieur de la magistrature, promulgué le 22 juillet 2010. Désormais chaque section de chaque chambre de la Cour de cassation se prononce en formation restreinte sur la pertinence des QPC (art. R. 461-1 COJ). D'aucuns craignent qu'il en résulte « un manque de cohérence dans les critères de renvoi des QPC au Conseil constitutionnel » (J.-F. WEBER, *La Cour de cassation*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 140).

³⁴ Article 41 : « Le premier président, sur proposition du président de chambre et avis du conseiller-rapporteur et de l'avocat général, peut saisir l'assemblée plénière civile par ordonnance de renvoi *lorsque l'affaire pose une question de principe ou lorsque la solution serait susceptible de causer une contrariété de décision*. Le renvoi devant l'assemblée plénière civile est de droit lorsque le procureur général le requiert par écrit, ou *lorsqu'il y a eu partage des voix au cours du délibéré* ».

³⁵ Article 14 de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation, *JO* du 4 juillet 1967, p. 6651.

³⁶ Article 2 de la loi n° 79-9 du 3 janvier 1979 modifiant certaines dispositions relatives à la Cour de cassation, *JO* du 4 janvier 1979, p. 19 ; *cf. infra* II, B.

³⁷ G. CANIVET et N. MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », *op. cit.*, n° 24, p. 91.

autorité et qui, au-delà, compromettent l'ensemble du corps judiciaire. Elles sont « la négation du principe même de son existence³⁸ ». On ne saurait dès lors trop insister sur l'impérieuse nécessité de réduire ces divergences, en recherchant les voies de l'unité.

II – Les voies de l'unité

Depuis le XIX^{ème} siècle, la réalité pluraliste est combattue au nom du modèle moniste. C'est évidemment lorsqu'elle sollicite ses organes régulateurs –chambres mixtes et assemblée plénière– que la Cour de cassation concourt le plus directement à l'harmonisation de sa jurisprudence. Mais la mobilisation des formations supérieures n'épuise pas les voies de l'unité. Les procédures d'unification de l'interprétation se sont perfectionnées, diversifiées, au gré des besoins, afin de réduire les discordances nées de conflits verticaux (A) ou horizontaux (B).

A – Le traitement des divergences verticales

Au XIX^{ème} siècle, c'est le règlement du conflit qui est au cœur du dispositif. Les solutions préventives apparaissent tardivement, à la fin du XX^{ème} siècle. Les conflits persistants avec les cours d'appel ont d'abord été résolus par le mécanisme du référé³⁹, avant de mobiliser la formation plénière de la Cour de cassation, les chambres réunies. Il s'agit d'une réforme décisive et définitive, réalisée par la loi du 1^{er} avril 1837, qui fonde la mission unificatrice de la Cour de cassation : le pouvoir d'interpréter la loi et d'imposer cette interprétation aux juridictions inférieures. En 1967, la

³⁸ G. CANIVET, « Vision prospective de la Cour de cassation », *Travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, Séance du 13 novembre 2006 (<http://www.asmp.fr/travaux/communications/2006/canivet.htm>), II. A. 1. a.

³⁹ Après deux cassations dans la même affaire, le Corps législatif doit rendre un décret « déclaratoire de la loi » (principe du référé législatif, loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, art. 21). Le système est modifié sous l'Empire par la loi du 16 septembre 1807, qui prévoit dans ce cas un référé au chef de l'Etat : l'interprétation de la loi se fait par un décret, dans la forme des règlements d'administration publique (à la suite d'une délibération du Conseil d'Etat, approuvée par l'Empereur). Evolution ultime de ce déni de pouvoir, la loi du 30 juillet 1828 donne le dernier mot à la juridiction du fond qui statue sur le second renvoi après cassation (sa décision est inattaquable), le roi devant proposer pour l'avenir une loi interprétative aux chambres.

Mythe et réalités d'une société moniste

formation des chambres réunies est remplacée par une formation allégée, l'assemblée plénière⁴⁰.

Depuis 1837, le pourvoi devant cette formation est obligatoire lorsqu'après cassation d'un premier arrêt ou jugement, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens, signe d'une rébellion contre la doctrine de l'arrêt de censure. Deux hypothèses sont alors envisageables. La formation plénière juge la résistance infondée : elle casse et renvoie l'affaire devant une seconde juridiction de renvoi, qui est obligée de s'incliner⁴¹. Elle considère au contraire que la résistance est justifiée et ne suit pas la doctrine de la chambre qui a rendu le premier arrêt. En rejetant le pourvoi, elle consacre la solution de la juridiction qui s'est rebellée. Quelle que soit l'issue, rejet ou cassation, consécration ou condamnation de la résistance, la mobilisation d'une formation plénière permet de conduire un débat d'ensemble, afin d'établir une doctrine « de Cour » susceptible de convaincre pour s'imposer.

Convaincre. Tel est l'enjeu de cette procédure. L'arrêt d'assemblée plénière n'ayant d'effet contraignant que dans l'affaire où il est rendu, la Cour de cassation doit convaincre de la justesse de ses positions pour s'imposer à l'ensemble des juridictions du fond. Il convient d'insister sur le fait que l'unification de l'interprétation n'est pas *procédurale*, mais *culturelle*. La haute Cour doit s'imposer sans imposer, guider sans contraindre. Convaincre les juges exige de cultiver l'adhésion aux raisons par une imprégnation lente et progressive de leur culture juridique. En France « la jurisprudence ne vaut que par l'autorité de la raison et non par raison d'autorité. » (L. Cadiet).

⁴⁰ Le *quorum* passe de 35 conseillers (composition des chambres réunies) à 25 pour l'assemblée plénière. En vertu de l'article 7 de la loi du 3 juillet 1967, « l'assemblée plénière est présidée par le Premier président (...); elle comprend en outre les présidents et les doyens des six chambres ainsi que deux conseillers de chaque chambre, désignés annuellement par le premier président », soit 25 membres. La composition de cette assemblée est réduite à 19 en 1997 (loi n° 97-395 du 23 avril 1997 relative à l'examen des pourvois devant la Cour de cassation, *JO* du 25 avril 1997, p. 6268). Chaque chambre est désormais représentée par son président, le doyen, et un seul conseiller, désigné à l'occasion de la constitution de chaque assemblée, par ordonnance du premier président (art. 1^{er}).

⁴¹ « La juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci » (art. L. 431-4 al. 2 COJ). Encore convient-il de ne pas se méprendre sur la portée exacte de cette règle. La juridiction de renvoi est liée par l'interprétation de l'assemblée plénière *dans l'affaire considérée*. Car si la même question devait surgir à l'occasion d'une autre affaire, le juge du fond conserverait une totale liberté d'interprétation.

Le sort des résistances, on l'aura compris, dépend largement de cette force de conviction. Le conflit a vocation à s'éteindre pour restaurer la sécurité juridique et l'unité d'interprétation. Mais l'issue, justement, est variable. Lorsque les juges inférieurs, convaincus par la Cour de cassation, se rallient à sa doctrine, *la résistance s'évanouit*. Parfois, c'est la Cour de cassation qui approuve la doctrine des juges du fond et *consacre la résistance*. Le revirement de jurisprudence est l'expression de cette consécration. Une appréciation trop manichéenne du phénomène conduit parfois à forcer l'antagonisme des magistratures, et à ne voir le conflit qu'au prisme d'une hiérarchie et d'enjeux de pouvoir. Ce fut peut-être le cas jadis⁴², mais aujourd'hui les juges ont une vision pacifique de leurs désunions, qu'ils envisagent plutôt comme un dialogue, une collaboration au service du progrès du droit. « L'assemblée plénière de la Cour de cassation est l'instrument naturel de ce dialogue avec les juges du fond. Elle n'hésite pas, quand il le faut, à revenir sur les analyses de nos chambres. Dans plus d'un tiers des cas, elle approuve les solutions innovantes des cours d'appel⁴³. » On comprend mieux pourquoi de telles consécrationes ne sont pas marginales. Elles existent au XIX^{ème} siècle⁴⁴ et semblent en augmentation au XX^{ème}. Des statistiques récentes confirment une efficacité accrue de ces résistances et une propension de plus en plus forte de la Cour de cassation à se remettre en cause⁴⁵. Plus rarement, *le législateur entérine la résistance* et tranche le conflit, infligeant à la haute Cour un douloureux démenti⁴⁶. Il se peut enfin

⁴² Cf. *infra* note 13.

⁴³ Discours de Monsieur V. LAMANDA, premier président de la Cour de cassation, lors de l'audience solennelle du 11 janvier 2008, *Rapport annuel 2007, loc. cit.*

⁴⁴ Le contentieux des droits d'usage a souvent opposé cours d'appel et Cour de cassation (cf. *supra* note 11). La « bataille de la prescription extinctive » en est une illustration. En 1842, après quinze ans de conflit vertical, la Cour de cassation - ralliée à la cause usagère - y met un terme par un revirement qui consacre enfin la résistance des juges du fond (sur ce thème, nous renvoyons à notre ouvrage *Droits d'usage et Code civil. L'invention d'un hybride juridique*, Paris, LGDJ, 2006, p. 396-419).

⁴⁵ Entre 1980 et 2009, l'assemblée plénière a été réunie sur rébellion 177 fois. Sur ces 177 affaires, elle a rejeté 66 pourvois, soit une approbation de la rébellion dans 37,3 % des cas. (J.-F. WEBER, *La Cour de cassation, op. cit.*, p. 72)

⁴⁶ Au XIX^{ème} siècle, le conflit sur la compétence des audiences, solennelles ou ordinaires, pour juger les appels relatifs aux séparations de corps est à la fois horizontal (cf. *supra* note 19) et vertical. Il est finalement tranché en faveur des cours souveraines par une ordonnance des 16-27 mai 1835, sur une requête de la cour de Paris relayée par le garde des Sceaux dans son rapport au roi : « Aux termes de l'art. 22 du décret du 30 mars 1808, les contestations relatives à l'état civil des

Mythe et réalités d'une société moniste

que la *résistance* soit *muselée, étouffée* par le traitement préventif des divergences verticales.

L'idée de prévention des conflits verticaux apparaît dans la réforme du 3 janvier 1979⁴⁷. Il existe, depuis cette loi, des instruments procéduraux spécifiques, que la Cour de cassation a elle-même complétés par des procédés informels de prévention des discordances. Le traitement préventif des divergences est issu de trois grandes innovations procédurales : la saisine directe de l'assemblée plénière dès le premier pourvoi, la cassation sans renvoi, la procédure de saisine pour avis.

Depuis 1979, il est possible de saisir l'assemblée plénière dès le premier pourvoi, « lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il

citoyens doivent être jugées par les cours royales en audience solennelle. La question de savoir si les demandes en séparation de corps sont rangées parmi les contestations relatives à l'état civil *a divisé la jurisprudence*. (...) La Cour royale de Paris a exprimé le vœu que le gouvernement, usant du droit qui lui appartient de modifier les règlements relatifs à l'ordre du service, décidât, par un règlement nouveau, que les instances en séparation de corps seraient jugées en audiences ordinaires. (...) Je me suis empressé de répondre au vœu que venait d'émettre la Cour royale de Paris, et aux observations qui m'ont été adressées dans le même sens par les principaux magistrats de plusieurs cours du royaume. (...) Un projet rédigé en ce sens a été soumis aux délibérations du Conseil d'Etat qui en a approuvé les dispositions (...) D'après ces considérations, et déterminé surtout par l'avantage d'imprimer de plus en plus au service intérieur des cours royales, la promptitude et la facilité que l'intérêt des justiciables réclame, j'ai l'honneur de proposer à l'approbation de Votre Majesté le projet d'ordonnance ci-joint. » (*Le Moniteur universel*, 18 mai 1835, n° 138, p. 1211). A la fin du XX^{ème} siècle, la loi du 31 décembre 1989 tranche, en faveur des juges du fond, un conflit né de l'interprétation de l'art. 27 de la loi du 10 janvier 1978 (relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit) : il s'agissait de préciser la nature du délai d'action contre l'emprunteur défaillant, fixé à deux ans par cet article. Contre la doctrine de la Cour de cassation, favorable au délai de prescription (susceptible d'être interrompu par une des causes énumérées à l'article 2244 de code civil), les cours d'appel défendent la thèse d'un délai préfix. Ayant pris rapidement conscience du laxisme des établissements de crédit dans l'octroi des prêts aux particuliers, et de la dégradation de la situation des débiteurs, révélée par l'inflation des dossiers de surendettement, les juges du fond ont opté pour le délai préfix, qui n'est susceptible ni de suspension ni d'interruption, afin d'éviter l'accumulation des incidents de paiement et de rompre la spirale de l'endettement (loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, *JO* du 11 janvier 1978, p. 299 et s. ; loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, *JO* du 2 janvier 1990, p. 18 et s.).

⁴⁷ *Réf. supra* note 36.

existe des solutions divergentes soit entre les juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation » (art. L. 431-6 COJ). La loi ne vise plus les divergences *acquises*, révélées par la résistance d'une cour de renvoi après une première cassation, mais les divergences *redoutées* dans les affaires qui posent de sérieuses questions de principe indépendamment de tout conflit, ce qui confirme la finalité préventive de la saisine⁴⁸.

Sur les questions délicates consécutives, par exemple, à une réforme législative, la Cour de cassation peut ainsi imposer *immédiatement* sa position à la juridiction de renvoi, qui est obligée de s'incliner, ce qui paralyse la rébellion. « Le législateur a offert à la Cour le moyen de tuer dans l'œuf les jurisprudences marginales des juges du fond⁴⁹ ». Or l'approche des juges du fond est souvent féconde. En se privant des vertus de la lenteur et de ce regard critique, la Cour de cassation prend le risque d'une unification trop hâtive, qui peut être mal comprise ou mal acceptée. *In fine*, ce qu'elle gagne en efficacité, elle le perd en force de conviction et s'expose à de nouvelles désunions. Les statistiques précitées – plus de 35 % de consécration des résistances depuis 1980 – révèlent cependant une utilisation prudente de cette procédure préventive qui n'a pas tué la contradiction, ni sacrifié l'indépendance des juges du fond.

Le même esprit anime l'innovation procédurale de la cassation sans renvoi avec évocation du litige, lorsqu'elle est étendue à toutes les formations de la Cour en 1979. La faculté existait depuis 1967, au profit de la seule assemblée plénière, pour faire l'économie d'un renvoi devant une juridiction obligée d'entériner la doctrine de l'arrêt de cassation. Elle épargnait aux plaideurs les désagréments et les retards d'une nouvelle procédure et n'entravait en rien l'expression d'une résistance. Mais la loi de 1979 va beaucoup plus loin : elle étend la cassation sans renvoi à toutes les formations de la Cour (chambres ordinaires ou chambres mixtes) qui peuvent mettre fin au litige « lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée » (art. L. 411-3 COJ)⁵⁰. L'introduction des faits de la cause devant la chambre attributaire lui permet

⁴⁸ Il s'agit d'un renvoi facultatif, qui peut être ordonné par le premier président, le procureur général ou la chambre attributaire.

⁴⁹ J. KRYNEN, *L'Etat de justice. France, XIII^{ème} – XX^{ème} siècle*, II : *L'emprise contemporaine des juges*, *op. cit.*, p. 203.

⁵⁰ L'article L. 411-3 COJ prévoit une autre hypothèse de cassation sans renvoi « lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond », par exemple en cas d'appel irrecevable ou de nullité de procédure irréparable.

Mythe et réalités d'une société moniste

de clore le débat au fond. Cette décision au fond de la Cour de cassation, qui dispense du renvoi, obère toute possibilité de résister à son interprétation.

La cassation sans renvoi et le renvoi facultatif devant l'assemblée plénière sont des procédures qui privilégient le pouvoir sur l'ascendant, la « raison d'autorité » sur « l'autorité de la raison ». Il y a là un facteur de rigidité et de sclérose de la jurisprudence, dont la doctrine avait stigmatisé les dangers, dans ses commentaires de la loi du 3 janvier 1979. « La jurisprudence rapidement unifiée ne doit plus pouvoir être contestée. C'est pousser trop loin le jeu de la hiérarchie dans l'élaboration de la jurisprudence⁵¹ ».

La procédure de saisine pour avis est conçue dans un esprit très différent, celui du dialogue et de la collaboration. Consacrée par les lois du 15 mai 1991 en matière civile et du 25 juin 2001 en matière pénale⁵², elle reconnaît à la Cour de cassation le pouvoir de donner rapidement l'interprétation de la loi indépendamment d'un pourvoi. La saisine appartient aux juges du fond qui sollicitent un avis lorsqu'ils sont confrontés à « une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges » (art. L. 441-1 COJ). L'avis, rendu dans les trois mois, est délibéré par une formation prestigieuse⁵³, dotée d'une « autorité de conviction⁵⁴ » suffisante. Car cet avis ne lie ni la juridiction demanderesse, ni la Cour qui le donne ; il doit donc convaincre pour s'imposer à l'ensemble des chambres et aux juges du fond. Cette interprétation de la loi *ab initio* anticipe sur la formation et la cristallisation d'une divergence verticale. Elle présente également l'avantage de réintégrer les juges du fond dans la création prétorienne et de les associer à la démarche unificatrice⁵⁵.

⁵¹ M. JEANTIN, « Réformer la Cour de cassation ? », *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 487 ; dans le même sens, P. HEBRAUD, « "Aggiornamento" de la Cour de cassation », *DP* 1979, Chronique XXXIV, p. 212.

⁵² Loi n° 91-491 du 15 mai 1991 instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation (*JO* du 18 mai 1991, p. 6790) et loi n° 2001-539 du 25 juin 2001, art. 26 (*JO* du 26 juin 2001, p. 10122-10123).

⁵³ Cette formation réunit le premier président, le président et deux conseillers de chaque chambre concernée par la question litigieuse.

⁵⁴ Guy CANIVET, « L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence ? », *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, sous la dir. de N. MOLFESSIS, Paris, Economica, 2004, n° 30, p. 17.

⁵⁵ De 1992 à 2010, 202 avis ont été rendus dont 21 en matière pénale depuis 2002, une proportion assez faible au regard de l'inflation législative et de l'incomplétude

Ce dispositif légal a été complété par des moyens informels de prévention des divergences, mis en œuvre par la Cour de cassation dans ce même esprit de dialogue et de respect de l'indépendance des juges du fond. Elle entend promouvoir une « approche commune et interactive par une connaissance partagée de la jurisprudence ainsi qu'un dialogue renouvelé entre les juges⁵⁶ ». Il s'agit d'un dispositif de « veille juridique », fondé sur des mécanismes d'observation et de diffusion de la jurisprudence, permettant de repérer les divergences.

Depuis le 1^{er} janvier 2004, la Cour de cassation conduit un ambitieux projet de diffusion de la jurisprudence judiciaire. Une première base de données, dite *JuriCA*, réunit l'intégralité des arrêts des cours d'appel pour le seul domaine civil. Gérée par le service de documentation et d'études (SDE), elle est alimentée quotidiennement (ce qui représente environ 180 000 arrêts par an) et offre aux magistrats la possibilité d'une consultation *exhaustive* de la jurisprudence civile des cours d'appel, sur le site intranet de la Cour de cassation⁵⁷.

L'outil numérique est évidemment le support idéal pour répondre à cet objectif de diffusion et de circulation de l'information. Mais la Cour ne se contente pas de réseaux virtuels. Elle réunit tous les ans les premiers

des textes (statistiques rapportées par J.-F. WEBER, *La Cour de cassation, op. cit.*, p. 75)

⁵⁶ Discours de Monsieur V. LAMANDA, premier président de la Cour de cassation, lors de l'audience solennelle du 14 janvier 2010, *Rapport annuel 2009*, Paris, La Documentation française, 2009, p. 40.

⁵⁷ « Longtemps les juges ont été privés d'une consultation exhaustive des décisions déjà rendues dans des litiges comparables à ceux dont ils étaient saisis. Cette lacune est désormais comblée. La base de données *JuriCA*, que gère notre Cour et qui est alimentée quotidiennement, réunit l'intégralité des arrêts civils des cours d'appel, soit environ 180 000 par an. Elle sera prochainement étendue au domaine pénal. Tous les magistrats ont vocation à l'interroger sur le site intranet de la Cour de cassation, sans devoir éclairer leurs réflexions par la seule jurisprudence publiée et commentée. » (discours de Monsieur V. LAMANDA, premier président de la Cour de cassation, lors de l'audience solennelle du 14 janvier 2010, *ibid.*, p. 39). Cette base de données a été officialisée par le décret n° 2008-522 du 2 juin 2008 qui complète l'article R. 433-3 COJ relatif aux productions documentaires du SDE de la Cour de cassation ; il consacre l'abandon du traditionnel principe de sélection des décisions au profit d'un principe d'exhaustivité. L'accès à cette base est cependant limité à des usages internes et commerciaux (accès payant aménagé par l'art. R. 421-10 COJ), sous réserve de conventions spéciales de mise à disposition gratuite d'extraits de la base à des fins de recherche (E. SERVERIN, « Plaidoyer pour l'exhaustivité des bases de données des décisions du fond, A propos de l'ouverture à la recherche de la base *JuriCA* », *Recueil Dalloz*, déc. 2009, n° 43, p. 2882-2887).

Mythe et réalités d'une société moniste

présidents des cours d'appel, interlocuteurs privilégiés de ce « dialogue renouvelé ». Elle reçoit aussi en stage de nombreux magistrats spécialisés, afin d'élargir encore le débat sur ce thème de l'harmonisation, en y associant des praticiens spécialistes. La chambre sociale et la chambre criminelle participent à des sessions de formation régionales de magistrats et d'avocats, pour faire le point sur la jurisprudence récente et en examiner l'incidence sur les procès au fond⁵⁸. Enfin, la Cour de cassation établit et diffuse tous les trimestres le calendrier des audiences des chambres mixtes et de l'assemblée plénière, avec la référence des pourvois à juger et un résumé des questions à traiter. Ainsi informées, les juridictions du fond concernées par ces mêmes points de droit, peuvent différer leur décision par mesure d'administration judiciaire et éviter de se mettre en contradiction avec la Cour de cassation.

Pour perfectionné que soit le dispositif de règlement et de prévention des conflits, le traitement des divergences verticales n'est envisageable qu'à une condition : la réalisation de l'unité interne, comme gage d'autorité et de crédibilité à l'égard des juges du fond.

B - Le traitement des divergences horizontales

Jusqu'en 1947, il n'existe aucune procédure spécifique de résolution des conflits internes. Les divergences sont irréductibles, en particulier celles qui opposent la chambre civile et la chambre des requêtes. Le principe d'une formation spéciale chargée de veiller à l'unité interne est donc une invention récente. Encore aujourd'hui, la doctrine considère que le besoin d'une telle procédure « ne se concevait guère », puisque la Cour de cassation était composée de trois chambres à vocations bien distinctes. « La cour ne pouvait que rarement être en butte à des divergences d'interprétation entre ses chambres⁵⁹ ». Ce fut pourtant le cas, parfois durablement, lorsque la chambre des requêtes s'est éloignée de sa mission initiale pour rivaliser avec

⁵⁸ Le 30 mars 2012 à Nîmes, le président de la chambre sociale Alain Lacabarats a animé une session de formation réunissant magistrats, avocats et universitaires autour des « actualités du droit social ». Il est en outre régulièrement sollicité par l'EFACS (Ecole de formation des avocats centre sud) pour participer à l'Université d'été du droit social, autre temps fort de la formation professionnelle qui mobilise les praticiens au-delà du barreau. En août 2012 il interviendra, représenté le cas échéant par un membre de la chambre sociale, sur le thème « Bilan et perspectives de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation » (Les Journées Méditerranéennes de l'EFACS, *Droit social*, 29, 30 et 31 août 2012).

⁵⁹ R. LIBCHABER, « Un revenant : l'arrêt de chambre mixte », *RTDciv* 1999, n° 3, p. 735.

la chambre civile. De là sa propension à trancher elle-même les questions les plus délicates, par un rejet motivé, au lieu de se limiter à un examen superficiel des pourvois.

1947 : la chambre des requêtes est supprimée, une suppression dont on a longtemps discuté l'opportunité et qui divise encore⁶⁰. La matière civile est alors dévolue à trois chambres distinctes : une chambre civile, une chambre sociale et une chambre commerciale économique et financière. Pour la première fois, on envisage le risque de divergences internes et les moyens d'y remédier : la spécialisation des chambres –pour prévenir les conflits internes– et la résolution des conflits par une formation plénière, l'assemblée plénière civile.

La loi n'ayant pas imposé la répartition des compétences, afin d'éviter la rigidité du système, c'est le premier président de la Cour qui délimite tous les ans cette spécialisation en fonction des besoins, dans une ordonnance prise après avis du procureur général⁶¹. Les affaires sont ensuite réparties suivant leur nature. Mais la spécialisation ne suffit pas à prévenir les conflits puisqu'il existe des questions transversales –la procédure par exemple– communes aux différentes chambres.

Aussi prévoit-on, et c'est la grande innovation de la réforme de 1947, la création d'une assemblée plénière civile susceptible d'imposer aux chambres de la Cour une interprétation unique de la loi. Formation unique

⁶⁰ Guy Canivet considère que la suppression de l'instrument de filtrage en 1947 est une décision « manquant singulièrement de clairvoyance » qui a « favorisé l'engrenage inflationniste » (« L'organisation interne de la Cour de cassation... », *op. cit.*, n° 2, p. 4).

⁶¹ La répartition des compétences a d'abord été confiée au bureau de la Cour, composé du premier président, du président et du doyen de chaque chambre, du procureur général et du plus ancien avocat général (art. 2 de la loi du 23 juillet 1947). Une délibération prise au début de chaque année judiciaire par ce bureau détermine la compétence des trois chambres civiles (art. 3). Lors de la première répartition, il a été décidé que la première chambre civile (ancienne chambre civile) connaîtrait des matières civiles ordinaires, la deuxième (ancienne chambre des requêtes) devenue chambre commerciale et financière traiterait les affaires commerciales, les pourvois en matière de contributions indirectes et d'enregistrement, les questions de procédure. La troisième chambre succédait à la chambre sociale en conservant les mêmes attributions (P. HEBRAUD, « La loi du 23 juillet 1947 sur la Cour de cassation », *Dalloz hebdomadaire 1947*, Chronique XXXII, p. 126). Le système change avec la réforme du 3 juillet 1967. Désormais « les attributions de chacune des chambres civiles sont déterminées par ordonnance du Premier président après avis du procureur général » (art. 13).

Mythe et réalités d'une société moniste

permanente et supérieure⁶², elle est compétente pour traiter les conflits de chambres et les pourvois soulevant des questions de principe⁶³. Ses arrêts suivent le même circuit que ceux d'une chambre ordinaire siégeant isolément : en cas de cassation, sa décision ne lie pas la juridiction de renvoi. Si cette dernière résiste à l'assemblée plénière civile, le deuxième pourvoi est porté devant les chambres réunies. Paradoxalement, la solution unifiée ne s'impose pas non plus aux chambres de la Cour, aporie d'un système judiciaire qui refuse les mécanismes impératifs. Rien ne garantit par conséquent que les chambres en litige adopteront cette solution. L'assemblée plénière civile ne doit compter que sur sa supériorité hiérarchique, et sa force de conviction pour réduire les divergences internes.

L'institution s'est révélée décevante. Peu sollicitée depuis sa création, elle n'a rendu que 34 arrêts entre 1948 et 1967⁶⁴. On stigmatise d'abord son caractère contraignant : la mobilisation de trois ou quatre chambres paralyse le fonctionnement normal de la Cour, ce qui contrarie la politique de rendement mise en œuvre dans un contexte d'inflation des pourvois. Il semble en outre qu'elle n'ait pas pleinement assumé son rôle. En restreignant l'objet de ses décisions afin de ne pas heurter le particularisme des chambres, elle les a encouragées indirectement à cultiver leur indépendance. L'unification recherchée s'en est trouvée compromise ou affaiblie⁶⁵. Ayant pris acte de cet échec, le législateur abandonne cette formation en 1967 au profit d'une solution plus fluide : les chambres mixtes. La réforme est d'autant plus nécessaire qu'il y a désormais cinq chambres civiles.

La structure de la chambre mixte est allégée, puisqu'il s'agit d'une formation spéciale, dont la composition varie en fonction des acteurs du conflit. Elle est composée *a minima* de conseillers issus des deux chambres en

⁶² La loi fixe le *quorum* à 15 (il est de 35 pour les chambres réunies). Sont appelés à siéger des conseillers issus de chaque chambre (dont les membres de la chambre criminelle lorsque celle-ci est concernée) : premier président, présidents et doyens, assistés de spécialistes compétents.

⁶³ En vertu de la loi de 1947, l'assemblée plénière civile peut être saisie en cas de partage égal des voix au sein d'une formation de jugement (la formation plénière d'une chambre, et aujourd'hui la formation de section ne sont pas soumises à la règle de l'imparité), quand l'affaire pose une question de principe ou lorsque la solution serait susceptible de causer une contrariété de décisions (*cf. supra* note 34).

⁶⁴ Inventaire réalisé à partir du *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles, Assemblée plénière, 1948-1967*.

⁶⁵ P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, n° 11, p. 343

litige, et placés sous l'autorité du premier président, ce qui n'exclut pas un effectif plus large si le point de droit discuté intéresse d'autres chambres⁶⁶. La politique d'unification s'en trouve sensiblement modifiée. A l'unification par voie d'autorité –celle d'une formation supérieure– on préfère la voie de la conciliation. La chambre mixte est ainsi devenue une émanation des chambres en conflit qui sont invitées, dans le cadre de cette formation temporaire, à trouver elles-mêmes la solution ou le compromis qui harmonisera leurs jurisprudences.

Prenant le contrepied de la version initiale, la loi de 1967 allège la composition, privilégie *l'unité par voie d'entente* et ajoute un cas d'ouverture : la chambre mixte peut désormais être saisie à titre préventif, indépendamment de tout conflit, « lorsque l'affaire pose une question relevant normalement des attributions de plusieurs chambres », c'est-à-dire lorsque le moyen du pourvoi soulève plusieurs questions susceptibles de concerner des spécialités différentes (droit social et droit commercial par exemple) ou s'il s'agit d'une question transversale, commune à toutes les chambres (la procédure). Pour spécialisée qu'elle soit en la matière, la 2^e chambre civile n'a pas l'exclusivité des moyens de procédure, régulièrement soulevés devant les autres chambres. La réforme de 1979 confirme cette politique préventive. Délaissant l'imprécise formule de la « contrariété de décisions », elle vise expressément le cas de la question qui « a reçu ou est susceptible de recevoir, devant les chambres, des solutions divergentes⁶⁷ », et distingue ainsi le conflit déclaré du conflit éventuel.

Cette volonté de prévenir le conflit –dans sa dimension verticale et horizontale– semble être au cœur de toutes les préoccupations depuis 1967. Elle révèle une conception rigide de l'unification, conditionnée par des impératifs de rentabilité. La divergence y est perçue comme une entrave au cours de la justice, à la sécurité juridique. Il ne faut donc plus se contenter de résoudre les conflits avérés mais prévenir les conflits éventuels, quitte à tuer le débat en évitant le dialogue. L'unité interne, comme condition de la mission régulatrice, est à ce prix.

⁶⁶ Une chambre mixte doit réunir le premier président, le président et le doyen de chaque chambre, deux conseillers par chambre, soit 9 membres au minimum (si deux chambres sont représentées) et jusqu'à 25 (s'il est fait appel à toutes les chambres).

⁶⁷ Cf. *supra* I, B, notes 34 à 36. A noter toutefois que la loi du 3 janvier 1979 retire à la chambre mixte sa compétence sur « les questions de principe » pour la transférer à l'assemblée plénière, jugée plus apte et plus légitime sur les grandes questions de jurisprudence.

Mythe et réalités d'une société moniste

Une telle extension des compétences aurait dû multiplier les audiences des chambres mixtes. La formation est en effet très mobilisée jusqu'en 1975. C'est, dit-on, le temps « des riches heures de la chambre mixte⁶⁸ » qui prend des positions audacieuses, impose des revirements depuis longtemps attendus⁶⁹. Puis le nombre des pourvois diminue à partir de 1976⁷⁰. Comment l'interpréter ? S'agit-il d'un dysfonctionnement, d'une inadaptation de l'institution à sa mission ou faut-il y voir, au contraire, le signe tangible d'un tarissement des conflits de chambres, de la réalisation progressive de l'unité interne par d'autres voies ?

Force est de constater que la voie d'entente, privilégiée par la réforme de 1967, est un échec. La composition de la chambre mixte, émanation des chambres en conflit, n'est manifestement pas adaptée à un esprit d'indépendance toujours vivace, ce qui compromet sa mission conciliatrice. Incapables de s'entendre, les chambres votent en bloc dans le même sens, laissant *in fine* au premier président le rôle d'arbitre. Une décision d'harmonisation interne ne peut émaner d'un seul magistrat, aussi éminent et compétent soit-il. Elle y perd sa force de conviction et sa crédibilité.

La loi de 1979 tente de corriger cette faiblesse en élargissant la composition de la chambre mixte aux membres d'une troisième chambre, extérieure au conflit, pour faciliter l'élaboration d'un compromis ou la découverte d'une issue en cas de blocage. Mais les solutions transactionnelles étant difficiles à concevoir et à mettre en œuvre, la chambre mixte tranche plus souvent le conflit en faveur de l'une des solutions en présence. Or, la chambre minoritaire, parce qu'elle est désavouée, ne s'y rallie pas volontiers, ce qui pose la question de l'autorité d'un arrêt qui, rappelons-le, ne lie pas les chambres de la Cour. Dans ces conditions, la formation mixte est de plus en plus délaissée au profit de la formation plénière, sollicitée en raison de sa supériorité hiérarchique, pour

⁶⁸ R. LIBCHABER, « Un revenant : l'arrêt de chambre mixte », *op. cit.*, p. 736.

⁶⁹ Quelques décisions fameuses ont marqué les premières années de la chambre mixte : application de l'article 1384 al. 1 du code civil au transport bénévole (20 décembre 1968, *D.* 1969.1.37), indemnisation de la concubine de la victime (27 février 1970, *D.* 1970.1.201), délimitation des contours du pacte sur succession future (27 novembre 1970, *D.* 1971.1.81), rapprochement des obligations solidaires et *in solidum* (26 mars 1971, *JCP éd. G.* 1971.II.16762).

⁷⁰ 1968-1975 : 39 arrêts – 1976-1983 : 31 arrêts – 1984-1991 : 14 arrêts – 1992-1999 : 13 arrêts (*Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, Chambre mixte, 1968-1999).

prévenir ou résoudre les conflits horizontaux⁷¹. On en revient *de facto* à la voie d'autorité.

A partir de l'an 2000, les statistiques semblent infirmer la tendance avec une mobilisation sans précédent de la chambre mixte jusqu'en 2007 (52 arrêts), suivie d'un nouveau ralentissement depuis 2008 avec seulement huit arrêts (janvier 2008-mai 2011)⁷². Il n'appartient pas à l'historien de commenter ces chiffres avec si peu de recul ; l'exercice serait par trop périlleux, à défaut d'analyse exhaustive et approfondie de ces décisions. Il est en revanche légitime de les confronter à la parole des acteurs. Or, la Cour de cassation, par la voix de ses premiers présidents, insiste sur les progrès de l'unité interne pour expliquer la démobilité récente de la chambre mixte. L'état d'esprit, nous dit-on, a beaucoup changé, « chacune des chambres ayant aujourd'hui conscience de la nécessité d'une jurisprudence unitaire⁷³ ». Il semble qu'elles aient renoncé à l'esprit de corps et à leur culture d'indépendance, principaux écueils à la politique d'harmonisation. Le premier président Lamanda confirme cet irénisme, qu'il explique par le succès des procédures de concertation et de coopération mises en œuvre par la Cour elle-même.

« Animée par cette exigence d'une prévisibilité et d'une sécurité accrues, la Cour s'est employée à éviter que les divergences de jurisprudence ne surviennent entre ses différentes formations. Les dispositions prises en vue d'une meilleure concertation interne ont notamment permis de *diviser par quatre les cas nécessitant la réunion d'une chambre mixte* pour mettre fin à une discordance⁷⁴ ». La politique du « dialogue » ne s'arrête donc pas au seuil de la Cour de cassation. Elle s'y déploie au contraire par la promotion et la diversification des moyens nécessaires à la circulation de l'information. Ces procédures informelles de concertation interne mobilisent tous les acteurs de la Cour, individuellement ou collégalement.

⁷¹ R. LIBCHABER, « Un revenant : l'arrêt de chambre mixte », *op. cit.*, p. 738. Rappelons que dès 1979, la « voie d'autorité » est privilégiée lorsque le législateur retire les « questions de principe » à la chambre mixte pour les confier à l'assemblée plénière.

⁷² 4 arrêts en 2000, 1 en 2001, 7 en 2002, 3 en 2003, 4 en 2004, 9 en 2005, 11 en 2006, 13 en 2007, 3 en 2008, 3 en 2009, 2 en 2010 (*Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, Chambre mixte, 2000-2010).

⁷³ Guy CANIVET, « L'organisation interne de la Cour de cassation... », *op. cit.*, n° 32, p. 19.

⁷⁴ Discours de Monsieur V. LAMANDA, premier président de la Cour de cassation, lors de l'audience solennelle du 14 janvier 2010, *Rapport annuel 2009*, *op. cit.*, p. 39.

Mythe et réalités d'une société moniste

Le rôle des présidents de chambre et des avocats généraux est à cet égard essentiel, chacun ayant une vision globale du contentieux de sa chambre. La Cour a également doté chaque chambre d'un doyen qui en est la mémoire, garantissant ainsi la cohérence de sa jurisprudence. Les échanges informels entre ces trois « têtes » de chambre sont devenus indispensables. Par exemple, les présidents de chambre organisent des réunions régulières avec le service de documentation et d'études, afin de se tenir informés des innovations jurisprudentielles susceptibles d'affecter l'ensemble de la Cour. Ce service est en effet au cœur de la mission de connaissance et de diffusion de la jurisprudence, mais il est aussi le principal artisan du classement et du rapprochement des dossiers, ce qui facilite l'identification des divergences.

Les organes collégiaux participent aussi à cette veille juridique : *l'assemblée générale*⁷⁵, ou encore *la conférence*. Cette conférence, qui ne figure dans aucun texte, est une institution de cohérence et d'harmonisation au sein de chaque chambre. Elle réunit le président, le doyen et l'avocat général au terme de l'instruction d'un pourvoi, et se tient en général deux semaines avant l'audience. Il s'agit d'un premier examen collectif du dossier, d'une confrontation des points de vue au cours de laquelle peuvent apparaître des divergences d'opinions qui nourrissent le processus d'élaboration de la solution, mais qui ont vocation à s'harmoniser. La conférence demande parfois au rapporteur du dossier de consulter officieusement le conseiller d'une autre section ou d'une autre chambre « pour éviter les contradictions de jurisprudence⁷⁶ ».

Tout est mis en œuvre pour éviter l'isolement et la sectorisation dans le traitement des dossiers. Il existe à cette fin des procédures spécifiques de consultation, lorsqu'une chambre doit examiner un moyen qui relève du contentieux d'une autre chambre. La saisine de la chambre mixte – théoriquement possible dans ce cas – peut être évitée grâce à une demande d'avis formée auprès de la chambre compétente. D'abord officieuses et informelles⁷⁷, ces consultations ont été réglées par le code de procédure

⁷⁵ Réunie chaque fois que le premier président l'estime opportun (au moins deux fois par an), elle est l'occasion d'un échange de vues très libre entre ses membres en fonction de l'ordre du jour. (Y. CHARTIER, *La Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2001, p. 31).

⁷⁶ D. TRICOT, « L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation », *JCP éd. G* 2004.I.108.

⁷⁷ Le conseiller rapporteur, le président de chambre ou la conférence se rapprochent de leurs homologues afin d'éclaircir le point de droit litigieux, et la chambre compétente se prononce officieusement sur les moyens qui la concernent. La deuxième chambre civile, ou « chambre de la procédure », est à ce titre

civile⁷⁸. L'avis est alors rendu après un délibéré de la chambre consultée pris sur le rapport d'un conseiller et les conclusions d'un avocat général. En prévenant ainsi les discordances, la Cour de cassation limite les pourvois devant la chambre mixte et s'ouvre la voie de l'unité interne.

*

* *

« Toute antinomie, toute contradiction, serait l'échec du droit, de ce fait même atteint dans son autorité. Jamais définitivement acquise, cette mise en cohérence est une quête permanente qui est l'œuvre du juge⁷⁹ ». Le monisme juridique postule que la loi est une, mais ses faiblesses de fond et de forme exigent une interprétation dont la réalité est plurielle. Les magistrats désunis par le droit et néanmoins serviteurs du mythe unitaire ont dû composer avec cette réalité conflictuelle sans jamais cesser de chercher les voies de l'unité. Mais dans quel esprit, selon quelle logique ? Avec le recul, il est possible d'identifier les grandes phases qui ont marqué cette quête, chacune correspondant à des politiques d'unification ou d'harmonisation très différentes.

Jusqu'en 1947, il n'existe qu'une seule voie, celle des chambres réunies, qui s'inscrit dans une dimension exclusivement verticale des conflits (la résistance des juges du fond). La question de l'unité interne, pourtant fort compromise par la rivalité qui oppose la chambre civile à la chambre des requêtes, est occultée : les conflits de chambres demeurent irréductibles.

Entre 1947 et 1990, l'inflation du contentieux et la multiplication des formations de jugement à la Cour de cassation aggravent le problème des divergences verticales et horizontales. On tente d'y remédier par une conception très rigide de l'unification. Cassation sans renvoi, saisine de l'assemblée plénière ou de la chambre mixte indépendamment de tout conflit, toutes ces techniques préventives ont un point commun : tuer le

particulièrement sollicitée par toutes les autres. Elle a donc pris une initiative originale : la création d'une consultation permanente, ouverte une matinée par semaine aux conseillers ou avocats généraux des autres chambres souhaitant s'informer sur une question de procédure. (Y. CHARTIER, *La Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 46).

⁷⁸ Art. 1015-1 du code de procédure civile, introduit par décret n° 99-131 du 26 février 1999, art. 12.

⁷⁹ Discours de G. CANIVET, premier président de la Cour de cassation, lors de l'audience solennelle du 7 janvier 2005, *Rapport annuel 2004*, Paris, La Documentation française, 2004, p. 29.

Mythe et réalités d'une société moniste

débat, museler la contradiction, qu'elle émane des juges du fond ou des chambres spécialisées de la Cour de cassation. La prévention l'emporte sur la résolution des conflits et l'esprit de la loi tend à renier toute forme de divergence ou de jurisprudence marginale. On sacrifie le dialogue sur l'autel de la rentabilité et de la sécurité juridique. Le risque : une accélération de la formation de la jurisprudence, qui nuit à la qualité de l'interprétation et de la création prétorienne⁸⁰. L'archétype d'une telle conception de l'unification pourrait bien être la loi du 3 janvier 1979.

Mais depuis vingt ans, il semble que l'on s'oriente vers une conception plus souple de l'unification, qui privilégie le dialogue et le débat dans tous les réseaux. La procédure de saisine pour avis ou les procédures internes de concertation bicamérale en sont une illustration. Il n'est plus temps de subir le phénomène des désunions jurisprudentielles, en étouffant les dissidences. Ecouter, s'inspirer, convaincre, diffuser, le processus d'harmonisation doit associer l'autorité de la raison à la publicité de la décision : telles sont aujourd'hui les voies de l'unité.

⁸⁰ Si le raisonnement vaut pour *l'esprit* de la loi, il peut être démenti par la *mise en œuvre*. Aucune étude exhaustive des différentes voies n'ayant été conduite sur la période visée, afin de confirmer ou d'infirmer l'hypothèse, il convient de rester prudent et de s'en tenir à l'esprit.

**JUGES FRANÇAIS ET JUGES EUROPEENS : UN OU PLUSIEURS
CORPS ET UNE OU PLUSIEURS VOIX POUR DIRE
LES REGLES COMMUNES ?**

**par Lycette Condé,
maître de conférences en droit privé,
Université Toulouse 1 Capitole**

La norme est au cœur de la construction européenne, que cette dernière s'édifie sous l'égide de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe¹. Dans cette construction de l'Europe par le droit², les cours européennes et

¹ Zaki LAÏDI, *La norme sans la force - L'énigme de la puissance européenne*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, coll. Nouveaux débats, 2005 ; Bernard STIRN, « Juridictions nationales et cours européennes », in *Indépendance(s), Études offertes au Professeur Jean-Louis Autin*, Presses de la Faculté de Montpellier, 2011, vol. 2, p. 1305.

² Créé le 5 mai 1949 par 10 États fondateurs (Belgique, Danemark, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Norvège et Suède), le Conseil de l'Europe qui compte désormais 47 États-membres, a pour objectif de favoriser en Europe un espace démocratique et juridique commun, organisé autour de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et d'autres textes de référence sur la protection de l'individu (« Le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social », article 1 a du chapitre 1^{er} du traité de Londres du 5 mai 1949 instituant le Conseil de l'Europe). Lorsque dans les années 1950, les six pays fondateurs (France, Allemagne, Italie, Luxembourg, Belgique, Pays-Bas) fondent la Communauté économique du charbon et de l'acier (traité de Paris du 18 avril 1951) et la Communauté économique européenne (traité de Rome du 23 mars 1957), le but poursuivi est une intégration économique de l'Europe. Les Communautés européennes sont alors avant tout conçues comme une organisation économique destinée à supprimer les barrières aux échanges commerciaux et basée sur les quatre grandes libertés de circulation (les biens, les services, les capitaux, les personnes). Progressivement la communauté européenne, devenue Union européenne en 1992 par le traité de Maastricht laquelle compte aujourd'hui 27 États membres, a développé des politiques européennes de sécurité et de défense ou une politique extérieure, et à l'objectif du marché unique a succédé celui de la création d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice », incluant le principe du développement

les juges nationaux, interprètes des règles communes de l'Union européenne ou conventionnelles du Conseil de l'Europe sont appelés à jouer un rôle déterminant. Au sein des nouveaux « ordres » juridictionnels européens ainsi créés et insusceptibles, dans leur architecture comme dans leur fonctionnement, d'être appréhendés selon le modèle traditionnel pyramidal, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), amenées à définir le sens et la portée des règles communes et de veiller à leur respect par les États, apparaissent comme les « chefs de file » des réseaux des juridictions nationales, juridictions de droit commun pour le droit de l'Union européenne ou la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³.

Dans ce contexte renouvelé par sa participation aux ordres juridictionnels européens pour dire les règles communes, la magistrature française voit-elle son unité renforcée ou ses divisions accentuées ? La question mériterait assurément d'être appréhendée dans une triple perspective, nationale, européenne et mondiale. Toutefois, seule la seconde sera ici développée⁴, la première et la dernière étant simplement esquissées par quelques propos généraux corrélativement introductifs et conclusifs.

Dans une perspective nationale et dans le miroir des deux Europes (Union européenne et Conseil de l'Europe) l'image de l'unité ou des

durable (traité d'Amsterdam de 1997), puis dans le traité de Lisbonne celui de la constitution d'une organisation politique poursuivant la promotion de la paix, de ses valeurs (respect de la dignité humaine, liberté, démocratie, égalité, État de droit et respect des droits de l'homme), les sociétés des États membres devant être caractérisées par le pluralisme, la tolérance, la justice, la solidarité et la non-discrimination.

³ V. Olivier DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2001 ; Frédérique BERROD, « Plaidoyer pour une union de droit dans la diversité des systèmes judiciaires nationaux », in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, p. 81 ; Amaya UBEDA DE TORRES et Emmanuelle BRIBOSIA, « Dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et les cours nationales : regards croisés » (partie I, Amaya UBEDA DE TORRES, « Un dialogue sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme », p. 194 ; partie II, Emmanuelle BRIBOSIA, « Un dialogue sous l'influence des terrains juridiques nationaux », p. 219), in *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, sous la direction de Emmanuelle BRIBOSIA, Laurent SCHEECK et Amaya UBEDA DE TORRES, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 189, v. spéc. l'introduction, p. 189-193.

⁴ La seule perspective européenne étant déjà vraisemblablement trop ambitieuse.

Juges français et juges européens

divisions de la justice française est celle renvoyée par un miroir grossissant ou déformant : un miroir tantôt grossissant qui accuse l'artificialité de certaines unions ou divisions internes, tantôt déformant qui décompose et recompose les unions ou divisions internes.

Le miroir se fait simplement grossissant quand les décisions européennes viennent alimenter des débats hexagonaux déjà anciens en soulignant par exemple la fragilité de l'unité du corps judiciaire, composé des magistrats du siège et du parquet⁵, ou le caractère dépassé de certaines divisions comme la dualité des ordres juridictionnels administratif et judiciaire⁶.

⁵ Par ses arrêts *Medvedyev et autres c. France* (5^{ème} sect., 10 juillet 2008, Req. n° 3394/03) et *Moulin c. France* (5^{ème} sect. 23 novembre 2010, Req. n° 37104/06) la Cour EDH a considéré que le ministère public français n'était pas une « autorité judiciaire » au sens que la jurisprudence de cette Cour donne à cette notion, notamment parce qu'il ne dispose pas d'une indépendance suffisante vis-à-vis de l'exécutif. Par arrêt rendu le 15 décembre 2010 (n° 10-83.674), la chambre criminelle de la Cour de cassation a entériné cette solution en refusant de voir dans le ministère public une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la convention européenne des droits de l'homme, à défaut de présenter les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte (V. <http://libertes.blog.lemonde.fr/2010/12/16/le-role-du-parquet-le-dossier-de-la-cour-de-cassation/>). Dès lors que le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-14/22 du 20 juillet 2010 sur la garde à vue a, de son côté et en contradiction avec la jurisprudence européenne, rappelé que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet (considérant 26), une réforme du statut des magistrats du parquet préservant l'unité du corps judiciaire tout en respectant les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme est devenue inéluctable. Sur cette question abondamment débattue, v. récemment, Christine LAZERGES, « Pour une justice indépendante », in *Indépendance(s), Études offertes au Professeur Jean-Louis Autin*, Presses de la Faculté de Montpellier, 2011, vol. 2, p. 1033 et les réf. ; Jean-Claude BECANE, « Statut du parquet et indépendance de la justice », *Le Monde*, Idées, 9 décembre 2011, http://www.lemonde.fr/idees/article/2011/12/09/statut-du-parquet-et-independance-de-la-justice_1615478_3232.html; Alexandre PLANTEVIN, « Plaidoyer pour le parquet », *Le Monde*, Blogs, 11 avril 2012, <http://libertes.blog.lemonde.fr/2012/04/11/tribune-plaidoyer-pour-le-parquet-par-alexandre-plantevin/>; et contre cette transformation du statut du parquet, v. Daniel SOULEZ-LARIVIERE, « Pour une transformation du statut du parquet », *Les Échos*, 6 janvier 2011, reproduit à l'adresse <http://www.soulezlariviere.com/le-metier-d-avocat/article/pour-une-transformation-du-statut-du-parquet.html>

⁶ Certes, les normes européennes et conventionnelles n'imposent rien aux États membres ou parties en termes d'organisation juridictionnelle, laquelle relève de l'autonomie institutionnelle des États. Ni reconnu, ni condamné dans son principe même, le dualisme juridictionnel français est toutefois susceptible d'exposer la

Mais le miroir se révèle déformant quand la plénitude de compétence dévolue au juge national pour faire prévaloir le droit de l'Union ou le droit conventionnel malmène la dualité des ordres de juridiction ou la dépendance hiérarchique des juridictions inférieures. Ainsi la séparation des ordres juridictionnels est-elle remise en cause par le pouvoir que se reconnaît le juge judiciaire d'écartier immédiatement l'application d'un acte administratif contraire aux traités sans renvoyer la question de l'appréciation de sa validité aux tribunaux administratifs⁷. Ainsi encore l'obligation faite au juge de laisser inappliquée toute disposition de la loi nationale contraire au droit de l'Union européenne ou à la convention produit-elle un double effet émancipateur à l'égard du pouvoir législatif pour le pouvoir judiciaire dans son ensemble⁸, ferment de cohésion du corps

France à des condamnations par la Cour EDH pour violation du droit à un procès équitable à des titres divers : non respect du délai raisonnable, participation du garde des Sceaux en cas de partage des voix devant le Tribunal des conflits, défaut de sécurité juridique en cas de contrariété de jurisprudences des deux ordres... (sur tous ces points, v. Jean-François FLAUSS, « Dualité des ordres de juridiction et convention européenne des droits de l'homme », in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 523. En outre, comme l'explique notamment Philippe LEGER, «... les normes juridiques produites par les communautés européennes, l'Union européenne et la Cour de Luxembourg, d'une part, celles produites par le Conseil de l'Europe et la Cour de Strasbourg, d'autre part, irriguent et imprègnent de la même manière toutes les branches du droit, sans établir de distinctions entre le droit public et le droit privé et sans se soucier de savoir quel ordre juridictionnel en assurera l'application... Les relations entre les deux ordres sont bonnes... Les choses pourraient rester ce qu'elles sont... Mais ce serait au mépris de la clarté de notre système juridictionnel, de la simplicité de son fonctionnement, de l'intérêt des justiciables et des finances publiques » (« Le dualisme juridictionnel a-t-il encore une raison d'être ? », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 233, spéc. p. 237 et 239). V. également en ce sens et dans ce colloque, la contribution de Jean-Gabriel SORBARA et *contra* celle de Bernard PACTEAU.

⁷ V. pour un acte contraire au droit communautaire : Cass. Com., 6 mai 1996, *Bull. Cass.*, IV, n° 125, p. 109 ; Cass. Soc., 18 décembre 2007, *RATP / Somazzi*, n° 06-45.132, *RDT* 2008, p. 393, obs. M. SCHMIDT ; *JCP* 2008. II. 10023, note D. JACOTOT ; Cass. Civ. 2^{ème}, 20 décembre 2007, n° 06-20.563 et pour un acte contraire à la convention européenne : Cass. Civ. 1^{ère}, 3 avril 2001, n° 00-05.026 et 00-05.030, *Bull. civ.* I, n 97. V. également, Ami BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Louis Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 1.

⁸ Le juge national d'un État membre dispose ainsi de pouvoirs inédits tirés de l'ordre de l'Union ou de la convention. Alors que la règle de l'autonomie procédurale des États signifie que c'est le droit national qui définit l'office du juge,

Juges français et juges européens

des magistrats, mais aussi à l'égard des cours suprêmes françaises pour les juges du fond, ferment de nouvelles divisions⁹. En outre pour ces cours suprêmes nationales, l'émancipation à l'égard du pouvoir législatif a pour contrepartie une suprématie limitée par l'encadrement de leur activité par les cours européennes¹⁰ et un risque de conflit avec le Conseil constitutionnel, dès lors qu'une disposition législative jugée conforme à la constitution peut être ensuite écartée par le Conseil d'État ou la Cour de

cette autonomie est encadrée dès lors que ces règles procédurales nationales ne doivent pas rendre en pratique impossible l'exercice des droits que les justiciables tiennent du droit de l'Union ou de la convention. Le juge national est ainsi autorisé à s'affranchir des règles nationales. Sur le droit d'ordonner des mesures provisoires pour assurer la pleine efficacité du droit de l'Union et garantir l'effet utile des droits conférés par le droit de l'Union même là où le droit national ne le permettait pas, v. CJCE, 19 juin 1990, *Factotarme*, Aff. C-213/89, *Rec.* 1990, p. I-02433).

⁹ Dans son commentaire de l'arrêt *Rheinmühlen* (CJCE, 12 février 1974, Aff. 167/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, *Rec.* 1974, p. 33), par lequel la Cour de justice a déclaré qu'« une règle de droit national, liant les juridictions ne statuant pas en dernière instance à des appréciations portées en droit par la juridiction supérieure, ne saurait enlever à ces juridictions la faculté de saisir la Cour de justice des questions d'interprétation du droit communautaire concerné par de telles appréciations de droit », Jean Boulouis observe que cette décision de la Cour « relativise la dépendance hiérarchique des juridictions inférieures » (*A.F.D.I.*, 1974, p. 425). V. également Ami BARAV, art. précité ; Fernand GREVISSE et Jean-Claude BONICHOT, « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres », in *L'Europe et le droit, Mélanges Jean Boulouis, op. cit.*, p. 297 ; Brunessen BERTRAND, « La jurisprudence Simmenthal dans la force de l'âge. Vers une complétude de compétence du juge national », *Revue Française de Droit Administratif*, n° 2/2011, p. 367.

¹⁰ Au lendemain de l'arrêt *Dulaurans* (Cour EDH, 3^{ème} section, *Affaire Dulaurans c. France*, Req. n° 34553/97) rendu par la Cour de Strasbourg le 21 mars 2000 et ayant condamné la France pour violation de l'article 6, § 1, de la convention européenne au motif que la Cour de cassation avait commis « une erreur manifeste d'appréciation » en retenant que le moyen de cassation exposé par Mme Dulaurans était nouveau et de ce fait irrecevable, le procureur général près la Cour de cassation, Jean-François Burgelin, constatait que s'était créé un nouveau degré de juridiction au dessus de la Cour suprême judiciaire nationale, et s'interrogeait sur la nécessité de supprimer ou réformer la Cour de cassation, « coincée entre deux juridictions qui examinent les affaires en fait et en droit : la cour d'appel et la Cour européenne des droits de l'homme » (*La Cour de cassation en question*, Dalloz, 2001, p. 932). Adde, Benoît DEJEMEPPE et François OST, « Faut-il conserver la Cour de cassation ? », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Larcier, 2008, p. 53.

cassation à l'occasion d'un contrôle d'euro-compatibilité ou de conventionnalité¹¹.

À l'échelle européenne, ces accentuations, décompositions et recompositions des unions ou divisions internes des juges nationaux sous l'influence des droits européens indiffèrent et relèvent de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États. Pour l'Europe des 27 et la « grande Europe » des 47, pour la Cour de justice comme pour la Cour EDH, il importe seulement que le justiciable voie les droits qu'il tire des deux ordres

¹¹ Sur les conflits entre constitutionnalité et conventionnalité, v. Julien BONNET, « L'indépendance du contrôle de conventionnalité des lois », in *Indépendance(s), Études offertes au Professeur Jean-Louis Autin, op. cit.*, vol. 2, p. 1231. Il faut souligner par ailleurs que, au lendemain de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, la crainte de la Cour de cassation de voir son indépendance remise en cause par l'introduction de la QPC en droit français a conduit cette cour à rechercher une alliance inédite du côté de la CJUE. Sur cet épisode largement médiatisé et abondamment commenté, Jérôme ROUX, « La QPC menace-t-elle l'indépendance du Conseil d'État et de la Cour de cassation vis-à-vis du Conseil constitutionnel ? », in *Indépendance(s), Études offertes au Professeur Jean-Louis Autin, op. cit.*, vol. 2, p. 1253. Il faut également noter que le Conseil constitutionnel français, tant qu'il s'en tenait à un contrôle de constitutionnalité des lois abstrait effectué *a priori*, et en dehors de tout litige échappait lui-même au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme. Depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel étant alors saisi dans le cadre d'une « instance en cours de juridiction » et sa décision de constitutionnalité ayant des conséquences directes sur l'issue du litige au cours duquel elle a été soulevée, il relèvera, à l'instar de nombre de cours constitutionnelles européennes, du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme sous l'angle de l'équité du procès constitutionnel. Sur l'absence d'immunité du droit constitutionnel et des juridictions constitutionnelles nationales, v. Didier MAUS, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle supranationale », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles, Parcours des droits de l'homme, Liber amicorum Michel Melchior*, Anthemis, 2011, p. 477. Par ailleurs en précisant dans l'arrêt *Melki et Abdeli* (CJUE 22 juin 2010, aff. jtes C-188/10 et C-189/10) qu'avant le contrôle incident de constitutionnalité d'une loi dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive, les « juridictions suprêmes sont tenues d'interroger la Cour de justice sur la validité de cette directive, à moins que la juridiction déclenchant le contrôle incident de constitutionnalité n'ait elle-même choisi de saisir la Cour de justice de cette question » (point 56), la Cour de justice a invité le Conseil constitutionnel à s'engager, à rebours de sa décision du 27 juillet 2006 (Cons. const., n° 2006-540-DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *Rec. Cons. const.* p. 88), dans la coopération préjudicielle (V. Bertrand BRUNESSEN, « La jurisprudence Simmenthal dans la force de l'âge. Vers une complétude de compétence du juge national », art. préc.).

Juges français et juges européens

juridiques européens juridictionnellement et effectivement protégés. C'est à l'ensemble des juges nationaux que les deux ordres juridiques européens ont confié le soin d'assurer cette protection des droits et libertés garantis aux citoyens européens, pour permettre à ces derniers de s'en prévaloir efficacement. C'est à cette fin que, promus premiers gardiens, les juges nationaux ont vu leur pouvoir juridictionnel accru, les pouvoirs exécutif et législatif se trouvant placés sous leur étroite surveillance.

Dans une perspective européenne, n'existent donc que des juges nationaux, qui importent moins aux deux ordres juridiques européens par leur nationalité que par leur qualité partagée de juges de droit commun du droit de l'Union ou des droits de l'homme¹². Les juges des 27 États membres ou des 47 États parties, organes de l'ordre juridique de l'Union européenne et-ou de l'ordre juridique conventionnel (« et », pour les 27, tous également États parties à la convention), participent de ces nouvelles communautés institutionnelles au plan international, à savoir la communauté des juges des États de l'Union européenne augmentée de la CJUE et-ou la communauté des juges des États du Conseil de l'Europe augmentée de la Cour EDH¹³.

« L'Europe des juges », pour reprendre l'expression de Robert Lecourt¹⁴, c'est cette union des juges nationaux, pour lesquels la CJUE et la Cour EDH doivent jouer le rôle de traits d'union. Une union par-delà les frontières pour dire et interpréter le droit commun¹⁵. Le droit commun vivant, le

¹² Sauf pour ces deux Cours à définir respectivement ce qu'est un juge au sens de l'UE et au sens de la convention. Dans son arrêt *Vaassen-Göbbels* la Cour de justice a proposé six critères nécessaires à la qualification de juridiction nationale au sens du droit de l'Union : l'origine légale, l'indépendance, la permanence, la prise de décision ayant force obligatoire, l'application de règles de droit et l'existence d'une procédure contradictoire (CJCE, 30 juin 1966, *Vaassen-Göbbels*, aff. C-61/65). Ces critères ont été rappelés par la Cour de justice dans son ordonnance du 14 mai 2008 (*Jonhatan Pilato c. Jean-Claude Bourgault*, aff. C- 109/07) pour refuser, faute d'indépendance, à la prud'homie de pêche de Martigues la qualité de juridiction (sur ces prud'hommes pêcheurs, v. dans cet ouvrage la contribution de Bernadette BEDRY-PIERCHON). Pour la définition retenue par la Cour EDH, v. les réf. *supra* note 5.

¹³ V. à propos des juges nationaux dans l'UE, Guy CANIVET, « Le droit communautaire et le juge national », in *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, sous la direction de Denys SIMON, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 81, spéc. p. 84.

¹⁴ Robert LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976.

¹⁵ Sur l'interprétation en droit, v. not., *Interprétation et droit*, sous la direction de Paul AMSELEK, Bruxelles, Bruylant et PUAM, 1995 ; Gérard TIMSIT, « La loi : à la recherche du paradigme perdu », in *Archipel de la norme*, PUF, coll. Les voies du droit, 1997 et *Les figures du jugement*, coll. Les voies du droit, Paris, P.U.F., 1993 ;

produit de l'interprétation mise en partage, apparaît comme un nouveau « droit choral »¹⁶ émané des chœurs des juges nationaux des 27 États membres et des 47 États parties placés sous la direction respective de leurs deux chefs de chœur, la Cour de justice et la Cour EDH.

Ce droit choral, qu'il s'agisse du droit commun vivant de l'Union¹⁷ ou du droit commun conventionnel vivant des droits de l'homme, est toujours marqué par « la sempiternelle dialectique entre localisme-particularisme et universalisme (...) entre fragmentations étatiques et souffle transnational »¹⁸. Il ne s'agit donc pas, en l'absence de subordination hiérarchique des juridictions nationales à la CJUE ou à la Cour EDH et de lien organique entre ces deux Cours¹⁹, de chœurs de juges européens réunis pour chanter à l'unisson une seule et même mélodie. Il ne s'agit pas non plus pour les juges nationaux ou les Cours européennes, de superposer simplement leurs voix en toute indépendance et indifférence et de ne dire ou produire qu'un droit contrapuntique²⁰, qui mettrait à mal la construction de l'Europe par le droit. Mais il s'agit bien, entre contrepoint et harmonie, pour chacune des deux

Michel TROPER, « Interprétation », in *Dictionnaire de la culture juridique* sous la direction de Denis ALLAND et Stéphane RIALS, PUF-Lamy, coll. « Quadrige », Paris, 2003, p. 843 ; *Archives de Philosophie du droit, La création du droit par le juge*, t. 50, Dalloz, 2007.

¹⁶ L'expression « droit choral » est empruntée à Paolo Grossi, qui l'emploie pour caractériser le *ius commune* médiéval : « Un droit choral, la voix de toute une communauté de juristes... Un droit sans frontières... Un droit qui réalise l'unité juridique européenne, qui se projette dans une dimension universelle, la seule perspective qui soit légitime pour la science » (Paolo GROSSI, *L'Europe du droit*, Seuil, coll. Faire l'Europe, 2011, spéc. p. 65).

¹⁷ Droit commun vivant à la création duquel participent les juges nationaux quand ils appliquent le droit de l'Union dans toutes ses sources : droit primaire, droit dérivé, principes généraux et jurisprudence de la CJUE.

¹⁸ Paolo GROSSI, *op. cit.*, p. 15

¹⁹ Lorsque l'Union européenne aura adhéré à la convention européenne des droits de l'homme, conformément aux prescriptions de l'article 6 § 2 TUE, les décisions de la Cour de justice deviendront justiciables de la Cour EDH comme les décisions des juridictions nationales.

²⁰ La métaphore du contrepoint (non exclusive de l'harmonie, l'auteur parlant de mise en harmonie par le contrepoint) a été développée à propos du droit communautaire par Miguel POIARES MADURO, « Contrapunctual Law : Europe's Constitutional Pluralism in Action », in *Sovereignty in transition*, 2003, p. 501-537 ; *adde* du même auteur, « La fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel : l'approche du droit communautaire », in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques* sous la direction de Édouard DUBOUT et Sébastien TOUZE, Pedone, Paris, 2010, p. 199.

Juges français et juges européens

Cours, chefs de chœur, de repérer dans la superposition des mélodies nationales les accords qui seront ensuite proposés aux choristes nationaux, de donner à entendre à ceux-ci les autres mélodies nationales et pour le droit commun des droits de l'homme, dont elles assurent toutes deux la direction²¹, de s'écouter elles-mêmes pour favoriser l'harmonie. Divers mécanismes institués ou spontanés sont mis en œuvre pour atteindre, tout en se nourrissant de la richesse des interprétations nationales, l'harmonie du droit choral dit par les choristes nationaux, y compris lorsque la direction européenne se dédouble s'agissant du droit commun des droits de l'homme (I). Mais le succès de ces mécanismes dépend dans une large mesure de l'attitude volontariste des choristes et des chefs de chœur. Or, pour l'heure, les fausses notes ne sont pas exclues (II).

I - Le droit choral, entre contrepoint et harmonie, idéalement produit par le corps des juges d'Europe

L'Union européenne et le Conseil de l'Europe se sont dotés de juridictions supranationales chargées de veiller au respect par les autorités nationales du droit commun issu des traités et d'uniformiser son interprétation confiée en premier rang aux juridictions nationales tenues d'en faire application. À défaut de cours supranationales, le droit commun vivant (interprété) n'aurait été qu'un droit contrapuntique, une superposition d'interprétations nationales aux accords hasardeux, ponctuels et non maîtrisés. À l'écoute des interprétations nationales, les Cours européennes, quoique selon des figures systémiques différentes, apparaissent toutes deux comme des cours régulatrices de ces interprétations nationales et le droit commun vivant, entre contrepoint et

²¹ Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Cour de justice a jugé que la charte des droits fondamentaux, la convention EDH et les traditions constitutionnelles des États membres faisaient partie du droit de l'UE en tant que principes généraux du droit. Le traité de Lisbonne a consacré dans les traités fondateurs la force contraignante de la charte des droits fondamentaux. L'article 6 du traité sur l'UE lui attribue la même valeur juridique que les traités. La charte des droits fondamentaux est donc devenue une source de droit primaire de l'UE. Le même article maintient la convention EDH et les traditions constitutionnelles des États membres en tant que source de principes généraux du droit. Si besoin est, la Cour de justice sera donc en mesure de se référer à ces principes afin de compléter les droits fondamentaux protégés par la charte.

harmonie, comme un droit circulaire²² obéissant à une circularité verticale²³ quand il est le fruit du dialogue ou de la coopération des juges nationaux avec les cours européennes (A) et à une circularité horizontale²⁴ quand il est le fruit du dialogue ou de la coopération des juges nationaux entre eux et des Cours européennes entre elles (B).

A - Mesure du contrepoint et de l'harmonie dans les relations verticales entre choristes nationaux et chefs de chœur

Portées par des ondes verticales ascendantes, les interprétations nationales convergent depuis les choristes nationaux vers les chefs de chœurs européens (1) chargés de les harmoniser. Les accords ainsi dégagés sont ensuite répercutés et portés par des ondes verticales descendantes et rayonnantes vers les chœurs des juges nationaux (2).

1 - Les interprétations nationales portées par des ondes convergentes vers les chefs de chœur

Dans l'ordre juridique de l'Union européenne, en vertu des principes d'effet direct et de primauté, comme dans celui de la convention européenne des droits de l'homme, en vertu du principe de subsidiarité, le juge national est juge de droit commun du droit de l'Union comme de la convention et doit le premier en faire l'application et en risquer l'interprétation²⁵.

Dans l'ordre de l'Union, les principes d'applicabilité directe et de primauté respectivement posés par les célèbres arrêts *Van Gend en Loos*²⁶ et *Costa c. Enel*²⁷ sont bien en effet « avant tout des interpellations des

²² V., parlant de « dialogue circulaire », Amaya Ubada de Torres, « Un dialogue sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme », art. préc., spéc. p. 208

²³ La circularité traduit le dialogue qui s'instaure entre les juges, exclusif de toute hiérarchie, quand la verticalité souligne que ce dialogue s'établit entre des juges situés au niveau national et d'autres institués par les États au niveau supranational.

²⁴ La circularité traduit là encore le dialogue qui s'instaure entre les juges, exclusif de toute hiérarchie, quand l'horizontalité souligne que ce dialogue s'établit entre des juges situés au même niveau, soit national, soit supranational.

²⁵ V. Guy CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la « bénévolence » des juges », *Revue des sciences criminelles et de droit comparé*, 2005, accessible en ligne : <http://www.ahjucaf.org/Les-influences-croisees-entre.7177.html>

²⁶ CJCE, 5 février 1963, aff. 26/62, *Rec.* 1963, p. 1.

²⁷ CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64, *Rec.* 1964, p. 1141.

Juges français et juges européens

juridictions nationales »²⁸. L'applicabilité directe, selon la définition donnée par Robert Lecourt, « c'est le droit pour toute personne de demander à son juge de lui appliquer traités, règlements, directives ou décisions communautaires. C'est l'obligation pour le juge de faire usage de ces textes, quelle que soit la législation du pays dont il relève »²⁹. Quant au principe de primauté, il fait obligation au juge national d'appliquer intégralement le droit communautaire en écartant si nécessaire toute disposition interne contraire, quelle qu'elle soit. L'arrêt *Simmenthal* définit dès lors en ces termes la fonction du juge : « Tout juge saisi dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un État membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire »³⁰.

Dans l'ordre de la convention, c'est le principe de subsidiarité qui fait des juges nationaux les juges de droit commun de la convention. Ce principe, qui n'est mentionné nulle part expressément dans la convention (ni, par ailleurs, dans ses protocoles), transparait néanmoins dans l'article 1^{er} de la convention, intitulé « Obligation de respecter les droits de l'homme », lequel dispose : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la (...) convention. ». Ce principe signifie que la tâche d'assurer le respect des droits consacrés par la convention incombe en premier lieu aux autorités des États contractants, et non à la Cour. Ce n'est qu'en cas de défaillance des autorités nationales que cette dernière peut et doit intervenir³¹. Or, parmi les autorités étatiques chargées de cette tâche, les juges investis des attributs classiques de la fonction juridictionnelle (*jurisdictio* et *imperium*), occupent la première place et sont de ce fait juges de droit commun de la convention.

Au titre des ressemblances toujours entre les deux ordres, il faut rappeler que le juge national n'est ni dans l'un ni dans l'autre formellement

²⁸ Ami BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », art. préc., spéc. p. 1.

²⁹ *L'Europe des juges*, op. cit., spéc. p. 248.

³⁰ CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, *Rec.* p. 629, v. spéc. point 21.

³¹ V. notamment l'affaire *Scordino c. Italie* (n°1) (Cour EDH, 29 mars 2006, Gr. Ch., Req. n° 36813/97) : « En vertu de l'article 1 de la convention, aux termes duquel « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente convention », la mise en œuvre et la sanction des droits et libertés garantis par la convention reviennent au premier chef aux autorités nationales. Le mécanisme de plainte devant la Cour revêt donc un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme. Cette subsidiarité s'exprime dans les articles 13 et 35 § 1 de la convention. » (point 140).

subordonné au juge européen : ni la Cour de justice ni la Cour européenne des droits de l'homme n'ont le pouvoir d'annuler ou de réformer une décision juridictionnelle nationale. Quelle est alors la nature de leurs relations ?

Aux termes des traités, les relations entre les juges nationaux et les deux Cours européennes semblent obéir à des logiques assez différentes : à une logique de coopération entre les juges internes et la Cour de Luxembourg s'opposerait une logique de contrôle par la Cour de Strasbourg de l'activité des juges internes³².

L'article 267 du TFUE organise en effet la « coopération judiciaire » entre les juges nationaux et la Cour de justice, grâce au mécanisme du renvoi préjudiciel, qui prévoit la faculté ou l'obligation pour les premiers de demander à la seconde de statuer sur des questions d'interprétation ou d'appréciation de la validité du droit de l'Union³³. Il en résulte que la Cour de justice est saisie d'un renvoi préjudiciel en interprétation alors que les procédures juridictionnelles internes sont en cours, à l'initiative facultative ou obligatoire du juge national. La coopération ainsi organisée par les textes semble en vérité et à première vue laisser peu de place à la libre expression et interprétation du droit commun de l'Union par les interprètes nationaux, invités à ou tenus de solliciter l'interprétation de la Cour en cas de difficulté. La coopération passerait donc par une simple division des tâches, les juges nationaux étant réduits à n'être que la bouche de la loi interprétée par la Cour de justice.

Le système de Strasbourg, tel qu'il ressort des traités, ne repose pas sur la coopération mais sur le contrôle. En effet, la règle fondamentale de l'épuisement préalable des voies de recours internes déduite du principe de

³² V. Rony ABRAHAM, « La France devant les juridictions européennes », *Revue Pouvoirs*, 2001/1, n° 96, p. 143.

³³ L'article 267 du TFUE prévoit dans son alinéa 2 que les juridictions nationales dont les décisions sont susceptibles de recours internes peuvent renvoyer des questions d'interprétation et d'appréciation de validité à la Cour de justice et dans son alinéa 3 que les juges nationaux, dont les décisions sont insusceptibles de recours internes, doivent renvoyer ces questions à la Cour de justice. Toutefois, d'après l'arrêt *Foto-Frost*, si les juridictions nationales sont compétentes pour examiner la validité d'un acte communautaire, en revanche, que leurs décisions soient ou non susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, elles ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité d'un acte communautaire et donc toutes tenues d'adresser à la Cour une question d'appréciation de validité (CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, affaire 314/85). Sur le renvoi préjudiciel, v. not. Caroline Naômé, *Le renvoi préjudiciel en droit européen*, éd. Larcier, Bruxelles, 2007.

Juges français et juges européens

subsidiarité oblige en principe le requérant, avant de saisir la Cour EDH, à exercer tous les recours juridictionnels dont il dispose dans l'ordre national, jusqu'au degré le plus élevé, pour faire valoir ses griefs et obtenir réparation de l'atteinte à un droit dont il se plaint³⁴. En examinant la requête, la Cour de Strasbourg se comporte si ce n'est comme un degré supplémentaire de juridiction, le principe de subsidiarité lui interdisant généralement de réexaminer les questions de fait ou de droit interne examinées et décidées par les autorités nationales³⁵, du moins comme un organe de contrôle *a posteriori* des décisions du juge interne. La liberté d'interprétation serait donc ici une liberté surveillée et à risque pour le juge national, ce risque étant d'exposer l'État dont il relève à une condamnation en cas de désaveu par la Cour de son interprétation de la convention. Une telle présentation, bien exclusive de l'idée de coopération, ne semblerait ménager *prima facie* pas plus de place pour un dialogue et un droit vivant circulaire.

Ces présentations hâtives et contrastées des relations entre les juges internes et chacune des deux Cours européennes doivent cependant être affinées et nuancées tant au regard des traités eux-mêmes que des pratiques et décisions de justice.

Dans l'ordre de l'Union européenne, le renvoi préjudiciel réserve plus de liberté au juge national qu'il n'apparaît d'emblée. Il convient en premier lieu de revenir sur la nature de la tâche du juge national dans la procédure du renvoi préjudiciel mise en place par les traités : tenu ou pas d'interroger la Cour, le juge national est seul à pouvoir déclencher le mécanisme du renvoi préjudiciel, c'est encore à lui que revient la formulation de la question posée à la Cour et, la Cour ne délivrant qu'une interprétation abstraite³⁶, c'est le juge national qui sera seul appelé à se prononcer sur son

³⁴ Sur le caractère non absolu de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, v. l'affaire *Kornakovs c. Lettonie* (Req. n° 61005/00, arrêt du 15 juin 2006).

³⁵ V. l'affaire *Perlala c. Grèce* (Req. n° 17721/04, arrêt du 22 février 2007), dans laquelle la Cour EDH reprend à son compte la « doctrine » dite de la quatrième instance antérieurement développée par la Commission. Mais comme le principe de subsidiarité lui-même, la doctrine de la quatrième instance ou de « retenue judiciaire » n'est pas absolue (v. *supra* note 10 les critiques du procureur général près la Cour de cassation Jean-François Burgelin au lendemain de l'arrêt *Dulaurans*).

³⁶ Sur tous ces points, v. Norbert GROSS, « Le renvoi préjudiciel devant la Cour de Justice des Communautés Européennes - Contraintes, hésitations et refus », in *Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier, La France, l'Europe, Le Monde*, Pedone, 2008, p. 331 ; Daniel LABETOUILLE, « La question préjudicielle sous la

application dans le litige et qui assurera, si besoin est, la mise en conformité de son droit national avec l'interprétation du droit de l'Union délivrée par la Cour. Par ailleurs, en 1982, dans son arrêt *CILFIT*³⁷, la Cour de justice a délivré sa propre conception de la coopération instituée par le mécanisme du renvoi préjudiciel, une conception conviant les juridictions nationales à participer à l'œuvre créatrice d'interprétation du droit communautaire. Elle rappelle en effet que le renvoi préjudiciel obligatoire pour les Cours de dernier ressort vise à éviter des divergences de jurisprudence à l'intérieur de l'Union et affirme le caractère subsidiaire de son intervention, son rôle n'étant que de suppléer les juges des États membres en charge de l'application du droit lorsque ceux-ci ont des problèmes quant à l'interprétation ou la validité du droit communautaire. La Cour poursuit en affirmant qu'il n'y a pas matière à renvoi préjudiciel lorsque l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable. Ce faisant elle reconnaît aux juridictions nationales une marge d'appréciation dans l'application des dispositions de l'article 267 TFUE et dans l'évaluation de la nécessité du renvoi (qu'il soit obligatoire ou facultatif). Certes la Cour pose également qu'il n'y a pas matière à renvoi préjudiciel lorsqu'elle s'est déjà prononcée sur une question. Autrement dit les juridictions nationales ne peuvent pas, en application de cette jurisprudence, poser deux fois une question matériellement identique d'interprétation ou d'appréciation de validité à la Cour de justice. Cependant une juridiction interne pourra poser une question préjudicielle à la Cour, alors que cette dernière l'a déjà tranchée dans une affaire « similaire », à condition d'invoquer des difficultés d'application ou des éléments nouveaux susceptibles de faire évoluer l'interprétation de la Cour³⁸. Ainsi aménagé, le renvoi préjudiciel permet bien aux 27 juges internes de faire entendre leurs voix.

lumière de Luxembourg », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, Pedone, 2008, p. 153.

³⁷ CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, n° 283/81

³⁸ Pour une illustration récente, v. l'affaire *Olazabal* (CE, 29 décembre 2000, *Ministre de l'Intérieur contre Aitor Oteiza Olazabal*, n° 206913 ; CJCE, 26 novembre 2002, *Ministre de l'intérieur contre Aitor Oteiza Olazabal*, affaire C-100/01.). Dans cette affaire le Conseil d'État français a posé à la Cour une question que cette dernière avait antérieurement tranchée et à la suite de ce renvoi, la Cour est revenue sur son arrêt *Rutili* (CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, affaire 36/75). V. Yves ROBINEAU, « De l'affaire *Rutili* à l'affaire *Olazabal* », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 904.

Juges français et juges européens

Dans l'ordre de la convention, à défaut d'un tel mécanisme formel de coopération, la liberté d'interprétation nationale existe mais n'est pas sans risque. Toutefois, la doctrine de la « marge d'appréciation » réservée aux États pour s'ingérer ou apporter des restrictions aux droits non absolus (le plus grand nombre) garantis par la convention, minimise ce risque. Cette marge nationale d'appréciation, non inscrite dans le traité mais dégagée par la Cour EDH et dans laquelle on peut reconnaître une nouvelle manifestation du principe de subsidiarité, est décrite par la Cour elle-même comme « un moyen de définir les rapports entre les autorités internes et la Cour »³⁹. Cette doctrine de la marge nationale d'appréciation se fonde sur le principe selon lequel, étant en contact direct et permanent avec les forces vives de leurs pays, les autorités nationales, au nombre desquelles il faut compter les juridictions nationales⁴⁰, sont les mieux placées pour évaluer la multitude de facteurs entourant chaque situation en cause et choisir les mesures qui leur paraissent les plus appropriées pour s'acquitter de leurs obligations. La reconnaissance d'une marge d'appréciation ne signifie pas que les autorités nationales échappent à tout contrôle européen. Les ingérences, notamment, dans l'exercice des droits garantis doivent respecter les principes de légalité et de légitimité du but poursuivi. La mesure doit en outre être proportionnée à ce qui est considéré comme nécessaire dans une société démocratique. Mais la formule reste volontairement imprécise et laisse d'autant plus de liberté d'interprétation de la convention au juge national, appelé au premier chef à contrôler l'usage de cette marge d'appréciation par son législateur national et à vérifier la compatibilité avec la convention des ingérences réalisées dans les droits garantis.

Quoi qu'il en soit dans les deux ordres des nuances relatives aux modes d'expression des juges nationaux, pour bien mesurer l'apport des jurisprudences nationales dans l'élaboration du droit commun de l'Union et du droit commun conventionnel des droits de l'homme, on ne saurait se contenter de rappeler que ces juges sont les juges de droit commun investis dans ces deux ordres d'une certaine liberté d'interprétation pour l'application des règles communes. La plus grande influence exercée par les jurisprudences nationales sur le droit commun apparaît lorsque la Cour de justice comble les lacunes des textes de l'Union ou lorsque la Cour EDH s'avise de faire évoluer les dispositions générales et imprécises de la convention, instrument vivant.

³⁹ V. Cour EDH, 19 février 2009, *Abou Qatada et autres c. Royaume-Uni*, Gr. Ch., Req. n° 3455/05, point 184.

⁴⁰ *Ibid.*, point 174.

Dans l'ordre de l'Union européenne, à partir du moment où la Cour de justice avait très tôt dit pour droit dans ses premières décisions de principe que les traités avaient établi un ordre juridique autonome relevant d'un accord entre les peuples d'Europe, elle s'était autorisée une interprétation constitutionnelle des traités⁴¹. Au-delà d'une interprétation gouvernée par le texte, le contexte et le *telos* du traité, conformément aux dispositions de la convention de Vienne sur le droit des traités⁴², l'interprétation constitutionnelle invite à rechercher le sens d'un texte non seulement à la lumière de sa finalité (interprétation téléologique) mais à la lumière des objectifs propres au contexte du système de droit dans lequel il s'insère (interprétation que l'on peut dire méta-téléologique⁴³ et qui se réfère, en l'occurrence à la finalité intégratrice de l'Union). Mais affirmer l'existence d'un ordre juridique autonome, c'était également revendiquer la complétude du droit de l'Union dans le domaine de compétence qu'il couvre. Or ce dernier étant nécessairement lacunaire, « il était naturel pour la Cour de justice de s'appuyer sur les ordres juridiques nationaux »⁴⁴. Les principes généraux du droit dégagés par la Cour et plus particulièrement les principes communs aux droits internes des États membres élevés au rang de principes généraux du droit de l'Union sont donc tout à la fois une méthode utile d'interprétation et de légitimation de l'ordre juridique autonome de l'Union, qui repose sur les peuples de l'Union et ses systèmes juridiques nationaux⁴⁵.

Dans l'ordre de la convention, aux termes de l'article 32 § 1 de cette dernière, la compétence de la Cour européenne s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la convention et de ses protocoles. Relativement aux méthodes d'interprétation, la Cour européenne s'est fondée sur la convention de Vienne sur le droit des traités, dont l'article 31 § 1 consacre la méthode d'interprétation téléologique donnant

⁴¹ Comme indiqué dans l'arrêt *Van Gend en Loos* (préc.)

⁴² Convention de Vienne du 23 mai 1969 entrée en vigueur le 14 janvier 1980.

⁴³ Cette expression est empruntée à Miguel POIARES MADURO, « La fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel : l'approche du droit communautaire », art. préc., spéc. p. 203.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.* Mais bien avant l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* (CJCE, 17 décembre 1970, 11/70, *Rec.*, p. 1125), ayant attiré l'attention sur l'apport des traditions constitutionnelles communes dans la protection des droits fondamentaux de la personne, dès l'affaire *Algera* (CJ CECA, 12 mai 1957, aff. jtes 7/56 et 7/ 57, *Rec.*, p. 118), le juge communautaire interrogeait les droits nationaux pour combler les lacunes du droit communautaire.

Juges français et juges européens

priorité à l'objet et au but des traités et dont l'article 31 § 2 pose que le préambule d'un traité forme partie intégrante du contexte à prendre en compte pour son interprétation. Or, le préambule de la convention EDH évoquant non seulement la sauvegarde mais aussi le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour EDH a estimé que si la référence à la sauvegarde impliquait qu'elle veillât notamment à ce que les droits et libertés énoncés dans la convention demeurent effectifs lorsque les circonstances évoluent, la référence à son développement autorisait un degré d'innovation et de créativité afin d'enrichir la portée des garanties de la convention. Or pour cette approche évolutive, que traduit la théorie dite de l'instrument vivant⁴⁶, la Cour affirme sa volonté de lire la convention à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques⁴⁷. À l'instar de la Cour de Luxembourg, la Cour de Strasbourg, aux fins de légitimation de son interprétation créatrice (tout en prenant soin d'affirmer qu'elle ne crée pas de droits nouveaux), s'appuie donc sur les conceptions communes qu'elle découvre notamment dans la jurisprudence des États parties⁴⁸.

Appelées à réagir aux interprétations nécessairement premières des juges nationaux, et qu'elles entendent ou non faire œuvre créatrice ou novatrice, les Cours européennes doivent être à l'écoute de ces interprétations nationales avant de décider et d'imposer leurs harmonies.

⁴⁶ Selon les termes de la Cour « les traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments vivants, dont l'interprétation doit être conforme à l'évolution dans le temps et, particulièrement, aux conditions de vie actuelles » (V. not. Cour EDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31 ; Cour EDH, *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, § 71 ; Cour EDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, Gr. Ch., 10 juillet 2002, § 75 ; Cour EDH, *Öcalan c. Turquie*, 12 mars 2003, § 193 ; Cour EDH, *E.B. c. France*, Gr. Ch., 22 janvier 2008, § 92 ; Cour EDH, *Saadi c. Royaume-Uni*, Gr. Ch., 29 janvier 2008, § 62.

⁴⁷ V. not. E. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2008, p. 383, spéc. p. 392-393.

⁴⁸ V. par exemple l'arrêt rendu par la Grande chambre dans l'affaire *Scoppola c. Italie* : « la convention étant avant tout un mécanisme de protection des droits de l'homme, la Cour doit tenir compte de l'évolution de la situation dans l'État défendeur et dans les États contractants en général (...). Il est d'une importance cruciale que la convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoirs. (...) » (Cour EDH, *Scoppola c. Italie* (n° 2), Gr. Ch., 17 septembre 2009, § 104).

2 - *La découverte ou l'invention des harmonies par les chefs de chœur et leur diffusion portée par des ondes rayonnantes vers les choristes nationaux*

Participant du cadre institutionnel de l'Union, qui vise à « promouvoir ses valeurs, poursuivre ses objectifs, servir ses intérêts, ceux de ses citoyens, et ceux des États membres, (ainsi qu'à) assurer la cohérence, l'efficacité et la continuité de ses politiques et de ses actions »⁴⁹, la Cour de justice, dont le rôle ne saurait être réduit à celui d'un « interprète neutre des mots écrits par un autre »⁵⁰, doit contribuer lorsqu'elle rend ses décisions à la dynamique européenne. Chargée plus particulièrement d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités »⁵¹, elle s'est fait fort depuis ses débuts « d'échapper au légalisme pur pour situer son action jurisprudentielle au niveau de la compréhension globale du contexte communautaire, c'est-à-dire de son système, de sa structure, de ses objectifs »⁵². Or bien consciente du fait que le succès de l'intégration juridique européenne réside dans la parenté suffisante des normes de l'Union avec les normes nationales, tout comme les auteurs des normes de l'Union, la Cour de justice puise son inspiration dans les droits nationaux, pour son travail d'interprétation et de comblement des lacunes. Ainsi sont mobilisées les ressources du droit comparé pour trancher les difficultés d'interprétation et discerner dans la jurisprudence des tribunaux internes les règles qui constituent le patrimoine juridique commun des États européens. Il ne s'agira pas pour la Cour de rechercher dans les vingt-sept ordres juridiques la solution qui lui paraîtrait la meilleure mais de trouver ou d'inventer celle qui réalise au mieux un équilibre entre respect des traditions juridiques nationales et adaptation aux besoins spécifiques de l'ordre juridique de l'Union. « Le droit comparatif devient ainsi un instrument supplémentaire de ce qui est la technique prévalente de la Cour : l'interprétation téléologique »⁵³.

⁴⁹ Art. 13, TUE.

⁵⁰ Jean-Marc THOUVENIN, « Les techniques interprétatives du juge de l'Union européenne », *R.G.D.I.P.*, 2011/2, p. 489, spéc. p. 491.

⁵¹ Art. 19, TUE

⁵² Pierre PESCATORE, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 26/1, p. 5, cité par Jean-Marc THOUVENIN, art. préc., spéc. p. 492

⁵³ V. Miguel POIARES MADURO, art. préc., spéc. p. 204. Il en découle un principe de préférence pour la solution la plus conforme à l'intérêt de l'Union européenne (v. Jean-Marc THOUVENIN, art. préc., spéc. p. 499) et l'existence de principes généraux, dont certains parmi les plus importants, qui trouvent leur source dans l'ordre juridique de l'Union : libre circulation des personnes et des marchandises,

Juges français et juges européens

Tout aussi important est le rôle joué par le comparatisme dans la jurisprudence de la Cour EDH, dont les arrêts se fondent sur l'article 31.3 b) de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui fait une référence expresse à l'utilité de la méthode comparative. C'est pour évaluer la marge nationale d'appréciation accordée aux États parties dans les ingérences ou restrictions apportées aux droits garantis par la convention, que les juges de Strasbourg recourent à une lecture vivante de la convention menée à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques. Ces conceptions communes se découvrent dans la jurisprudence des quarante-sept États signataires. Plus le consensus jurisprudentiel est important, plus sera réduite la latitude laissée aux États⁵⁴. En revanche l'absence de convergence dans les jurisprudences nationales laisse aux États une ample marge d'appréciation dans le maintien de mesures restrictives aux droits de l'homme⁵⁵. Par cette approche comparative, la Cour s'efforce de dégager un standard européen de protection, dont elle contrôle le respect ou un dénominateur commun qui lui permet également d'élaborer des notions autonomes à partir des concepts flous de la convention⁵⁶. Là encore le comparatisme est au service de

principe de primauté, effet direct... *Adde* Louis DUBOUIS, « Le droit interne dans la jurisprudence de la Cour de justice de communautés européennes », in *Droit international et droits internes, développements récents*, Rencontres internationales de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Colloque des 16-17-18 avril 1998, sous la direction de Rafâa BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI, Pedone, 1998, p. 163.

⁵⁴ Par ex. sur le terrain de l'article 8 et de la protection de la vie privée et familiale, où se trouve en jeu un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité de l'individu, la latitude accordée à l'Etat est limitée (v., par ex., Cour EDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, Gr. Ch., Req. n° 28957/95, relatif à l'identité de genre).

⁵⁵ Ce sera notamment le cas lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques sensibles (v. par ex. Cour EDH, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, Req. n° 21830/93, relatif à l'extension de la notion de vie familiale aux couples homosexuels ; Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, Req. n° 5493/72, série A n° 24, relatif à la liberté d'expression). Très souvent, dans l'exercice de la marge d'appréciation, les juridictions nationales sont appelées à trouver un équilibre entre des droits garantis par la convention concurrents. En ce cas, la Cour de Strasbourg a reconnu qu'il existe une ample marge d'appréciation (Cour EDH, *Odièvre c. France*, 13 février 2003, Gr. Ch., Req. n° 42326/98, relatif à l'accouchement sous X).

⁵⁶ V. pour la notion d'accusé, Cour EDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, Req. n° 5100/71 ; 5101/71 ; 5102/71 ; 5354/72 ; 5370/72 et pour la notion de témoin, Cour EDH, *Vidal c. Belgique*, 28 octobre 1992, Req. n° 12351/86. Dans les

l'interprétation téléologique, « instrument constitutionnel de l'ordre public européen »⁵⁷. La Cour EDH puise dans les jurisprudences nationales pour construire ses normes de référence. Ainsi se représente-t-elle son travail comme « un pont entre telle ou telle influence juridique nationale spécifique et la communauté des systèmes de droit représentée à Strasbourg »⁵⁸.

Il ne s'agit donc pas seulement pour la Cour de Luxembourg, via le mécanisme du renvoi préjudiciel, d'aider les juridictions nationales quand elles sont appelées à trancher un litige particulier, ni uniquement pour la Cour de Strasbourg de sanctionner une autorité nationale pour non respect de la convention dans une affaire particulière mais bien pour ces deux Cours européennes de « dire le droit », un droit harmonisé par leurs soins qui doit servir de guide aux juridictions nationales dans l'application et l'interprétation décentralisées des règles communes. Seule une autorité attachée à leurs arrêts, rayonnante au-delà du litige principal, peut servir un tel projet.

Tel est bien le cas pour les arrêts rendus par la Cour de justice quand elle est saisie d'un renvoi préjudiciel en interprétation. Par l'effet même du traité de l'Union qui inclut la jurisprudence comme source de droit, ces arrêts s'imposent dans leur interprétation du droit de l'Union, avec les mêmes effet direct et primauté (créés par la Cour) que le traité lui-même à l'ensemble des juridictions des États membres. Les arrêts de la Cour s'intègrent à l'ordre juridique de l'Union comme le *corpus* interprétatif des textes fondateurs⁵⁹. Quand « la Cour dit pour droit... », sa décision n'est pas rendue *in concreto*. En effet, même si sa décision contribue à la solution concrète du litige pendant devant le juge national qui l'a interrogée, elle ne tranche pas le cas concret. Abstraction faite de tout rapport avec les parties au litige, la décision a une portée générale et l'arrêt de la Cour est obligatoire

deux affaires, la Cour donne une amplitude maximale à ces deux notions afin d'assurer la plus grande application à la convention elle-même. □ Sur les dérives possibles, v. *infra* II B 1°.

⁵⁷ Cour EDH, *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, Req. n° 15318/89.

⁵⁸ Jean-Paul COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence des différentes traditions nationales », *RTDH*, vol. 57, 2004, p. 103, cité par Amaya UBEDA DE TORRES, art. préc., spéc. p. 214.

⁵⁹ V. l'arrêt *Salumi* du 27 mars 1980, dans lequel la Cour de justice pose le principe selon lequel la règle telle qu'interprétée « peut et doit être appliquée par le juge même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation ». Elle opte ainsi pour une autorité qui dépasse le cadre du litige principal et qui s'intègre ou s'incorpore à l'acte interprété (CJCE, 27 mars 1980, Aff. jtes 66/79, 127/79 et 128/79).

Juges français et juges européens

non seulement pour la juridiction qui a renvoyé mais pour toutes les juridictions des États membres appelées à faire application dans d'autres affaires de la règle interprétée. Cet effet *erga omnes* produit par l'arrêt rendu à la suite d'un renvoi préjudiciel en interprétation, autrement dit la valeur de précédent acquise par cet arrêt, ne signifie pas pour autant, comme on a déjà pu le souligner, l'immutabilité des interprétations délivrées par la Cour de justice dès lors qu'une juridiction nationale, à condition de pouvoir avancer des difficultés d'application ou des éléments nouveaux d'appréciation, peut déférer à la Cour une question d'interprétation, sur laquelle elle s'est déjà prononcée, pour lui demander de revoir sa position.

Dans le système de Strasbourg, c'est par une dynamique prétorienne commandée par la Cour EDH et suivie par les juges nationaux⁶⁰ que s'est construit le régime original de suprématie sur les droits nationaux de la convention dans l'interprétation vivante et évolutive donnée par la Cour. Les juges strasbourgeois n'ont développé aucune doctrine sur l'applicabilité immédiate ou la primauté de leur jurisprudence. Les arrêts de la Cour EDH n'ont pas d'effet *erga omnes*, le constat de la violation par un État d'un droit garanti et l'arrêt rendu à propos de cette affaire ne valant qu'à l'égard du requérant. Si la convention, en vertu de son article 46, § 2, institue bien une surveillance de l'exécution de l'arrêt confiée au Comité des ministres du Conseil de l'Europe qui invite l'État à l'informer des mesures prises à la suite de l'arrêt, cet arrêt n'est obligatoire que pour l'État défendeur et l'obligation ne s'étend pas en principe au-delà du cas tranché. Cette affirmation ne saurait toutefois masquer l'originalité du contentieux devant la Cour, qui confère une tout autre portée à ses arrêts. Se prononçant sur les droits d'une victime (contentieux subjectif), la décision a bien une autorité relative de la chose jugée. Mais, à l'occasion d'une affaire précise, la Cour se prononce explicitement ou implicitement sur la compatibilité d'un acte interne avec l'interprétation qu'elle retient de la convention (contentieux objectif), ce qui conduira l'État, en cas de condamnation à modifier une loi, un règlement, une pratique, une jurisprudence. Or, au-delà, à partir du cas d'espèce opposable à ce seul État partie au litige, l'interprétation donnée par la Cour acquiert une autorité propre qui peut s'exercer sur tous les États

⁶⁰ Les hypothèses de dispositions expresses dans les droits nationaux relatives au sort à réserver à la jurisprudence de la Cour EDH restent relativement rares et fort différentes : l'article 2 de la loi islandaise d'incorporation du 19 mai 1994 qui dispose que les décisions de la CEDH ne sont pas obligatoires quand le *Human Rights Act* de 1998 exige des juges nationaux qu'ils prennent en considération la jurisprudence de la Cour EDH.

contractants⁶¹, ce qu'exprime le concept d'« autorité de la chose interprétée »⁶². Tout juge national qui ne respecte pas l'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour EDH sait qu'il risque d'exposer l'État contractant dont il est l'organe à une condamnation par la Cour de Strasbourg. Ainsi la Cour, par ses arrêts constatant la violation de la convention par un État, arrêts revêtus de la simple autorité relative de la chose jugée, invite au-delà, par la force persuasive de ses interprétations, tous les États contractants à leur respect et à son application uniforme. Dans le système de Strasbourg, l'absence de mécanisme institutionnel de coopération du type renvoi préjudiciel n'a pas réduit pour autant les rapports entre les juridictions nationales et la Cour à une somme de relations verticalisées et parallèles. Les juges nationaux intègrent la jurisprudence de Strasbourg, s'y réfèrent dans leurs propres décisions, s'en inspirent, voire l'anticipent⁶³.

⁶¹ V. l'arrêt *Irlande contre Royaume Uni* où la Cour elle-même a reconnu que « ses arrêts servent non seulement à trancher le cas dont elle est saisie, mais plus largement, à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la convention et à contribuer de la sorte au respect des engagements assurés par les États contractants » et qu'ils sont susceptibles de « produire des effets débordant les limites du cas d'espèce », (18 janv. 1978, série A, n° 25, p. 62, § 154).

⁶² V. C. DEFFIGIER, H. PIAULAT, V. SAINT-JAMES, A. SAUVIAT, « L'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *CEDH et droit privé*, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD, Perspectives sur la justice, Maison de recherche « Droit et Justice », La documentation française, 2001, p. 11

⁶³ V. not. Mattias GUYOMAR, « Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'État et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation », in *La conscience des droits, Mélanges en honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, 2011. Pour un exemple remarquable de coopération spontanée de la part du Conseil d'État avec la Cour EDH aux fins de la réalisation de la convergence des procédures d'urgence, européenne et nationale pour la prévention effective des atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, v. CE, Ord réf., 30 juin 2009, n° 328879, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales c. M. Djamel Beghal* et l'article de Frédéric SUDRE, « Défense des droits et libertés et dialogue des juges de l'urgence », in *Indépendance(s), Études offertes au Professeur Jean-Louis Autin, op. cit.*, vol. 2, p. 1293. Pour accueillir la demande de référé-liberté et suspendre l'expulsion de Djamel Beghal, le juge des référés au Conseil d'État a repris volontairement l'interprétation de la Cour EDH selon laquelle les mesures provisoires qu'elle prononce (ici une demande de suspension de l'expulsion adressée aux autorités françaises) ont un caractère obligatoire et que leur non-respect s'analyse comme « une entrave à l'exercice du droit de recours individuel » (Cour EDH, *Mamatkukov et Askarov c. Turquie*, 4 février 2005, Gr. Ch., Req. n° 468227/99). L'exemple est d'autant plus remarquable que, comme l'explique

Juges français et juges européens

Ainsi se tisse, dans l'ordre de l'Union comme dans l'ordre de la convention, un réseau juridictionnel « fondé sur les rapports d'autorité de la chose jugée et de la chose interprétée dans le cadre d'une procédure préjudicielle et d'échanges plus ou moins explicites et qui procèdent d'un 'dialogue des juges' »⁶⁴. Un dialogue, dont la circularité verticale, produit un droit commun entre contrepoint et harmonie. En retour la mise en partage du droit commun à dire alimente un dialogue circulaire horizontal entre les juridictions nationales ou les cours européennes, révélateur d'un nouveau corps de juges : celui des juges d'Europe.

B - Mesure de l'unité du corps des juges d'Europe dans les relations horizontales entre choristes nationaux ou chefs de chœur

Le partage d'un même office, dire le droit commun pour les juridictions nationales et en assurer la codirection relativement à la partition des droits de l'homme pour les cours européennes, nourrit les relations horizontales entre celles-ci (2) ou celles-là (1) et donne la mesure de l'unité du corps des juges européens.

1 - Les relations horizontales entre choristes nationaux : l'euphémisation de la fonction de juger

Alors que l'organisation de la justice était considérée comme un des attributs de l'État les plus caractéristiques de la souveraineté, la fonction juridictionnelle n'est plus dans les États membres de l'Union et dans les États parties à la convention uniquement liée à l'État⁶⁵. Certes la Cour de justice dit respecter l'autonomie institutionnelle et donc procédurale des États membres et la Cour EDH ne manque pas de rappeler la liberté de

Frédéric Sudre, il ne pouvait s'agir ici pour le Conseil d'État saisi en référé de reconnaître l'autorité de la chose interprétée à Strasbourg, l'office du juge du référé s'y opposant puisque ce dernier n'est pas chargé de dire le droit mais de s'en tenir à l'état de la légalité. Pour un autre exemple récent : le règlement intérieur du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, dont ce Conseil s'est doté pour se conformer aux règles conventionnelles du droit à un procès équitable et éviter une condamnation par Strasbourg.

⁶⁴ Aude ROUYERE, « Le juge administratif et les règles garantissant les libertés », *Jurisclasseur Libertés*, fasc. 250, n° 109, citée par Frédéric Sudre, art. préc., spéc. p. 1295.

⁶⁵ V. Fernand GREVISSE et Jean-Claude BONICHOT, « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres », art. préc.

choix des moyens laissée aux États parties pour s'acquitter de leurs obligations conventionnelles. Mais on a déjà souligné, comment mis au service du droit de l'Union ou du droit de la convention pour garantir effectivement et concrètement les droits des justiciables, les juges nationaux voyaient leur office redéfini par le droit de l'Union ou de la convention. Il ne s'agit pas ici de revenir sur cet encadrement de l'autonomie procédurale pour décrire, dans une perspective interne, l'effet émancipateur des droits européens sur les juges et leurs pouvoirs accrus par les traités, mais pour exposer le phénomène d'eupéanisation de leur fonction, ferment de la nouvelle communauté des juges nationaux en Europe.

Les juridictions nationales restent certes des organes de leurs États respectifs mais elles sont toujours plus étroitement associées au système juridique de l'Union ou de la convention. Dans les deux ordres, c'est en tant qu'organe d'un État, membre ou partie, que le juge national se voit confier la mission de protéger les droits conférés aux individus par le droit de l'Union ou la convention. L'habilitation nationale du juge est ainsi doublée d'un titre issu des traités, dans l'ordre de l'Union comme dans celui de la convention, qui élargit considérablement son office. « Il s'agit là de deux titres qui ne se recouvrent pas l'un l'autre, mais qui sont néanmoins solidaires, l'un étant la condition de l'autre. »⁶⁶. Or ce second titre européen étant partagé par les juges de tous les États membres ou parties, il oblige les juges nationaux, quand ils agissent en tant que juges de droit commun du droit de l'Union ou de la convention, à réaliser qu'ils ne disposent pas d'un monopole interprétatif⁶⁷, à s'informer entre eux des décisions qu'ils adoptent⁶⁸ et de

⁶⁶ Antoine GARAPON, « Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la convention ? », in *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2011, Séminaire, accessible en ligne : http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/22930294-EBD6-4AC2-ABFD-C29A540BC609/0/20110128_SEMINAIRE_Discours_Garapon_FR.pdf; *adde* pour le droit de l'Union, Jean BOULOUIS, commentaire sous l'arrêt *Simmenthal*, *AJDA*, 1978, p. 324, spéc. p. 326 ; Denys SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », in *L'Europe et le droit, Mélanges en l'hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, 481 ; Ami BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire » art. préc. ; Guy CANIVET, « Le droit communautaire et l'office du juge national », art. préc. ; Michal BOBEK, « Une méthodologie de résistance et de loyauté dans l'application du droit européen par les cours des nouveaux États membres », in *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, *op. cit.*, p. 119.

⁶⁷ V. pour le droit de l'Union, Miguel POIARES MADURO, « La fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel : l'approche du droit communautaire », art. préc.

Juges français et juges européens

façon plus générale à comprendre que, dans l'exercice de cette fonction judiciaire commune, ils doivent raisonner et justifier leurs décisions par rapport aux objectifs des ordres juridiques européens dont ils relèvent⁶⁸. La multiplication des échanges entre les juridictions nationales favorisée par la constitution de réseaux de juges, qui organisent réunions, colloques, rencontres... et permettent des échanges d'informations ainsi que la coopération transnationale pour la formation des conseils et écoles de la magistrature participent au développement de la confiance mutuelle et du dialogue des juges en dehors du cadre contentieux. Dans ce dernier, les juridictions nationales s'inspirent de plus en plus des jurisprudences étrangères européennes afin de régler des problèmes qui se sont posés de la même façon et que leurs homologues étrangers européens ont eu à trancher, même s'il demeure rare qu'une juridiction nationale indique expressément dans sa décision se fonder sur une jurisprudence étrangère européenne.

La conscience des juges nationaux d'exercer la même fonction au sein des ordres juridiques européens et de contribuer à l'édification de ces derniers peut être plus ou moins vive⁷⁰. Mais en tout état de cause, cette

⁶⁸ V. pour le droit de l'Union, Frédérique BERROD, « Plaidoyer pour une union de droit dans la diversité des systèmes judiciaires nationaux », art. préc.

⁶⁹ V. pour l'Union européenne, Miguel POIARES MADURO, « Les décisions des juridictions nationales appliquant le droit communautaire doivent être fondées sur une interprétation qui pourrait être transposée par toute autre juridiction dans des situations similaires. C'est le cœur même de la doctrine initiée dans l'arrêt *Cilfit*. Les juges nationaux doivent parvenir à intégrer dans leurs décisions les conséquences pour le système communautaire compris comme un tout. » (« La fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel : l'approche du droit communautaire », art. préc., spéc. p.212) ; et pour la convention, Antoine GARAPON, « Le juge français entre donc dans une phase d'acculturation – nous dirions plutôt d'inculturation – dans le sens où il s'est approprié l'instrument comme un instrument qui ne lui est plus extérieur mais qui fait désormais partie des ressources qu'il peut mobiliser... Dans ce nouveau contexte, certaines cours, certaines manières d'argumenter et d'écrire les décisions sont plus reconnues que d'autres parce que plus prestigieuses ou plus convaincantes. Leur autorité est de nature persuasive (*persuasive authority*) en ce qu'elle émane intrinsèquement de telle ou telle décision, en dehors de tout relais institutionnel. Cette nouvelle sorte d'autorité éclaire la contribution en lui assignant un objectif. Le pouvoir dans ce nouveau contexte ne consiste plus à se protéger mais au contraire à contribuer, à peser sur l'édification d'un ordre commun. » (*Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la convention ?*, communication préc.).

⁷⁰ La collaboration des juges n'est pas qu'institutionnelle, elle peut se faire également militante, comme l'a révélé « l'appel de Genève » de 1996, signé par les magistrats du pool financier milanais, le procureur général de Genève et des juges

fonction judiciaire mise en partage pour la dite du droit commun les oblige à adopter le même raisonnement et les mêmes méthodes d'interprétation (au détriment parfois des raisonnements et méthodes traditionnels), afin d'adapter leur office dans l'ordre de l'Union aux concepts ou notions économiques véhiculés par son droit⁷¹ et dans l'ordre de la convention aux concepts ou critères à contenu variable de cet instrument⁷².

Leurs pouvoirs étant ainsi accrus, tous les juges nationaux voient en contrepartie leur office réglé et encadré par les mêmes garanties processuelles résultant du standard européen du droit à un procès équitable.

Et le point d'orgue de la coopération judiciaire est atteint dans l'Union en matière civile et commerciale pour les litiges transfrontaliers européens, à l'origine d'un véritable droit processuel européen⁷³. Sur le terrain des conflits de juridictions, divers règlements relatifs à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions ont unifié, dans les matières qu'ils couvrent (quasiment toute la matière civile et commerciale aujourd'hui), les règles de compétence appliquées par les juges des États membres, opérant ainsi une répartition des litiges entre ces juges et assurant aux décisions rendues par le juge d'un État membre leur reconnaissance et leur exécution toujours plus aisée dans les autres États membres⁷⁴. En outre, en matière de procédure, ont été adoptées de nombreuses règles communes relativement à l'aide judiciaire et à d'autres aspects financiers des procédures transfrontalières civiles, à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires...⁷⁵. Pour ces litiges

d'instruction espagnols et français, pour dénoncer de façon commune la corruption et les obstacles mis à leur action par les pouvoirs exécutifs nationaux.

⁷¹ V. Guy CANIVET, « Le droit communautaire et l'office du juge national », art. préc., spéc. p. 150.

⁷² V. Emmanuelle BRIBOSIA, « Un dialogue sous l'influence des terreux juridiques nationaux », art. préc., spéc. p. 252.

⁷³ V. not. Loïc CADIET, Emmanuel JEULAND, Soraya AMRANI MEKKI, *Droit processuel civil de l'Union européenne*, LexisNexis, 2011

⁷⁴ Si existe par ailleurs dans la même matière un règlement sur la loi applicable, quand bien même il y aurait plusieurs juges des États membres compétents en application des règles de conflits de juridictions, ils appliqueront la même loi et donc en principe rendront la même solution.

⁷⁵ V. également la procédure européenne d'injonction de payer, qui vise à simplifier, à accélérer et à réduire les coûts de règlement dans les litiges transfrontaliers concernant des créances pécuniaires incontestées ; la procédure européenne de règlement des petits litiges, qui est offerte aux justiciables parallèlement aux procédures prévues par les législations des États membres en vue de simplifier et

Juges français et juges européens

transfrontaliers européens est ainsi attestée une marche progressive vers un espace analogue à un espace judiciaire interne⁷⁶.

Aussi bien est-on dans ces conditions autorisé avec Guy Canivet à s'interroger : « Dès lors que sa compétence, ses règles de procédure et ses pouvoirs sont déterminés par le système des traités et qu'il est soumis à ses garanties fondamentales, le magistrat étatique ne relève-t-il pas en définitive, d'un statut européen gouverné tant par le droit des Communautés que par la convention européenne des droits de l'homme ? »⁷⁷. Encore faut-il, pour la question des droits de l'homme, que les deux Cours européennes, qui entendent veiller à leur respect, s'accordent. Ces harmonies autrefois réalisées sur la base de relations horizontales le seront demain sur la base de relations verticales.

2 - Les relations entre les chefs de cœur : de l'horizontalité à la verticalité

Le principe de l'adhésion de l'Union à la convention EDH est en effet désormais acquis. Avec le traité de Lisbonne, les États membres ont posé une obligation pour l'Union d'adhérer à la convention à l'article 6 § 2 du TUE modifié : « 2. L'Union adhère à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. (...) ». De son côté, le Conseil de l'Europe et les États parties ont adopté un protocole additionnel n° 14 à la convention EDH, signé en 2004 et entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, qui pose une base juridique à l'adhésion de l'Union européenne à la convention en modifiant l'article 59 § 2 : « 2. L'Union européenne peut adhérer à la présente convention. ». Cette adhésion tant attendue révolutionnera-t-elle les relations entre la Cour EDH et la Cour de

d'accélérer le règlement des petits litiges transfrontaliers et d'en réduire les coûts ; le titre exécutoire européen pour les créances incontestées, qui permet aux créanciers qui ont obtenu une décision exécutoire à propos d'une créance qui n'a jamais été contestée par le débiteur, de procéder directement à son exécution dans un autre État membre, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure intermédiaire dans l'État membre d'exécution : sur tous ces points v. not. l'ouvrage collectif, *Espace judiciaire européen - Acquis et enjeux futurs en matière civile*, sous la direction de Georges de LEVAL et Mercedes CANDELA SORIANO, éd. Larcier, 2007.

⁷⁶ Sur le retard pris en matière pénale, Blanca VILA, « Coopération civile et coopération pénale dans le traité de Lisbonne : nouveautés en matière de contrôle de subsidiarité et de procédures spéciales - Quelques réflexions pour l'avenir » in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz 2010, p. 699).

⁷⁷ Guy CANIVET, *Le droit communautaire et l'office du juge national*, art. préc., spéc. p. 153.

justice déjà nouées de longue date entre la Cour de justice et la Cour EDH et marquées par une véritable dynamique de coopération ? On peut s'interroger car au dialogue circulaire horizontal initié spontanément par les deux cours pour la dite du droit commun conventionnel des droits de l'homme, puis imposé par les traités à la Cour de justice, se substituera à compter de l'adhésion de l'Union à la convention EDH un dialogue circulaire vertical, à l'instar de celui qui se noue dans les relations de la Cour EDH avec les cours suprêmes des ordres juridiques nationaux. Or comme pour ces dernières aux débuts du dialogue imposé par la convention⁷⁸, des résistances notamment psychologiques ne sont pas à exclure⁷⁹, mais les habitudes de coopération spontanée passées pourraient vaincre ces résistances. C'est sur cette coopération passée qu'il convient de revenir pour mieux pronostiquer les changements probables à attendre de cette adhésion.

Les traités institutifs des Communautés européennes ne comportaient que quelques dispositions éparses insuffisantes à assurer une protection des droits fondamentaux. Mais comme plusieurs cours constitutionnelles menaçaient d'opposer la garantie des droits fondamentaux reconnus par leurs constitutions nationales à la primauté du droit communautaire sur les droits étatiques, la Cour de justice dès son arrêt *Stauder*⁸⁰ du 12 novembre 1969, réagit en faisant figurer les « droits fondamentaux de la personne » parmi les principes généraux du droit communautaire dont elle assure le respect. Dans son arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, rendu le 17 décembre 1970, elle reprend et précise que « la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté »⁸¹. C'est dans l'arrêt *Nold* du 14 mai 1974 que la Cour de justice mentionne pour la première fois, parmi les sources des droits fondamentaux dont elle entend assurer le respect, certains traités internationaux de protection des droits de l'homme à côté des traditions constitutionnelles communes aux États membres⁸². Et l'année suivante, dans son arrêt *Rutili*⁸³, elle se réfère explicitement à la convention européenne des droits de l'homme, dont elle affirme à partir de 1989 qu'elle revêt, parmi les instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels

⁷⁸ V. *infra* II A 1°.

⁷⁹ V. *infra* II B 2°.

⁸⁰ CJCE, 12 novembre 1969, 29/69, *Rec.*, p. 419 (point 7).

⁸¹ CJCE, 17 décembre 1970, 11/70, *Rec.*, p. 1125 (point 3).

⁸² CJCE, 14 mai 1974, 4/73, *Rec.*, p. 491 (point 13).

⁸³ CJCE, 28 octobre 1975, 36/75, *Rec.*, p. 1219 (point 32).

Juges français et juges européens

les États membres ont adhéré, une « signification particulière »⁸⁴. En vérité, cette solution s'imposait à la Cour de justice car elle ne pouvait ignorer les engagements internationaux des États membres également membres du Conseil de l'Europe et parties à la convention EDH, qui seuls pouvaient être tenus pour responsables des violations de cet instrument, qui auraient pu résulter du droit de l'Union imposé à ces États.

En raison de cette « signification particulière » de la convention, alors même que les Communautés européennes et l'Union n'étaient pas en droit liées par les obligations que la convention impose à ses États parties, la Cour de justice s'est autorisée à en contrôler le respect tant par les institutions européennes⁸⁵ que par les États membres quand (et seulement quand) ils mettent en œuvre le droit de l'Union⁸⁶ et a permis à ces derniers d'invoquer les obligations que leur impose la convention comme « raisons impérieuses d'intérêt général » justifiant des restrictions aux libertés communautaires⁸⁷. En 1992, le traité de Maastricht sur l'Union européenne devait consacrer cette jurisprudence en posant que « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire »⁸⁸.

⁸⁴ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG*, Aff. jtes 46/87 et 277/88, *Rec.*, p. 2859 (point 13). Affirmation reprise depuis de manière constante, v. par ex. : CJCE 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, C-305/05 (point 29).

⁸⁵ V. par ex. : CJCE., 5 octobre 1994, *X c. Commission des C.E.*, C-404/92 P, *Rec.*, p. I-4737.

⁸⁶ V. par ex. : CJCE, 13 décembre 1979, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, 44/79, *Rec.*, p. 3727.

⁸⁷ V. par ex. : CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders et al. c. Pays-Bas*, 352/85, *Rec.*, p. 2085 ; CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariaat voor de Media*, C-288/89, *Rec.*, p. I-4007 ; CJCE, 25 juillet 1991, *Commission des C.E. c. Pays-Bas*, C-353/89, *Rec.*, p. I-4069 ; CJCE, 3 février 1993, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, C-23/93, *Rec.*, p. I-4795.

⁸⁸ Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992, article F, § 2. Cet article est devenu l'article 6 du traité à la suite de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. L'article 6, § 3, du traité sur l'Union européenne, tel qu'il résulte du traité de Lisbonne, dispose que : « 3. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles

Surtout, au nom toujours de cette « signification particulière » de la convention, révélatrice des traditions constitutionnelles communes mais aussi instrument vivant, la Cour de justice a pu inclure dans l'application qu'elle fait de cet instrument l'interprétation de la Cour EDH pour le développement de ses propres principes généraux du droit de l'Union dont elle a en charge le respect⁸⁹. Elle s'est ainsi explicitement référée à la jurisprudence de la Cour EDH⁹⁰, avant même que la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée le 7 décembre 2000 ne confirme que : « dans la mesure où la présente charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue »⁹¹.

Et alors que cette charte n'avait pas encore la valeur juridiquement contraignante que lui confèrera le traité de Lisbonne, la Cour de justice mais aussi la Cour EDH se sont en outre référées explicitement dans leurs

communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. »

⁸⁹ En ce sens, v. Olivier de SCHUTTER, *L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de Justice des Communautés européennes*, Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme, *Working Paper 2005/07*, Université catholique de Louvain, Faculté de droit, Centre de philosophie du droit, accessible en ligne : www.cpd.ucl.ac.be/cridho.

⁹⁰ V. CJCE, *P. v. S. and Cornwall County Council*, 30 avril 1996, C-13/94 ; CJCE, *Procédures pénales c/ X*, 30 avril 1996, C-74/95 et C-129/95 ; CJCE, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH*, 26 juin 1997, C-368/95 ; CJCE, *Lisa Jacqueline Grant v South-West Trains Ltd*, 17 février 1998, Case C-249/96, CJCE 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, précité, v. spéc. point 41 ; CJCE, *Varec*, 14 février 2008, C-450/06, *Rec.*, p. I-181, point 47 ; CJCE, *Kadi*, 3 septembre 2008, C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, p. I-6351, point 311 ; Fabrice PICOD, « Le juge communautaire et l'interprétation européenne », in *L'interprétation de la convention européenne des droits de l'homme*, sous la direction de Frédéric SUDRE, Bruxelles, Bruylant, p. 289.

⁹¹ Article 52, § 3, de la charte du 7 décembre 2000. Olivier de Schutter souligne que « dans les explications qu'il propose de cette disposition, le Présidium de la convention ayant élaboré la charte des droits fondamentaux précise que "le sens et la portée des droits garantis sont déterminés non seulement par le texte de ces instruments, mais aussi par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice des Communautés européennes" », « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de Justice des Communautés européennes », art. préc.

Juges français et juges européens

décisions aux dispositions de cette charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁹². Ainsi la charte « s'est peu à peu affirmée comme une source d'inspiration commune à la Cour de justice et à la Cour européenne, créant de ce fait un mouvement de rapprochement entre les deux systèmes juridiques, dans le sens d'une protection accrue des droits fondamentaux »⁹³. Mais peut-on avancer que « les dispositions de la charte sont également, par elles-mêmes une incitation au dialogue entre les deux cours, *a fortiori* depuis que cette charte est devenue invocable et opposable » et que « les clauses dites 'horizontales' que contient la charte, en particulier celle de son article 52, ne peuvent qu'inviter les deux Cours européennes à dialoguer entre elles et à s'inspirer de leurs solutions jurisprudentielles respectives »⁹⁴ ?

Le propos doit être nuancé ou précisé. Lisant spontanément la charte, dès avant le traité de Lisbonne, à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne lorsque les droits énoncés par la charte sont également garantis par la convention, la Cour de justice est depuis ce traité tenue de le faire, ayant pour seule liberté de délivrer une interprétation assurant une protection plus étendue des droits, en vertu de conditions spécifiques à l'Union qu'elle souhaiterait imposer aux États membres. En revanche pour la Cour européenne, avant comme après le traité de Lisbonne, la charte et son interprétation donnée par la Cour de justice ne peuvent être que des outils en mesure de l'éclairer sur les conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques et donc de la servir pour l'interprétation évolutive qu'elle délivre des seules dispositions de la convention EDH.

Quant à l'adhésion à venir de l'Union à la convention, dès lors que la Cour de justice, depuis la reconnaissance de la « signification particulière » de la convention, s'est comportée comme si l'Union sans être liée en droit

⁹² V. pour la Cour européenne, Cour EDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, Gr. Ch., Req. n° 28957/95 ; Cour EDH, *Zigarella c. Italie*, 3 octobre 2002, Req. n° 48154/99 et pour la Cour de justice, CJCE, *Parlement c. Conseil*, 27 juin 2006, Gr. Ch., C-540/03 et CJCE, *Unibet*, 13 mars 2007, C-432/05. V. également Laurence BURGORGUE-LARSEN, « L'apparition de la charte des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés », note sous *Parlement c. Conseil*, 27 juin 2006, *AJDA*, 4 décembre 2006, n° 41/2006, p. 2286-2288.

⁹³ Jean-Marc SAUVE, *L'adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Introduction à la Table ronde organisée par le Conseil des barreaux européens, accessible en ligne : <http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/l-adhesion-de-l-union-europeenne-a-la-convention-europeenne-de.html>

⁹⁴ *Ibid.*

par la convention l'était en fait, elle ne devrait pas apporter de grands bouleversements aux décisions et méthodes d'interprétation de cette cour⁹⁵. La Cour de justice, gardienne des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne, se devait de se conformer à l'interprétation donnée par la Cour EDH quand elle appliquait cet instrument, à l'instar des juridictions suprêmes des États parties, gardiennes des droits fondamentaux dans leurs ordres juridiques nationaux respectifs, si ce n'est que cette interprétation était pour elle obligatoire en vertu du droit de l'Union mais non de la convention⁹⁶. Après l'adhésion, elle le sera en vertu du droit de l'Union et de la convention, comme pour tout État partie. En revanche, pour la Cour EDH, l'adhésion de l'Union emportera des conséquences plus importantes car elle signifiera la possibilité de contrôler les actes et agissements de l'Union comme ceux des États membres et parties sans avoir, pour la première, à faire le détour par le contrôle des mesures nationales de transposition⁹⁷. De manière plus générale, l'adhésion de l'Union à la convention conduira à soumettre les différents acteurs de l'Union et des États membres à un double standard de protection, celui du droit de l'Union, tel qu'interprété et contrôlé par la Cour de justice, et celui du droit de la convention, tel qu'interprété et contrôlé par la Cour européenne, le premier devant se conformer au second pour les droits fondamentaux garantis par les deux ordres juridiques européens. Pour l'interprétation de la convention, instrument constitutionnel de l'ordre public européen, la Cour EDH sera le seul chef du nouveau chœur, qui accueillera l'Union et aura, dans le respect du principe de subsidiarité, « un pouvoir de dernier mot »⁹⁸ pas figé pour autant si la Cour de justice accepte

⁹⁵ Pas plus qu' « elle ne saurait transformer l'Union européenne en une organisation internationale ayant pour objectif principal la protection et la promotion des droits de l'homme », Koen LENAERTS, « Droit international et autonomie constitutionnelle de l'ordre juridique de l'Union », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles, parcours des droits de l'homme*, op. cit., p. 505. V. l'art. 6 § 2 TUE, qui dispose que l'adhésion de l'union à la convention EDH « ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités ». V. toutefois en cas de conflit entre libertés communautaires et droits fondamentaux, *infra* II B 2°.

⁹⁶ V. En ce sens, v. Olivier de SCHUTTER, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de Justice des Communautés européennes », art. préc.

⁹⁷ V. *infra*, la possibilité de remise en cause de la jurisprudence *Bosphorus*, II B 2°.

⁹⁸ Olivier de SCHUTTER, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de Justice des Communautés européennes », art. préc. ; *adde*, Fabrice PICOD, « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe*, op. cit., p. 527. V. également Didier

Juges français et juges européens

humblement de coopérer dans sa condition nouvelle de choriste, un peu particulier certes, mais choriste tout de même.

Quels que soient les mécanismes procéduraux qui seront adoptés demain pour régir les relations entre la Cour de justice et la Cour EDH, leur succès dépendra largement de la volonté de ces deux cours comme de celle des juges nationaux de coopérer pour assurer le respect et la promotion des droits fondamentaux en Europe. Plus généralement, le passé proche et le présent révèlent en effet que la cohésion du nouveau corps des juges d'Europe comme la qualité du droit commun résultent de l'attitude volontariste de ces juges et de leur sentiment d'appartenance à un même corps⁹⁹. C'est ce que soulignent d'ores et déjà en creux un certain nombre de fausses notes.

II – Les fausses notes ou les divisions du corps des juges d'Europe

On ne s'improvise pas choriste ou chef de chœur, surtout quand de chef de chœur national dirigiste on devient choriste et quand le chœur est appelé à intégrer de nouveaux membres. Il en résulte un certain nombre de fausses notes, de « couacs », que l'on serait tenté d'imputer aux choristes (A), quand leur responsabilité incombe bien souvent aux chefs de chœur (B).

MAUS, « La protection des droits fondamentaux en Europe : complémentarité ou concurrence ? », in *Les voyages du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Breillat*, LGDJ, 2011, p. 457 et spéc. p. 476 : « ... il est aisé d'imaginer des scénarios processuels faisant intervenir successivement le juge national, la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme, chacun d'entre eux jugeant en fonction de sa compétence et de ses propres règles de fonctionnement, une compétence de droit commun pour le juge national, une compétence, par exemple à titre préjudiciel pour la Cour de justice de l'Union européenne et une compétence à titre subsidiaire mais finale, pour la Cour européenne des droits de l'homme ».

⁹⁹ Pour une de ses manifestations, v. les conclusions finales du commissaire du gouvernement, Mattias Guyomar, dans l'affaire de la « directive blanchiment » : « L'espace juridique européen que nous partageons est fondé sur des valeurs communes : votre décision aura d'autant plus d'éclat et de portée qu'elle sera fondée sur le respect des droits fondamentaux protégés dans le cadre européen dont nous sommes tous ensemble, juridictions européennes et nationales, les ultimes garants », cité par Denys SIMON, « L'autonomisation du contrôle d'euro-compatibilité : une rupture épistémologique dans les rapports de systèmes ? », in *La France, l'Europe, le Monde*, *op. cit.*, p. 497, spéc. p. 512.

A - Les fausses notes imputables aux choristes ?

Ce sont en Europe les plus hautes juridictions, chargées traditionnellement du pouvoir d'unification de l'interprétation du droit dans leurs ordres juridiques nationaux respectifs, qui ont le plus souvent manifesté les résistances les plus vives tant dans l'ordre de l'Union (1) que dans l'ordre de la convention (2).

1 - Les fausses notes des choristes dans l'ordre de l'Union

Pour le droit de l'Union, c'est à travers le mécanisme du renvoi préjudiciel en interprétation et la question de la primauté du droit de l'Union que le refus de coopération peut notamment se donner à voir. Il s'agira pour la juridiction nationale tantôt de refuser d'appliquer le droit de l'Union, tantôt d'imposer son interprétation nationale du droit de l'Union. On illustrera ici le propos en s'en tenant pour l'essentiel à l'exemple français.

Relativement à la primauté du droit communautaire l'histoire conflictuelle des rapports du Conseil d'État avec la Cour de justice est désormais bien connue et on ne s'y attardera guère¹⁰⁰. Le Conseil d'État, très lié à l'État par son histoire et qui fut le protecteur de ce dernier, a éprouvé pendant un temps une gêne bien compréhensible à faire prévaloir le droit communautaire sur le droit national. Cette position était d'autant plus embarrassante que ce sont souvent les institutions publiques qui sont mises en cause pour non respect du droit de l'Union et qui sont par définition les premières responsables. Mais cette histoire belliqueuse est aujourd'hui

¹⁰⁰ En revanche, la Cour de cassation reconnut très tôt la primauté du droit communautaire et la spécificité de l'ordre juridique communautaire : dès l'affaire des *Cafés Jacques Vabre* qui consacrait la primauté du droit communautaire sur une loi postérieure (Cass, Ch. Mixte, 23 mai 1975, *RTDE*, 1975, p. 336, concl. Touffait), même si la chambre mixte devait finalement fonder sa décision sur une double référence à la constitution et à la spécificité de l'ordre juridique communautaire, le procureur général Touffait suggérait en effet de ne pas fonder la primauté reconnue au droit communautaire sur l'article 55 de la constitution mais sur « la nature même de l'ordre juridique institué par le traité de Rome ». Quant au Conseil constitutionnel, il n'a fini par admettre « l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international » qu'en 2004 dans sa décision *Traité établissant une constitution pour l'Europe* (Cons. const., 19 novembre 2004, n° 2004/505 DC). Auparavant, depuis sa décision *IVG* (Cons. const., 13 janvier 1975, n° 1975/54 DC) qui excluait le contrôle de constitutionnalité des normes internationales (sans distinction) par le juge constitutionnel et le réservait aux juges ordinaires, le Conseil constitutionnel assimilait le droit communautaire au droit international conventionnel.

révolue¹⁰¹ et « l'état de guerre » n'est plus¹⁰². Depuis le tournant de l'arrêt *Nicolo*¹⁰³, par lequel le Conseil d'État a reconnu la primauté du droit primaire, la même primauté a en effet été reconnue au droit dérivé¹⁰⁴, à la jurisprudence de la Cour de justice¹⁰⁵, et plus particulièrement aux principes généraux du droit communautaire¹⁰⁶ qui, depuis la décision *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*¹⁰⁷, ont valeur supra-légale. En outre, la violation de la primauté du droit communautaire est pleinement sanctionnée par le juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir et dans le contentieux de la responsabilité depuis la décision *Gardedieu*¹⁰⁸. Le Conseil d'État a même accepté, opérant à l'occasion un revirement par rapport à sa jurisprudence *Cohn-Bendit*¹⁰⁹, que soient invoquées directement les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive au soutien de la contestation de la légalité d'un acte administratif individuel¹¹⁰. Subsiste néanmoins aujourd'hui un désaccord entre la Cour de justice¹¹¹ et le Conseil d'État¹¹², désaccord avec la Cour de justice que partagent le Conseil Constitutionnel¹¹³ et la Cour de cassation¹¹⁴, qui s'exprime par le refus

¹⁰¹ V. not. Charles-Édouard DELVALLEZ, *Le juge administratif et la primauté du droit communautaire*, éd. L'Harmattan, 2011.

¹⁰² L'expression est empruntée au Président Robert KOVAR, « Le Conseil d'État et le droit communautaire : de l'état de guerre à la paix armée », *D.*, 1990, chron., n° XI, p. 57.

¹⁰³ CE, Ass., *Nicolo*, 20 octobre 1989, *Rec. Lebon*, p. 190

¹⁰⁴ CE, *Boisdet*, 24 septembre 1990, *Rec. Lebon*, p. 251 ; CE, Ass., *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, 28 février 1992, *Rec. Lebon*, p. 81.

¹⁰⁵ V. not. CE, *Aubin*, 20 janvier 1988, *Rec. Lebon*, p. 20 ; CE, Ass., *Soc. Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France*, 28 février 1992, *Rec. Lebon*, p. 78 ; CE, Ass., *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, 28 février 1992, préc.

¹⁰⁶ V. CE, Sect., *Conseil national des barreaux et autres*, 10 avril 2008, *Rec. Lebon*, p. 233.

¹⁰⁷ CE, Sect., 3 décembre 2001, *Rec. Lebon*, p. 624.

¹⁰⁸ CE, Ass., 8 février 2007, *Rec. Lebon*, p. 78.

¹⁰⁹ CE, Ass., 22 décembre 1978, *Rec. Lebon*, p. 524.

¹¹⁰ CE, Ass., *Mme Perreux*, 30 octobre 2009, *Rec. Lebon*, p. 407

¹¹¹ CJCE, *Administration des Finances de l'État c. société anonyme Simmenthal*, *Rec.* p. 641.

¹¹² CE, Ass., *Sarran, Levacher et autres*, 30 octobre 1998, *Rec. Lebon*, p. 368.

¹¹³ Les réserves de constitutionnalité ont été formulées dans les décisions sur la transposition des directives : Cons. const., *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, 10 juin 2004, n° 2004/ 496 DC ; Cons. const., *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, 1^{er} juillet 2004, n° 2004/497 DC ; Cons. const., *Loi relative à la bioéthique*, 29 juillet

d'admettre la primauté du droit de l'Union sur la constitution. Or « le rappel constant de la primauté de la constitution française semble témoigner de la volonté de conserver un puissant levier de fermeture potentielle de l'ordre juridique français »¹¹⁵. La jurisprudence du Conseil constitutionnel de 2004 et 2006 relative à la transposition des directives, loin d'assurer une primauté absolue au droit dérivé, a en effet introduit une « réserve de constitutionnalité »¹¹⁶. Certes le Conseil constitutionnel a reconnu que l'article 88-1 de la constitution fondait la primauté du droit communautaire et que la transposition en droit interne d'une directive communautaire résultait donc d'une exigence constitutionnelle : incompétent pour connaître d'une loi qui se borne à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive (le contrôle de la conformité de la loi au droit communautaire relève des juges ordinaires qui peuvent saisir d'un renvoi préjudiciel la Cour de justice), l'exigence constitutionnelle de transposition autorise néanmoins le Conseil constitutionnel à déclarer non conformes à l'article 88-1 de la constitution les dispositions législatives manifestement incompatibles avec la directive qu'elle a pour objet de transposer. Mais le Conseil constitutionnel pose surtout une limite à l'exigence de transposition, à savoir que la transposition ne saurait aller à l'encontre d'une « disposition constitutionnelle expresse » (en 2004), puis « d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » (en 2006). D'après les commentaires autorisés parus aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*, les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle française seraient des « règles inhérentes à notre ordre constitutionnel », lesquelles correspondraient aux « dispositions expresses de la constitution » ou « dispositions spécifiques » de la constitution. Autrement dit, les variations terminologiques entre 2004 et 2006 n'auraient

2004, n° 2004/98 DC ; Cons. const., *Loi relative à la protection des personnes à l'égard des traitements des données à caractère personnel*, 29 juillet 2004, n° 2004/499 DC ; Cons. const., *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, 27 juillet 2006, n° 2006 : 540 DC ; Cons. const., *Loi relative au secteur de l'énergie*, 30 novembre 2006, n° 2006/543 DC.

¹¹⁴ Cass., Ass. Plén., *Pauline Fraysse*, 2 juin 2000, *Bull.* 2000 Ass. Plén. n° 4 p. 7, pourvoi n° 99-60274.

¹¹⁵ Constance GREEWE et Joël RIDEAU, « L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne : flash back sur le coming out d'un concept ambigu », in *Chemins d'Europe, op. cit.*, 319, spéc. p. 326. V. également, Florence BENOIT-ROHMER, « Identité européenne et identité nationale : absorption, complémentarité ou conflit ? », in *Chemins d'Europe, op. cit.*, p. 63.

¹¹⁶ V. la jurisprudence précitée.

Juges français et juges européens

entraîné aucune modification sémantique¹¹⁷. Les règles ou principes en question renverraient aux dispositions propres à la constitution française, qui n'auraient pas d'équivalent en droit européen. C'est seulement dans ce dernier cas, que le Conseil constitutionnel s'autoriserait à exercer son contrôle de la loi transposant la directive (et sauf disposition manifestement incompatible avec la directive). L'identité constitutionnelle française peut concerner des droits fondamentaux mais également des principes caractérisant par leur permanence les constitutions républicaines de la France, à savoir la souveraineté nationale, la représentation et le séparation des pouvoirs¹¹⁸. De son côté, le Conseil d'État, dans son arrêt *Arcelor*, s'est reconnu le pouvoir de contrôler la constitutionnalité d'un décret de transposition d'une directive au regard de l'ensemble du bloc de constitutionnalité. Cet examen est toutefois lui aussi assorti d'une limite dans le cas où l'acte de transposition ne fait que reproduire les dispositions précises et inconditionnelles de la directive : le juge administratif doit alors « rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué »¹¹⁹. Dans l'affirmative, il appartient au juge administratif d'examiner la compatibilité de la directive avec ce principe et en cas d'incompatibilité de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité ; dans la négative, c'est-à-dire en l'absence de principe général du droit de l'Union équivalant au principe constitutionnel français évoqué, il lui appartient de se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées. Les jurisprudences respectives du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État heurtent assurément le principe de primauté absolue du droit de l'Union posé par la Cour de justice¹²⁰. Le conflit affiché doit vraisemblablement être relativisé. Alors que

¹¹⁷ *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 21 et 22, commentaires des décisions n° 2006-540 DC et 2006-543 DC préc.

¹¹⁸ En ce sens, v. Michel TROPER, « Identité constitutionnelle », in *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, sous la direction de Bertrand MATHIEU, Dalloz 2008, p. 123 ; *adde*, Agnès ROBLOT-TROIZIER, « La France », in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, sous la direction de Édouard DUBOUT et Sébastien TOUZE, Pedone, 2010, 233.

¹¹⁹ CE, Ass., *Soc. Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, 8 février 2007, *Rec. Lebon*, p. 55.

¹²⁰ Pour une présentation comparative des réserves d'identité constitutionnelle, v. Constance GREEWE et Joël RIDEAU, « L'identité constitutionnelle des États

pour certains auteurs les défenses des identités nationales seraient des « écueils sur la voie royale de la construction européenne »¹²¹, pour d'autres auteurs les hypothèses de conflit devraient demeurer exceptionnelles¹²². Surtout, l'article 4 § 2 TUE pose désormais que l'Union respecte « l'identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles » des États membres. Aussi la jurisprudence de la Cour de justice devrait évoluer dans les années à venir dans le sens d'une relativisation de la primauté du droit de l'Union, la Cour de justice étant invitée par les traités à réaliser un équilibre entre primauté et identité nationale¹²³. Mais en cas de désaccord entre la Cour de justice ayant à réaliser cet équilibre et les plus hautes juridictions nationales chargées de définir l'identité nationale opposable à la primauté du droit de l'Union, chacune de ces juridictions étant souveraine dans son ordre, le conflit entre les juges nationaux et européens ne pourra être que frontal.

Le refus de transmettre à la Cour de justice des renvois préjudiciels est le second type de résistance affiché par les Cours suprêmes nationales en vue d'imposer leur propre interprétation du droit de l'Union ou de ne pas l'appliquer. Plutôt qu'un refus pur et simple de transmettre¹²⁴, le refus se fait

membres de l'Union européenne : flash back sur le coming out d'un concept ambigu », art. préc.

¹²¹ *Ibid*, spéc. p. 343.

¹²² V. not. Denys SIMON, « L'autonomisation du contrôle d'euro-compatibilité : une rupture épistémologique dans les rapports de systèmes », art. préc., spéc. p. 511.

¹²³ Art 4 § 2 TUE : « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre. »

¹²⁴ Dont les hypothèses ne sont pas à exclure mais difficiles à comptabiliser. Les juridictions nationales peuvent très bien refuser d'interroger la Cour de justice tout en refusant dans le même temps de s'aligner sur sa jurisprudence. V. par ex. le refus de l'*Asylum and Immigration Tribunal* britannique d'appliquer la solution de l'arrêt *Metock* en matière de regroupement familial de ressortissants d'États tiers avec des citoyens communautaires (CJCE, *Blaise Baheten Metock et autres contre Minister for Justice, Equality and Law Reform*, Gr. Ch., 25 juillet 2008, aff. C-127/08, *Rec.* 2008 I-06241), tout juste deux mois après (*Asylum and Immigration Tribunal, SM (Metock; Extended Family Members) Sri Lanka v. Secretary of State for the Home Department*, [2008] UKAIT 00075, 30 September 2008, accessible en ligne: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48ee0c242.html>). Une étude plus approfondie permettrait peut-être de découvrir que les résistances nationales se manifestent dans

souvent plus nuancé et plus subtile à la faveur de l'emploi de la théorie de l'acte clair¹²⁵. L'exemple français du Conseil d'État est là encore bien connu. Dès 1964, dans son arrêt *Société des pétroles Shell-Berre*¹²⁶, le Conseil d'État décidait de ne pas utiliser le mécanisme des questions préjudicielles, en recourant précisément à une utilisation de la théorie de l'acte clair « qui défiait la bonne foi la plus élémentaire »¹²⁷, tant la disposition relative à l'aménagement des monopoles publics nationaux déclarée claire apparaissait comme une des dispositions les plus complexes du traité. C'est seulement en 1970 que le Conseil d'État saisira pour la première fois la Cour de justice¹²⁸. Les relations avec la Cour de justice ne seront pas pour autant dépourvues, comme le révélera encore le refus de saisir la Cour de justice dans l'affaire *Cohn-Bendit*¹²⁹. Seul l'arrêt *CILFIT*¹³⁰ rendu par la Cour de justice en 1982, qui, on l'a vu, reconnaissait aux juridictions nationales une marge d'appréciation dans l'application des dispositions de l'article 267 TFUE et dans l'évaluation de la nécessité du renvoi, qu'il soit obligatoire ou facultatif, convaincra les juges du Conseil d'État d'avoir été entendus et apaisera le climat. Encore convient-il de souligner plus généralement avec Norbert Gross que l'emploi de la théorie de l'acte clair lui-même se dédouble. Dans sa version classique encadrée par l'arrêt *CILFIT*, la théorie de l'acte clair vise le droit de l'Union et autorise le juge national, tenu d'appliquer une disposition du droit de l'Union évidente et ne laissant place

les matières les plus sensibles traditionnellement liées à la souveraineté des États et qui relèvent des compétences réservées aux États membres.

¹²⁵ V. Norbert GROSS, « Le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice des communautés européennes – Contraintes, hésitations et refus », art. préc.

¹²⁶ CE, Ass., 19 juin 1964, *Rec. Lebon*, p. 344.

¹²⁷ Patrick WACHSMANN, « Le dialogue au lieu de la guerre », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 1121, spéc. p. 1130.

¹²⁸ CE, Sect., *Synacomex*, 10 juillet 1970, *Rec. Lebon*, p. 477. La Cour de cassation, et plus particulièrement sa chambre criminelle a également manifesté quelques réticences à saisir la Cour de justice. Alors que cette dernière, dès 1972, avait affirmé que « la disposition du traité relative à la question préjudicielle ne fait aucune distinction entre le caractère pénal ou non de la procédure nationale dans le cadre de laquelle les questions préjudicielles ont été formulées », ajoutant que « l'efficacité du droit communautaire ne saurait varier selon les différents domaines du droit national à l'intérieur desquels il peut faire sentir ces effets » (CJCE, *S.A.I.L.*, 21 mars 1972, Aff., C-82/71, *Rec.*, 1972, p. 119), la chambre criminelle ne consentira qu'en 1994 à poser pour la première fois une question préjudicielle à la Cour de justice (Cass., Crim., 3 octobre 1994, n° 93-80.109).

¹²⁹ Préc.

¹³⁰ Préc.

à aucun doute raisonnable, à ne pas poser de question préjudicielle à la Cour de justice. Dans sa version plus récente, la théorie de l'acte clair à laquelle se réfèrent les juges nationaux, s'appuie non plus sur l'interprétation claire et non équivoque du droit de l'Union mais sur celle claire et non équivoque d'une norme nationale. La Cour de justice, respectueuse des ordres constitutionnels nationaux et de l'obéissance due par les juges à leur législateur national, reconnaît en effet que le droit de l'Union n'exige pas des juges nationaux qu'ils se livrent à une interprétation *contra legem* de leur loi nationale pour se conformer au droit de l'Union. Aussi les juges nationaux peuvent-ils refuser de poser une question préjudicielle à la Cour de justice quand la loi nationale claire et non équivoque à leurs yeux ne peut être interprétée conformément au droit de l'Union. Demeure alors seulement envisageable, pour briser l'opposition du législateur national (réelle ou décrétée par le juge), une procédure de manquement contre l'État membre dont ce juge relève¹³¹. Entre les mains du juge national, la théorie de l'acte clair « constitue ainsi un moyen efficace de freinage pour l'évolution du droit communautaire »¹³².

De tels freins s'observent-ils pour le droit conventionnel ?

2 - Les fausses notes des choristes dans l'ordre de la convention

Pour le droit de la convention, en l'absence d'un mécanisme procédural du type du renvoi préjudiciel existant dans l'ordre juridique de l'Union, la qualité du dialogue noué entre la Cour EDH et les juridictions nationales est dans l'étroite dépendance des « terreaux juridico-politiques dans lesquels s'enracine ce dialogue »¹³³. La place très variable accordée à la convention dans la hiérarchie des normes des ordres juridiques nationaux, l'autorité reconnue aux arrêts de la Cour (elle-même dépendante de la tradition de *common law* ou de la tradition civiliste des États parties, ceux relevant de la première étant *a priori* plus réceptifs à la prise en compte de la jurisprudence strasbourgeoise, eu égard à la valeur accordée au précédent), la conception de la séparation des pouvoirs (et plus particulièrement la déférence du pouvoir judiciaire à l'égard du pouvoir législatif), l'existence ou non d'un contrôle de conventionnalité (réservé à une juridiction constitutionnelle ou

¹³¹ Sur tous ces points et pour une approche critique, V. Norbert GROSS, « Le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice des communautés européennes – Contraintes, hésitations et refus », art. préc.

¹³² *Ibid.*, spéc. p. 342.

¹³³ Emmanuelle BRIBOSIA, « Un dialogue sous l'influence des terreaux juridiques nationaux », art. préc.

exercé par tout juge), mais surtout la proximité ou la distance d'une jurisprudence de la Cour EDH avec les valeurs essentielles des ordres juridiques nationaux sont autant de facteurs qui contribuent à l'effectivité de cette jurisprudence européenne dans les ordres juridiques nationaux ou à son ineffectivité, qui peut se traduire par la résistance volontaire des juridictions suprêmes nationales à l'effet immédiat ou à l'autorité de la chose interprétée des décisions de la Cour. Pour s'en tenir à l'exemple français¹³⁴, la ratification tardive en 1974 de la convention par la France et l'absence de droit de recours individuel avant 1981, qui rendait bien théorique une intervention de la Cour EDH, ont permis aux juridictions françaises d'ignorer largement dans un premier temps la convention et la jurisprudence de la Cour EDH. Mais une fois ratifiée, la convention s'est vue reconnaître dans la pyramide des normes un rang certes inférieur à la constitution mais supérieur à la loi. Celle-ci étant d'applicabilité directe¹³⁵, les juges judiciaires et administratifs sont tous en mesure d'exercer un contrôle de conventionnalité. Alors que les conditions semblaient donc plutôt favorables à une bonne réception de la convention et de la jurisprudence de la Cour EDH, « après le temps de l'ignorance vint celui de la résistance »¹³⁶ tant de la part des juridictions administratives, comme en témoignera la jurisprudence *Debout*¹³⁷ sur l'applicabilité de l'article 6 de la convention au contentieux disciplinaire devant les juridictions ordinaires (le Conseil d'État, revendiquant un pouvoir d'interprétation autonome, opposera une lecture littérale de cet article à la lecture constructive de la Cour) que de la part des juridictions judiciaires, comme en attestera le refus pendant près de trente ans de certaines chambres de la Cour de cassation de soulever d'office l'application de la convention comme moyen d'ordre public. Mais les condamnations à répétition de la France pour des applications de la convention contraires à la jurisprudence de la Cour EDH devaient conduire les juges français à revoir leur position au nom de la prévention des risques de nouvelles condamnations. Néanmoins en matière de droits de l'homme, la France, « Patrie des droits de l'homme », « répugne à recevoir des leçons venues d'ailleurs »¹³⁸. Et alors que l'influence de la

¹³⁴ Pour une approche comparative, v. Emmanuelle BRIBOSIA, *ibid.*

¹³⁵ Reconnue dès l'arrêt *Raspino* du 3 juin 1975 par la chambre criminelle de la Cour de cassation (*Bull. crim.*, n° 141).

¹³⁶ Patrick WACHSMANN, « Le dialogue au lieu de la guerre », art. préc. spéc. p. 1132.

¹³⁷ CE, Sect., 27 oct. 1978, *Rec. Lebon*, p. 395.

¹³⁸ Frédéric LAZAUD, *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2006, spéc. p. 276

jurisprudence européenne sur celle de la Cour de cassation¹³⁹, du Conseil d'État¹⁴⁰ ou du Conseil constitutionnel¹⁴¹, est désormais devenue incontestable, ces juridictions françaises continuent généralement de nier l'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour EDH et feignent de conserver un pouvoir d'interprétation autonome, quand bien même elles acceptent de reprendre les interprétations délivrées par la Cour EDH. La Cour de cassation considère ainsi que, si un arrêt de condamnation de la Cour européenne permet à celui qui s'en prévaut de demander réparation, en revanche « le moyen qui se fonde sur un arrêt de la Cour EDH est inopérant ; qu'en effet les décisions rendues par ladite Cour (...) n'ont aucune incidence directe en droit interne sur les décisions des juridictions nationales »¹⁴². Le Conseil d'État s'en tient de même à l'autorité relative de la chose jugée¹⁴³. Pour les juridictions administratives et judiciaires, « tout repose sur une démarche prétendument volontaire du juge interne »¹⁴⁴. La difficile réception de la jurisprudence strasbourgeoise par les juges ordinaires s'expliquerait en partie par la conception traditionnelle de la séparation de pouvoirs héritée de la Révolution française, comme l'ont révélé les épisodes français et européens sur les lois de validation, même si cette histoire à rebondissements a eu pour dénouement un alignement de l'ensemble des juridictions suprêmes françaises sur la Cour de Strasbourg, à l'encontre de la volonté du législateur français. Quant au Conseil

¹³⁹ V. not. la jurisprudence sur la rectification de l'état civil des transsexuels : CEDH, *B. c. France*, 25 mars 1992, n° 13343/87 ; Cass., Ass. Plén., *Marc Y. et René X.*, *Bull. A.P.*, n° 13, p. 27.

¹⁴⁰ V. not. la jurisprudence sur les limitations du droit de propriété : CEDH, *Chassagnou c. France*, 29 avril 1999, n° 25088/94 ; CE, *Mme Vignon*, 27 octobre 2000, Req. n° 172639.

¹⁴¹ V. not. la jurisprudence sur les validations législatives : CEDH, *Zielinsky et autres c. France*, 28 octobre 1999, n° 24846/94 ; Cons. const., *Loi de finances rectificative pour 1999*, 29 décembre 1999, n° 99-425 DC.

¹⁴² Cass., Ch. Crim., *Saidi*, 4 mai 1994, *D.* 1995, Jur. p. 80, note Jean-François RENUCCI. Mais les attitudes varient d'une chambre à l'autre : la première chambre civile, dès 1984, a fait référence dans ses arrêts à la « convention EDH telle qu'interprétée par la Cour EDH » (Cass. Civ. 1^{ère}, 10 janvier 1984, *Renneman*, *JCP G* 1984, II 20210 concl. GULPHE), et la chambre sociale a même renvoyé directement dans son visa à un arrêt de la Cour EDH (Cass. Soc., *Bozkurt*, 14 janvier 1999 ; v. Jean MOULY et Jean-Pierre MARGUENAUD, « La chambre sociale de la Cour de cassation, pionnière de la diffusion de la convention EDH en France », *JCP S*, 2009, I, 1001. 75).

¹⁴³ V. par ex. : CE, *Société Amibu*, 24 novembre 1997, Req. n° 171929.

¹⁴⁴ Agnès Roblot-Troizier, art. préc., spéc. p. 240.

Juges français et juges européens

constitutionnel, c'est seulement en 2004 que, réalisant un véritable tournant, il s'est référé pour la première fois à la jurisprudence de la Cour EDH, pour apprécier la compatibilité du projet de traité constitutionnel européen et de la charte avec différents principes constitutionnels français et, en particulier, le principe de laïcité¹⁴⁵. Assurément, même si elle est plus ou moins ostensible, l'heure est à l'ouverture des juridictions suprêmes françaises à la jurisprudence de la Cour EDH, ces juridictions nationales se livrant de plus en plus à son application spontanée, voire constructive¹⁴⁶. Les résistances ne demeurent vives que lorsque la jurisprudence de la Cour EDH heurte certains principes fondamentaux ou des traditions propres à la culture juridique française¹⁴⁷, qui font écho à l'identité nationale opposée aujourd'hui, on l'a vu, par le Conseil constitutionnel, à la primauté du droit

¹⁴⁵ Cons. const., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 19 novembre 2004, n° 505-2004 DC.

¹⁴⁶ Guy Canivet, alors qu'il était premier président de la Cour de cassation, s'est clairement positionné en faveur de la technique de l'interprétation conforme et de l'application immédiate de la jurisprudence de Strasbourg : « le juge national doit appliquer le droit interne au regard des dispositions de la convention telle qu'elle est interprétée par la Cour EDH et, si cette interprétation conforme est impossible, écarter purement et simplement la règle contraire, qu'elle soit légale ou réglementaire, qu'elle soit récente ou ancienne » (*La Cour de cassation et la convention européenne des droits de l'homme*, Actes du cinquantième anniversaire de la CEDH, Bruxelles, éd. Némésis, Bruylant, p. 256). Et pour Jean-Marc SAUVE, vice-président du Conseil d'État : « Présentement, près du quart des trois mille décisions les plus importantes rendues chaque année par le Conseil d'État se prononcent sur la violation ou non de droits garantis par la convention européenne des droits de l'homme. On ne saurait mieux illustrer le rayonnement et l'impact de cet instrument qui désormais irrigue tout le droit public français et aiguillonne le contrôle de l'administration. Ces évolutions donnent d'ailleurs lieu à une véritable dialectique dans la protection des droits de l'homme. Car le juge national ne se borne pas à faire preuve de « discipline juridictionnelle » vis-à-vis de votre Cour. Pour des raisons de cohérence avec sa propre jurisprudence, il n'hésite pas à aller au-delà des standards que vous fixez. » (*Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010, accessible en ligne : http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/BB3162D8-3C59-4B49-A54C-4DEE973213EA/0/DIALOGUE_2010_FR.pdf).

¹⁴⁷ Pour des exemples de rébellion bien connus, v. l'exposé par Emmanuelle BRIBOSIA de la résistance de la chambre criminelle de la Cour de cassation aux arrêts *Poitrimol contre France* du 23 novembre 1993 et *Omar et Guérin contre France* du 29 juillet 1998 et celle du Conseil d'État à l'arrêt *Kress contre France* du 7 juin 2001 (« Un dialogue sous l'influence des terreaux juridiques nationaux », art. préc., spéc. p. 253-255).

de l'Union et qui pourrait bien l'être demain à la convention EDH et aux interprétations délivrées par la Cour.

Dans ces cas, les freins opposés par les juges nationaux apparaissent alors largement dépendants de l'attitude des Cours européennes et rappellent que nombre de fausses notes dans le concert européen pourraient être évitées grâce à une meilleure direction des chœurs.

B - Les fausses notes imputables à la direction des chefs de chœur

Fausse notes ou mauvaises harmonies ? Une direction insuffisamment à l'écoute des choristes nationaux nuit à la cohésion du chœur et à la qualité du droit qu'il coproduit (1). La participation à deux chœurs distincts pour dire une partition en partie commune n'est pas non plus sans poser des difficultés quand les deux chefs de chœur s'entendent trop ou pas assez (2).

1 - La responsabilité des chefs de chœur dans les relations verticales

C'est bien un manque d'attention qui pourrait être reproché à la Cour de justice pour la coopération déraisonnable qu'elle attend des juges des États membres dans l'application du droit de l'Union. Cette coopération apparaît tellement démesurée que Michal Bobek a pu écrire que la jurisprudence de la Cour de justice avait créé un juge à l'image d'un « véritable Hercule juridique européen »¹⁴⁸. Il est en effet d'abord demandé aux juges des États membres de parler de nombreuses langues européennes. L'Union européenne compte actuellement vingt-trois langues officielles toutes également authentiques et les juges nationaux, lorsqu'ils interprètent le droit de l'Union, doivent comparer les différentes versions linguistiques pour être assurés d'en délivrer une interprétation correcte¹⁴⁹. La Cour leur demande ensuite d'appliquer (et donc de connaître) le droit de l'Union comme il

¹⁴⁸ Michal BOBEK, « Une méthodologie de loyauté et de résistance dans l'application du droit européen par les cours des nouveaux États membres », art. préc., spéc. p. 119.

¹⁴⁹ La comparaison doit obéir à trois grands principes : l'interdiction de considérer une version linguistique isolée, l'interdiction de hiérarchiser les versions et le principe selon lequel les divergences doivent être surmontées à l'aide d'autres méthodes d'interprétation, notamment la lecture logique, systématique et téléologique. Sur cette jurisprudence de la Cour de justice, v. Michal BOBEK, art. préc. L'auteur ajoute que : « À la suite de l'élargissement de 2004, le langage communautaire est en partie devenu un cauchemar et en partie une source d'incertitude juridique » du fait notamment de « la traduction précipitée de dizaines milliers de pages de droit européen primaire et dérivé dans les langues des nouveaux États membres » (spéc. p. 129-130).

Juges français et juges européens

appliquerait le droit national¹⁵⁰. Elle exige encore d'eux de se livrer à une recherche de droit comparé, l'arrêt *CILFIT* ayant posé qu'en matière d'interprétation du droit communautaire « (...) la juridiction nationale doit être convaincue que la même évidence s'imposerait également aux juridictions des autres États membres et à la Cour de justice »¹⁵¹. Et, on l'a vu, elle leur demande enfin, de procéder à un raisonnement téléologique. Dans ces conditions, les consignes du chef de chœur rendent difficile le déchiffrement de la partition. Aussi la distance est grande entre les méthodes d'application du droit de l'Union imposées par la Cour de justice et la réalité des pratiques judiciaires : les juges nationaux n'ont guère l'habitude de consulter les différentes versions linguistiques du droit de l'Union ; ils ne maîtrisent pas tous parfaitement ce droit, encore pour eux bien souvent ressenti comme étranger, et il est peu probable qu'ils respectent les exigences comparatives de la jurisprudence *CILFIT*¹⁵². Mais on peut penser avec Michal Bobek que, précisément à cause du caractère démesuré de la tâche confiée aux juges nationaux de droit commun, « le système fonctionne uniquement parce que les juges nationaux ignorent la plupart des choses que la CJCE exige de leur part. »¹⁵³.

¹⁵⁰ La jurisprudence de la Cour renvoie donc la question de l'office du juge aux droits nationaux, respectueuse ce faisant de l'autonomie procédurale des États membres. Mais Michal Bobek relève que dans la plupart des nouveaux États membres, qui ont rejoint l'Union européenne lors des derniers élargissements ayant suivi la fin des régimes communistes, la maxime *iura novit curia* (en vertu de laquelle les faits sont l'affaire des parties et le droit l'affaire du juge) est toujours très présente. Or la nécessité de reconstruire par pans entiers les systèmes juridiques de ces pays anciennement rattachés au bloc soviétique et l'adaptation ultérieure des législations en vue de rejoindre l'Union européenne, avant même d'être tenus par le droit primaire et dérivé depuis leur entrée, font que « même le plus grand optimiste législatif ne peut plus penser qu'après ces avalanches d'amendements et de nouvelles législations, les juges connaissent encore le droit » et que « au vu des dizaines de milliers de nouvelles pages de lois communautaires et nationales, sans parler de la jurisprudence de la CJCE, il est devenu impossible de mettre en pratique la maxime 'iura novit curia' » (art. préc., spéc. p. 134).

¹⁵¹ Arrêt préc., § 16.

¹⁵² Sur tous ces points, v. Michal BOBEK, art. préc.

¹⁵³ Art. préc., spéc. p. 147. L'auteur poursuit : « Les rares juges qui maîtrisent le droit communautaire se découragent souvent rapidement. On a l'impression que le système entier s'écroulerait en quelques mois, si les juges nationaux commençaient à suivre véritablement les lignes de conduite de la Cour de Luxembourg » (*ibid.*). L'auteur suggère quelques méthodes d'application plus raisonnables qui pourraient être imposées par la Cour : l'étude comparative de deux ou trois versions

En revanche, quand la Cour de justice et la Cour européenne durcissent leur direction en étant moins à l'écoute des juridictions nationales (du contrepoint), le droit vivant s'éloigne de l'idéal du droit choral poursuivi, qu'il y ait rébellion ou non.

Au regard de leur activité jurisprudentielle, la vie de la Cour de justice comme celle de la Cour EDH ne ressemblent en rien à un long fleuve tranquille, mais bien plutôt à « des marées, marquées par le flux et le reflux des eaux »¹⁵⁴. En effet ces deux Cours oscillent entre activisme judiciaire et prudence interprétative¹⁵⁵. Mais quand l'une ou l'autre fait preuve d'activisme, les juridictions nationales seront parfois tentées de réagir à des décisions de la Cour de justice considérées par trop « intégrationnistes » ou à des décisions de la Cour EDH, ressenties comme reflétant une mauvaise compréhension des situations en droit interne. Les exemples de ces deux types de résistance abondent et certains propres aux juridictions suprêmes françaises ont déjà été donnés. La rébellion des juridictions suprêmes françaises à l'encontre de la primauté du droit de l'Union décrétée par la Cour de justice a notamment déjà été exposée¹⁵⁶ ; mais on aurait pu tout autant invoquer les exemples des juges constitutionnels allemand, italien, espagnol, danois, tchèque... Quant aux énergies déployées en France par le Conseil d'État puis par le pouvoir réglementaire¹⁵⁷ pour défendre la place du commissaire du gouvernement (devenu rapporteur public) au sein de cette juridiction après la condamnation de la France à Strasbourg dans les affaires *Kress*¹⁵⁸ et *Martinie*¹⁵⁹, elles sont également bien connues et emblématiques du

linguistiques, la maîtrise des grands principes du droit européen, déléguer aux avocats des parties la tâche d'identification des droits positifs étrangers ...

¹⁵⁴ Emmanuelle BROUSSY, Francis DONNAT et Christian LAMBERT, « *Suum cuique* : La Cour de justice ignore-t-elle la souveraineté des États membres ? », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui*, op. cit., p. 19.

¹⁵⁵ Sur ce thème, v. Guy CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », in *La jurisprudence, source de droit*, Arch. Phil. Droit, t. 50, 2006, p. 9. Pour la CEDH, v. Béatrice DELZANGLES, *Activisme et Autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 2010 ; pour la jurisprudence récente de la CJUE, v. Emmanuelle BROUSSY, Francis DONNAT et Christian LAMBERT, « *Suum cuique* : La Cour de justice ignore-t-elle la souveraineté des États membres ? », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui*, art. préc.

¹⁵⁶ V. *supra* II A 1°

¹⁵⁷ V. les décrets du 19 décembre 2005 (n° 2005-1586), du 1^{er} août 2006 (n° 2006-964) et du 7 janvier 2009 (n° 2009-14).

¹⁵⁸ CEDH, *Kress c. France*, 7 juin 2001, Gr. Ch., Req. n° 39594/98. V. not. Frédéric SUDRE, « La compatibilité de l'institution du commissaire du gouvernement près le

sentiment d'incompréhension et de méconnaissance de certaines institutions nationales à Strasbourg¹⁶⁰. Or cette impression d'être parfois incompris des juges strasbourgeois est là encore largement partagé par les juridictions suprêmes des autres États parties¹⁶¹.

Les réticences des juridictions nationales ne sont certes pas toujours également légitimes, mais elles le sont assurément quand l'activisme judiciaire des deux cours européennes, à l'origine de ces réactions, produit un droit commun qui n'a de commun que le nom. Cet activisme alors n'est pas sans danger car lorsque les droits communs de l'Union et de la convention cessent de se nourrir « de l'humus des droits nationaux »¹⁶², ils deviennent « des droits venus d'ailleurs », « des droits venus de nulle part qui n'ont ni histoire ni territoire : ils ont surgi d'abstractions »¹⁶³, elles-mêmes sorties tout droit de la tête de juristes considérés comme apatrides

Conseil d'État à l'article 6 de la convention EDH : l'arrêt Kress contre la France de la Cour EDH ou le triomphe des apparences », JCP G, 2001, II-10578.

¹⁵⁹ CEDH, *Martinie c. France*, 12 avril 2006, Gr. Ch., Req. n° 58675/00. V. not. Laurent SERMET, « L'arrêt Martinie c/ France : un arrêt de Grande chambre ? Assurément. Un grand arrêt ? Non », *RFDA* 2006, n° 3, p. 577.

¹⁶⁰ Il n'est pas sûr que les relations du Conseil d'État et de la Cour EDH soient définitivement pacifiées. Dans l'affaire *F. M-A.*, la Cour EDH vient de communiquer en 2012 au gouvernement français une requête introduite par un magistrat administratif en 2009 (Req n° 54984/09) qui met en cause au regard du droit à un procès équitable et de la théorie des apparences (après la participation ou la simple présence de l'ancien commissaire du gouvernement au délibéré et l'absence de communication de ses conclusions aux parties), le fait notamment que le rapporteur public puisse avoir accès au travail interne des formations d'instruction (note du rapporteur, projet de jugement et participation à la séance d'instruction).

¹⁶¹ La résistance des magistrats belges après l'arrêt *Marckx* (CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A, n° 31, p. 15) interdisant toute discrimination fondée sur la naissance est également notoirement connue. Adde les exemples britanniques et allemands cités dans la communication de Lady Justice Harden et les exemples croates dans la communication de Hranko HRVATIN in *Dialogue entre juges, La convention vous appartient*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2010, accessible en ligne : http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/BB3162D8-3C59-4B49-A54C-4DEE973213EA/0/DIALOGUE_2010_FR.pdf.

¹⁶² Louis DUBOIS in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées - En hommage à Louis Dubouis*, Centre d'études et de recherches internationales et communautaires, Université Aix-Marseille III, coll. Monde européen et international, vol. 6, La documentation française, 2000, p. 7, spéc. p. 12.

¹⁶³ Jean CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Flammarion, 1996, spéc. p. 48.

ou « hors-sol »¹⁶⁴, rappelant alors que la cohésion sociale et professionnelle fait ici encore souvent défaut entre les magistrats européens et les magistrats nationaux, y compris de même nationalité¹⁶⁵.

Il en va ainsi quand la Cour de justice impose le respect de principes généraux « communs » aux États membres qui ne sont en réalité connus que d'une minorité d'États¹⁶⁶ ou, pire, quand elle ignore « le patrimoine constitutionnel commun, en avançant tout droit sur sa route, en ne regardant avec attention que les normes des traités »¹⁶⁷. Il en va de même lorsque la Cour EDH, se livrant à une interprétation évolutive et consensuelle, réduit la marge nationale d'appréciation au nom d'un consensus pourtant inexistant¹⁶⁸ ou, pire, fait fi d'un consensus existant et

¹⁶⁴ Julie ALLARD et Antoine GARAPON, *Les juges dans la mondialisation – La nouvelle révolution du droit*, éd. Seuil, Coll. La République des idées, 2005, spéc. p. 75.

¹⁶⁵ V pour les juges de Luxembourg, Norbert GROSS, « Le renvoi préjudiciel devant la Cour de Justice des Communautés Européennes - Contraintes, hésitations et refus », art. préc. : « À très peu d'exceptions près, les magistrats et leurs assistants rodés au droit communautaire ne trouvent plus le chemin du retour dans leur fief national. Ils lient leur avenir aux institutions européennes et s'installent dans le giron communautaire », spéc. p. 335.

¹⁶⁶ V. Jacques KRYNEN, « La Cour de justice a tiré principalement son inspiration des principes généraux « communs » aux droits des États membres ou « généralement admis » dans le droit des États membres. De telles formulations ne doivent pas masquer la réalité. La Cour procède moins à des analyses de droit comparé qu'à une recherche, à partir de l'esprit des droits nationaux, de leurs orientations, de leur évolution, de principes susceptibles de figurer comme un patrimoine commun. Elle procède en « trouvère », sélectionne un courant dominant ou même simplement minoritaire s'il lui paraît que tel principe répond aux besoins politiques et moraux de la construction communautaire. La moisson des principes dégagés selon cette libre méthode est surabondante », *L'État de justice, France, XIII^e-XX^e siècle*, t. II, *L'emprise contemporaine des juges*, éd. Gallimard, coll. Bibliothèque des histoires, 2012, spéc. p. 341.

¹⁶⁷ Massimo LUCIANI, « L'interprétation conforme et le dialogue des juges - Notes préliminaires », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, op. cit., p. 695, spéc. p. 707, à propos notamment des arrêts *Laval* et *Viking*.

¹⁶⁸ Mais qui a permis, par exemple et en l'occurrence, à la Turquie d'échapper à une condamnation dans l'affaire *Leyla Sahin c. Turquie* (Cour EDH, 10 nov. 2005, Gr. Ch., Req. n° 44774/98) relative à l'interdiction du port du voile à l'Université. V. l'opinion dissidente de Françoise Tulkens, accessible en ligne : http://www.rtdh.eu/pdf/20051110_leyla-sahin_c_turquie.pdf). Il convient de relever que la technique des notions autonomes peut également être utilisée par la Cour EDH, pour taire et surpasser les diversités nationales (v. Béatrice BELDA, « Les faux-semblants du dialogue des juges », in *Les Cahiers de l'IDEDH*, n° 11, *Le*

Juges français et juges européens

condamne un État partie, dont la législation n'est qu'une des expressions de ce consensus¹⁶⁹. Ainsi, les Cours européennes prennent-elles le risque de heurter frontalement les autorités nationales, au premier rang desquelles figurent leurs juridictions, mais surtout d'appauvrir le droit commun.

Et ce dernier risque est accru quand les Cours européennes s'engagent sur la voie de la hiérarchisation de leurs relations avec les juges nationaux. Telle est bien la voie empruntée par la Cour de justice quand elle refuse de répondre à certaines questions préjudicielles¹⁷⁰. Il en va de même quand elle dit pour droit que le juge national, saisi d'un litige entre particuliers dans une matière entrant dans le domaine d'application d'une directive, est tenu d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de cette directive et que, développant ainsi le principe de primauté du droit de l'Union¹⁷¹, elle contourne tant la règle de l'absence d'effet direct horizontal des directives, qui interdit à un particulier d'invoquer une directive à l'encontre d'un autre particulier¹⁷², que celle qui lui interdit de statuer sur une disposition de droit national¹⁷³. Il y a bien encore une volonté de la Cour de justice de discipliner les juges nationaux quand, par son retentissant arrêt *Köbler*, elle pose le principe de la responsabilité d'un État membre pour des dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire « imputable à une décision d'une juridiction d'un État membre statuant en dernier ressort »¹⁷⁴. Dans l'ordre de la convention, où tout repose d'emblée

dialogue des juges, Université de Montpellier, Faculté de droit, 2007, p. 223, v. *infra*).

¹⁶⁹ V. par exemple Cour EDH, *B et L. c. Royaume-Uni*, 13 septembre 2005, Req. n° 36536/02. Dans cette affaire, la Cour avait à connaître, au titre de l'article 12 de la convention, de la règle britannique de l'empêchement au mariage entre des beaux-parents et leurs beaux-enfants, connues des droits internes d'un grand nombre d'États parties. Allant à l'encontre du « dénominateur commun » aux droits internes des États parties existant en la matière, qu'elle avait elle-même constaté (§ 36) et qui aurait dû normalement la conduire à juger la réglementation britannique compatible avec la convention, la Cour a néanmoins jugé que la règle britannique d'empêchement au mariage constituait une atteinte à la substance même du droit au mariage des intéressés emportant violation de l'article 12 (§ 35).

¹⁷⁰ V. par ex. CJCE, *Lourenço Diaz*, 16 juillet 1992, aff. C- 343/90, *Rec.* I-4673.

¹⁷¹ V. par ex. CJCE, *Marleasing*, 13 novembre 1990, aff. C-106/89, *Rec.* I-4135. *Adde*, CJUE, *Seda Küçükdeveci*, 19 janvier 2010, Gr. Ch., aff. C-555/07

¹⁷² V. CJCE, *Rutili*, 28 oct. 1975, aff. C-36/75, *Rec.*, p. 1219 ; CJCE, *Marshall*, 26 févr. 1986, aff. C-152/84, *Rec.*, p. 723.

¹⁷³ V. CJCE, *Unger*, 19 mars 1964, aff. 75/63, *Rec.*, p. 347 ; CJCE, *Eggers*, 12 oct. 1978, aff. 13/78, *Rec.*, p. 1935.

¹⁷⁴ CJCE, *Köbler*, 30 septembre 2003, aff. C-224/01, *Rec.* I-10239. Confirmé par CJCE, *Commission c. Italie*, 9 décembre 2003, aff. C-129/00, *Rec.* I-14637. La Cour

sur un mécanisme de contrôle, la rigidification des relations de la Cour EDH avec les juridictions nationales, qui se traduit par une réduction de leur espace de liberté d'interprétation, passe par des atteintes au principe de subsidiarité. Il y a atteinte à ce principe quand la Cour EDH ne respecte pas l'autonomie des ordres juridiques, s'écarte de sa démarche qui est en principe la sienne, à savoir celle de la retenue judiciaire et se comporte comme une quatrième instance au nom de l'effectivité des droits. Sur le fondement du principe de subsidiarité et du respect de l'autonomie des ordres juridiques, la Cour EDH pose en effet qu'elle n'est pas compétente pour examiner une requête relative à des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, ou pour substituer sa propre appréciation à celle des juridictions mais elle ajoute que cette retenue doit céder quand « ces erreurs lui semblent susceptibles d'avoir entraîné une

de justice souligne cependant la spécificité de la fonction juridictionnelle en précisant que la responsabilité de l'État du fait d'une violation du droit communautaire par une décision de justice ne saurait être engagée que dans « le cas exceptionnel où le juge a méconnu de manière manifeste le droit applicable ». Elle énumère en outre les éléments que le juge saisi d'une demande en réparation du préjudice ainsi causé pourra prendre en considération pour forger sa conviction : « le degré de clarté et de précision de la règle violée, le caractère délibéré de la violation, le caractère excusable ou inexcusable de l'erreur de droit ; la position prise, le cas échéant, par une institution communautaire, ainsi que l'inexécution, par la juridiction en cause, de son obligation de renvoi préjudiciel en vertu de l'article 234, alinéa 3, du traité CE ». Elle ajoute enfin qu'« en tout état de cause (...) une violation du droit communautaire est suffisamment caractérisée lorsque la décision concernée est intervenue en méconnaissance manifeste de la jurisprudence de la Cour en la matière ». Sur cet arrêt, v. not. Isabelle PINGEL, « La responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire par une juridiction suprême », *G. P.*, 4 mars 2004, p. 4 ; Denys SIMON, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême », *Revue Europe*, novembre 2003, p. 3 ; Rostane MEHDI, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême », *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, éd. Pedone, 2006, p. 225 ; Loïc AZOULAI, « Les formes de la sanction juridictionnelle », in *Les sanctions contre les États en droit communautaire*, sous la direction de Isabelle Pingel, éd. Pedone, 2006, p. 17. Ce dernier auteur souligne : « Cette évolution cadre mal, en apparence, avec les descriptions communément admises des relations de coopération qui doivent exister entre les autorités juridictionnelles de la Communauté. C'est qu'elle est de nature disciplinaire. Il s'agit, en fait, de s'assurer le comportement fidèle des relais essentiels de la bonne marche de l'ordre communautaire » (art. préc., spéc. p. 20).

atteinte aux droits et libertés garantis par la convention »¹⁷⁵. Or, quoique la Cour EDH affirme qu'elle « ne peut mettre en cause l'appréciation des autorités internes que lorsque celle-ci est révélatrice d'un arbitraire évident », l'affaire *Dulaurans*¹⁷⁶ a bien montré qu'au nom de l'effectivité des droits et de la condamnation de l'arbitraire, la Cour EDH pouvait s'ériger en un quatrième degré de juridiction. Un dirigisme excessif peut également se dissimuler derrière une interprétation évolutive « sans consensus européen », quand dans une matière elle condamne un État qui « outrepassé une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle », alors même, que dans le même temps elle relève qu'il n'y a « aucune approche commune en la matière »¹⁷⁷. Et le dialogue avec les juridictions nationales peut tourner court en cas de recours excessif à la technique des notions autonomes, consistant à donner une définition proprement européenne à une notion conventionnelle, ou à la procédure des arrêts pilote, permettant à la Cour de rendre, en cas de situation qualifiée de systémique (c'est-à-dire dans l'hypothèse d'une violation de la convention qui, selon la Cour, révèle un problème structurel sous-jacent et susceptible de donner lieu à de multiples requêtes), une solution qui va au-delà d'un cas particulier et qui s'applique à toutes les affaires similaires soulevant la même question¹⁷⁸. Mais il faut bien reconnaître que les notions autonomes comme les arrêts pilote, qui garantissent une application uniforme de l'interprétation de la convention, ne sont pas nécessairement mal vus des juridictions nationales, elles-mêmes assurées en les respectant d'échapper à une condamnation de la Cour de Strasbourg¹⁷⁹.

¹⁷⁵ V. par ex., Cour EDH, *García Ruiz c. Espagne*, 21 janvier 1999, Gr. Ch., Req. n° 30544/96.

¹⁷⁶ V. *supra* note 10.

¹⁷⁷ V. Cour EDH, *Hirst c. le Royaume-Uni* (n° 2), 6 octobre 2005, Gr. Ch., Req. n° 74025/01, confirmé par Cour EDH, *Scoppola c. Italie* (n°3), 22 mai 2012, Gr. Ch., Req. n° 126/05.

¹⁷⁸ V. l'arrêt inaugural, Cour EDH, *Broniowski c. Pologne*, 22 juin 2004, Gr. Ch., Req. n° 31443/96 et pour une illustration récente, Cour EDH, *Micheliuodakis c. Grèce*, 3 avril 2012, Req. n° 54447/10. Par cette technique la Cour peut bien couper court à tout dialogue avec les juges nationaux. En effet, alors qu'en principe il n'appartient pas à la Cour de définir les mesures de redressement appropriées que l'État défendeur doit prendre pour s'acquitter de ses obligations, la Cour peut dans la procédure de l'arrêt pilote se prononcer sur le contenu des *mesures* propres à résoudre la violation de la convention, tirée de la situation à caractère structurel qu'elle constate.

¹⁷⁹ V. par ex. à la suite de l'arrêt *Pellegrin* (Cour EDH, *Pellegrin c. France*, 8 décembre 1979, Gr. Ch., Req. n° 28541/95), qui a donné une définition autonome de

Rentrer ainsi dans le rang pour ne pas risquer un camouflet, ou bien entrer en résistance -la seule résistance nationale susceptible de se traduire par une victoire étant bien souvent l'identité nationale opposée à la jurisprudence des Cours européennes¹⁸⁰, ou bien encore se livrer à des calculs pour faire échec soit à la volonté de son législateur national¹⁸¹ soit à celle de l'une des deux Cours européennes, deviennent les seules alternatives pour les juges nationaux, donnant à croire avec Joël Andriantsimbazovina que « dans une constellation d'ordres juridictionnels non gouvernée par la hiérarchie, les risques de divergences et de conflits entre juridictions guettent. Les juges pourraient succomber soit à la tentation du Gouvernement des juges, soit à celle de la guerre des juges »¹⁸².

La Cour de justice et la Cour EDH qui, demain après l'adhésion de l'Union à la convention, pas plus qu'hier et aujourd'hui, n'entretiendront des relations hiérarchisées, ont-elles su et sauront-elles échapper à cette tentation du gouvernement des juges ou de la guerre des juges, qui a pu ou pourrait nuire au droit commun des droits de l'homme ?

2 - *La responsabilité des chefs de chœur dans leurs relations bilatérales en devenir*

L'histoire et les formes de la coopération de la Cour de justice et de la Cour EDH ont été rappelées¹⁸³. Une coopération que l'on a pu qualifier de coopération « spontanée » pour souligner l'absence de lien organique entre les deux cours, l'Union européenne n'étant pas partie à la convention EDH.

la « fonction publique », l'arrêt *L'Hermitte* du Conseil d'État (CE, *L'Hermitte*, 23 février 2000, Req. n° 192480).

¹⁸⁰ Au mieux par une victoire, au pire par un blocage : v. supra II A 1°.

¹⁸¹ V. not. les épisodes français et européen de l'affaire *Perruche*. Sur cette convergence « calculée » des interprétations pour vaincre la loi « anti-Perruche », v. Béatrice BELDA, « Les faux-semblants du dialogue des juges », in *Les Cahiers de l'IDEDH*, n° 11, *Le dialogue des juges*, Université de Montpellier, Faculté de droit, 2007, p. 223, spéc. p. 229-230. L'auteure renvoie au concept de « convergence raisonnée » développée dès 1998 par Bernard PACTEAU (« Le juge administratif français et l'interprétation européenne », in *L'interprétation de la convention EDH*, sous la direction de Frédéric SUDRE, Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit et justice », vol. n° 21, 1998, p. 251).

¹⁸² Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les méthodes d'interprétation de la Cour EDH, instrument de dialogue ? », in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité?*, sous la direction de François LICHERE, Laurence POTVIN-SOLIS et Arnaud RAYNOUARD, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et Justice », vol. n° 53, 2004, p. 167.

¹⁸³ V. supra, I B 2°.

Juges français et juges européens

Mais on n'a peut-être pas assez souligné que la Cour de justice et la Cour EDH n'avaient en réalité guère eu d'autre choix que celui de coopérer. Pas plus que la Cour de justice ne pouvait ignorer les engagements internationaux des États membres résultant de leur adhésion à la convention EDH, la Cour EDH ne pouvait ignorer les engagements internationaux des États parties résultant de leur adhésion à l'Union. Et après un temps d'observation, de même que la Cour de justice devait reconnaître la spécificité de l'instrument international qu'est la convention EDH¹⁸⁴, la Cour EDH devait reconnaître celle de l'Union, organisation internationale dotée d'une personnalité propre ayant le pouvoir de donner naissance à des normes qui participent d'un ordre juridique nouveau intégré aux ordres juridiques des États membres. Et chacune de convenir bien sûr et en toute réciprocité de la part essentielle revenant à l'autre dans cette spécificité. Il devait en résulter sur le terrain des droits de l'homme « une jurisprudence des deux Cours (...) marquée par un volontarisme harmonieux, une osmose interprétative délibérément entretenue »¹⁸⁵. Mais cette concorde judiciaire n'a-t-elle pas fini par aveugler la Cour EDH ? Plus précisément la révérence de la Cour de justice envers son homologue strasbourgeoise justifiait-elle le cadeau fait à l'Union par la Cour EDH dans le célèbre arrêt *Bosphorus*¹⁸⁶, qui

¹⁸⁴ V. *supra*, I B 2°.

¹⁸⁵ Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Le destin judiciaire strasbourgeois de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - Vices et vertus du cosmopolitisme normatif », in *Chemins d'Europe, op. cit.*, p. 145, spéc. p. 168. Pour une relativisation des divergences d'interprétation parfois dénoncées entre la Cour de Justice et la Cour EDH, v. les démonstrations de Olivier de Schutter, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de Justice des Communautés européennes », art. préc.

¹⁸⁶ Cour EDH, *Bosphorus Hava c. Irlande*, 30 juin 2005, Req. n° 45036/98. Rappelons qu'en l'espèce, la Cour EDH était directement confrontée à la mise en cause, par rapport aux exigences de protection du droit de propriété (article 1 du protocole n° 1), de la conventionnalité d'un règlement communautaire fidèlement appliqué par l'Irlande. Elle commence par reconnaître clairement sa compétence *ratione materiae* pour contrôler la conformité à la convention d'un acte national pris en application d'un règlement communautaire. Elle affirme en effet que si la convention n'interdit pas aux États parties de transférer des pouvoirs souverains à une organisation internationale à des fins de coopération dans certains domaines d'activité, ils demeurent responsables au titre de l'article 1 de la convention de tous les actes et omissions de leurs organes, même si ceux-ci découlent de leur devoir d'observer des obligations juridiques internationales. Mais elle ajoute, avant d'en faire application à l'Union, que lorsque l'organisation accorde aux droits fondamentaux une protection équivalente à celle assurée par la convention, il y a lieu de présumer que les exigences de la convention sont respectées par les États et

a jugé que le système des droits fondamentaux dans l'Union jouissait d'une présomption de conformité avec le système conventionnel, à l'issue d'un simple rappel de l'œuvre prétorienne accomplie par la Cour de justice consacrée par les textes de l'Union (notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) et d'un contrôle global et abstrait de l'équivalence des garanties offertes par l'Union, tant sous l'angle matériel que procédural ? L'Union européenne étant une organisation internationale offrant une protection équivalente à celle de la convention EDH, il y a lieu selon la Cour EDH, de présumer que les États membres eux-mêmes respectent les exigences de la convention lorsqu'ils ne font qu'exécuter des obligations juridiques résultant de leur adhésion à l'Union. Cette présomption peut être toutefois renversée quand dans une affaire donnée la protection des droits garantis est entachée d'une « insuffisance manifeste ». Le rôle de la convention en tant qu'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen » dans le domaine des droits de l'homme doit alors l'emporter sur l'intérêt de la coopération internationale¹⁸⁷. De l'aveu même de sept juges de la Cour EDH ayant exprimé une opinion concordante sous l'arrêt *Bosphorus*, en renonçant *a priori* à une vérification au cas par cas de l'équivalence de la protection, la Cour EDH prenait le risque de consentir « tacitement au remplacement, dans le domaine du droit communautaire, du standard conventionnel par un standard communautaire, lequel pourrait, certes, s'inspirer du standard conventionnel, mais son équivalence avec celui-ci ne ferait alors plus l'objet d'un contrôle autorisé »¹⁸⁸ ou encore le risque de « ... donner l'impression que les États membres de la Communauté européenne sont soumis à un système différent et plus indulgent en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantis par la convention.¹⁸⁹ » Certes ils notaient que le contrôle *in concreto* resterait possible quand, dans le cadre d'une affaire donnée, la Cour jugerait que « la protection des droits garantis par la convention était entachée d'une insuffisance manifeste ». Mais selon les

qu'enfin cette présomption peut être renversée quand dans une affaire donnée la protection des droits garantis est entachée d'une insuffisance manifeste.

¹⁸⁷ Cour EDH, *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, série A n° 310, p. 27-28, § 75

¹⁸⁸ Opinion concordante commune des juges Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky et Garliki.

¹⁸⁹ Opinion concordante du juge Ress. Il faut ajouter que les États membres sont eux-mêmes soumis au principe du « deux poids, deux mesures » applicable au contrôle des mesures prises par les États membres selon qu'elles l'ont été de façon indépendante ou sur le fondement du droit de l'UE.

Juges français et juges européens

mêmes juges, « le critère d'une insuffisance manifeste semble fixer un seuil d'exigence relativement bas qui contraste singulièrement avec la nature générale du contrôle qui s'exerce dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme »¹⁹⁰. Pourtant ils relativisaient le risque d'un double standard de protection¹⁹¹, en raison notamment de l'autorité morale (à défaut d'être déjà contraignante à l'époque) de la charte des droits fondamentaux, qui, on l'a vu, reprend les droits de la convention EDH et interdit un niveau de protection moindre que celui accordé par la Cour EDH. La solution *Bosphorus* n'en devait pas moins être légitimement critiquée par un certain nombre d'auteurs en raison du « vice conservateur »¹⁹² qu'elle recelait, dans le sens où il pouvait traduire une « politique jurisprudentielle marquée par un 'suivisme aveugle' »¹⁹³. Et on pouvait en effet craindre que « sous couvert d'orchestrer l'harmonie, la Cour de Strasbourg se voile la face et entretienne, pis, légitime des lacunes en matière de protection des droits dans le système de l'Union européenne »¹⁹⁴, lacunes qui aujourd'hui encore demeurent mais ne seraient pas nécessairement toutes perçues comme caractérisant une « insuffisance manifeste » de protection¹⁹⁵.

¹⁹⁰ Opinion concordante commune des juges Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky et Garliki.

¹⁹¹ Un double standard serait contraire à l'arrêt *Loizidou* (CEDH 23 mars 1995, arrêt préc.) qui a posé l'incompatibilité par rapport à l'objet et au but de la convention des inégalités de traitement entre États.

¹⁹² Laurence BURGORGUE-LARSEN, *Le destin judiciaire strasbourgeois de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - Vices et vertus du cosmopolitisme normatif*, spéc. p. 169.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ V. les exemples de droit substantiel donnés not. par Laurence Burgorgue-Larsen (art. préc.) et l'affaire *Cooperatieve Producentenorganisatie Van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Pays-Bas* (Cour EDH, 20 janvier 2009, Req. n° 13645/05), dans laquelle la Cour a précisé que la présomption de conventionnalité s'appliquait non seulement aux actions commises par les États contractants eux-mêmes mais également aux procédures suivies au sein de l'organisation internationale, avec la même possibilité de renversement de cette présomption dans une affaire donnée pour insuffisance manifeste. Or était en question le statut de l'avocat général devant la Cour de justice, lequel a suscité des interrogations au regard de la convention européenne des droits de l'homme. L'absence d'un droit de réponse aux conclusions de l'avocat général notamment viole-t-elle le droit à une procédure contradictoire telle que l'a défini la Cour dans son arrêt *Kress contre France* du 6 juin 2001 (arrêt préc.) ? Dans son ordonnance *Emesa Sugar* du 4 février 2000 (aff. C-17/98, rec. I-665), la Cour de justice avait répondu par la négative, se fondant sur la possibilité

Certes ces craintes n'étaient pas partagées par tous les auteurs, tout comme le devenir de la jurisprudence *Bosphorus* (maintien ou disparition ?) quand l'Union aura adhéré à la convention EDH, divise aujourd'hui les auteurs¹⁹⁶. D'un point de vue logique, la jurisprudence *Bosphorus*, qui répondait au besoin de réaliser un équilibre entre d'un côté l'objectif de protection des droits garantis par la convention et de l'autre, au nom de la coopération internationale, la prise en considération des obligations juridiques internationales des États parties découlant de leur participation à d'autres organisations internationales, devrait disparaître dès lors que l'Union devenue partie à la convention répondra directement, à l'instar des États parties, de ses actes devant la Cour EDH. Mais des considérations de politique jurisprudentielle, soucieuses de la qualité du dialogue à entretenir avec l'Union européenne et la Cour de justice sont avancées en faveur de la pérennisation de la jurisprudence *Bosphorus*¹⁹⁷, moins contestable depuis que la charte des droits fondamentaux a acquis force contraignante. Certes mais une fois que l'Union aura adhéré à la convention EDH, l'argument fondé sur la force obligatoire de la charte ne sera d'aucune utilité et la question de la portée du contrôle de la Cour EDH sur les actes de l'Union demeurera entière, l'adhésion ayant pour effet de transformer l'obligation interne à l'Union inscrite dans la charte de respecter la convention EDH telle qu'interprétée par la Cour EDH en obligation internationale dont le respect

d'une réouverture de la procédure orale après les conclusions de l'avocat général à la demande d'une partie ou sur proposition de l'avocat général. La Cour européenne des droits de l'homme, saisie de la même question, après avoir étendu donc la présomption de conventionnalité *Bosphorus* aux procédures au sein de l'Union, utilise un standard différent de celui qu'elle a appliqué à cette question dans bon nombre d'affaires nationales, pour conclure à l'irrecevabilité de la demande jugeant à son tour que la faculté de demander une réouverture de la procédure afin de pouvoir répondre à l'avocat général était équivalente (ou pas manifestement inéquivalente ?) à un droit de répondre à celui-ci. Sur le terrain procédural, il est probable que les règles de l'Union, telles que celles qui organisent une justiciabilité limitée devant la Cour de justice des actes relatifs à la politique étrangère et de sécurité commune, et qui seraient susceptibles de valoir à l'Union une condamnation par Strasbourg, seront examinées lors de la négociation de l'accord d'adhésion afin d'y porter préventivement remède.

¹⁹⁶ V. Koen LENAERTS, « Droit international et autonomie constitutionnelle de l'ordre juridique de l'Union », art. préc., spéc. p. 514 et les réf. de cet auteur aux notes 50 et 52 de la même page.

¹⁹⁷ V., émettant ce vœu, Jean-Marc SAUVE, « L'adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », communication préc.

Juges français et juges européens

sera contrôlé par la Cour EDH. La question devra donc être posée dans les termes suivants : l'Union européenne, partie à la convention, doit-elle être traitée différemment des États parties ? La même question pourrait encore être posée dans les termes suivants : la qualité du dialogue à entretenir par la Cour EDH avec la Cour de justice appelle-t-elle d'autres mécanismes que ceux mis en œuvre avec les États parties, à savoir principalement la règle de l'épuisement des voies de recours internes et la marge nationale d'appréciation, toutes deux déduites du principe de subsidiarité ? On peut en douter et penser qu'il conviendrait simplement d'adapter ces règles à la spécificité du nouvel adhérent que sera l'Union européenne. L'adaptation de la première règle est au cœur des négociations de l'accord d'adhésion et devrait être rapidement réglée. Soucieuse de préserver le bon fonctionnement du système juridictionnel de l'Union européenne, la Cour de justice a très tôt fait savoir que la règle de l'épuisement des voies de recours, ne devrait être satisfaite « sans que la Cour de justice ait pu, au préalable, se prononcer définitivement » sur la conformité d'un acte de l'Union avec la convention EDH¹⁹⁸. Le problème ne devrait en réalité se poser que dans le cadre des actions indirectes dirigées contre des actes pris par les autorités des États membres de l'UE pour l'application ou la mise en œuvre du droit de l'UE, dans l'hypothèse où les juridictions nationales ne procéderaient pas à un renvoi préjudiciel portant sur l'interprétation et/ou la validité des dispositions litigieuses du droit de l'UE. La Cour EDH serait alors appelée à se prononcer sans que la Cour de justice ait eu l'occasion de contrôler la conformité de celui-ci avec les droits fondamentaux garantis par la charte. Or, dans une déclaration commune en date du 24 janvier 2011, les présidents des deux cours européennes ont précisé : « afin que le principe de subsidiarité puisse être respecté également dans cette situation, il est indiqué de mettre en place, dans le cadre de l'adhésion de l'UE à la convention, une procédure souple susceptible de garantir que la CJUE puisse effectuer un contrôle interne avant que n'intervienne le contrôle externe exercé par la CEDH »¹⁹⁹. Quant à la marge nationale d'appréciation, qui devrait être comprise comme une marge européenne d'appréciation, son étendue devrait, à l'instar des marges nationales, dépendre de l'existence ou

¹⁹⁸ Document de réflexion de la Cour de justice de l'Union européenne sur certains aspects de l'adhésion à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés (document disponible sur le site web de la Cour : <http://curia.europa.eu/>).

¹⁹⁹ accessible en ligne : <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/48ACDFB2-E97D-4503-83FE-5C4569A33C73/0/2011Communication CEDHCJUE FR.pdf>

non d'un consensus dans l'ensemble des États parties à la convention EDH (et non nécessairement membres de l'Union). C'est ici que les tensions entre les deux Cours européennes pourraient se révéler demain les plus vives et aboutir à certaines remises en cause du droit de l'Union, notamment en cas de heurt entre droits fondamentaux et libertés communautaires²⁰⁰. Mais tel semble être le prix à payer d'une adhésion de l'Union européenne à la convention EDH, dont l'un des principaux intérêts sera de garantir aux juges nationaux des États membres et parties que leur sera épargné, dans l'hypothèse de tels conflits de normes, le dilemme d'avoir à choisir entre deux loyautés également dues aux Cours européennes. Alors la convention EDH et la Cour EDH gagneront pleinement leurs titres respectifs d'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen » et de « Cour constitutionnelle des droits de l'homme de l'Europe ».

Mais, d'ores et déjà, les deux Cours européennes ont conscience du rôle qu'elles ont à jouer et de l'attention qui est portée à leur activité jurisprudentielle sur la scène internationale, où les lois comme les juridictions se livrent la compétition. Ce que recouvre la mondialisation du droit c'est en effet, dans le prolongement du marché des droits, un marché de services judiciaires ou de règlement des conflits qui prétendent offrir les réponses les plus adaptées aux nouveaux enjeux de la mondialisation ou à la promotion de valeurs universelles. Peut-on dans ces conditions parler d'une « communauté juridictionnelle internationale »²⁰¹ ? Il a été proposé de parler plutôt de « commerce des juges », cette dernière expression ayant « le mérite de renvoyer aux deux faces de la mondialisation du droit : à la fois un réseau d'échanges et une forme de sociabilité née du désir d'entretenir des relations soutenues, courtoises et sereines... »²⁰² sans exclure que « ce commerce procède aussi d'un affrontement entre les cultures judiciaires et

²⁰⁰ La Cour de justice pourrait bien être (si la Cour EDH renonce elle-même à céder trop souvent aux valeurs du marché, v. Bernard EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D.*, 2011, p. 897) à revoir ses raisonnements : non plus vérifier que les droits fondamentaux ne portent pas une atteinte excessive aux libertés communautaires mais rechercher si les restrictions apportées aux droits fondamentaux au nom des libertés communautaires sont justifiées et proportionnées au but poursuivi.

²⁰¹ Guy CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la « bénévolance » des juges », art. préc.

²⁰² Julie ALLARD et Antoine GARAPON, *Les juges dans la mondialisation – La nouvelle révolution du droit*, *op. cit.*, spéc. p. 7.

Juges français et juges européens

d'une lutte d'influence entre États »²⁰³.

Quelle est la réalité de ce commerce des juges dans la mondialisation et que signifie la participation de la magistrature française aux ordres juridictionnels européens dans le contexte de la mondialisation du droit ?

Il serait difficile de nier la compétition des lois et des juridictions attestée en droit international privé par le *law shopping* et le *forum shopping*²⁰⁴, comme ne saurait être contestée l'intensification, ces dernières années, de la communication entre les juges par-delà les frontières y compris européennes, qu'elle demeure informelle ou se traduise dans les jugements par des références implicites ou explicites à des jurisprudences étrangères extra-européennes. Mais la participation volontaire et non seulement subie au commerce mondial des juges ne concerne guère en réalité, s'agissant des juridictions nationales, que les juridictions suprêmes, dont l'influence se mesure à leur notoriété (c'est-à-dire l'autorité personnelle des juges dans les systèmes de *common law* et la réputation collective du corps judiciaire dans les systèmes de droit civil, à l'image de celle du corps judiciaire français, où « la stature individuelle du juge » se fonde « dans l'anonymat d'une quasi-fonction publique judiciaire »²⁰⁵), à leur autorité persuasive et à la qualité du système juridique d'où émanent leurs jugements²⁰⁶.

²⁰³ *Id.*, spéc. p. 9.

²⁰⁴ V. not. Horatia MUIR WATT, *La politique de la Cour de cassation en matière internationale : économie de la justice et droit international privé*, Cycle droit et technique de cassation 2005-2006, 8^{ème} conférence, 18 septembre 2006, accessible en ligne :

http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2006_55/intervention_mme_muir_watt_9474.html

²⁰⁵ Guy CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la « bénévolance » des juges », art. préc. ; *adde* Julie ALLARD et Antoine GARAPON, *Les juges dans la mondialisation – La nouvelle révolution du droit*, *op. cit.*, spéc. p. 73.

²⁰⁶ Julie Allard et Antoine Garapon relèvent qu'à cette fin la Cour de cassation française (comme la Cour suprême d'Israël) fait traduire ses décisions les plus importantes en anglais et les publie sur son site internet. Ils soulignent en outre que la Cour de cassation, consciente du manque de lisibilité de ses arrêts à phrase unique pour les non-initiés, y joint les conclusions de l'avocat général et le rapport du conseiller rapporteur (*op. cit.*, spéc. p. 87). V. la traduction prochaine en anglais d'une sélection de décisions annoncée par le Conseil d'État sur la page action internationale de son site. Pour prendre une mesure de l'implication de ces juridictions suprêmes dans le commerce des juges et des formes qu'elle revêt, v. précisément les pages « activité internationale » sur le site de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/activite_internationale_5/ et la page « action

Sur la scène judiciaire mondiale et venant d'Europe, sont vraisemblablement plus à même de résonner et de peser les décisions des deux Cours européennes. Les références à la jurisprudence de la Cour EDH dans les décisions des juridictions supranationales également en charge de la protection des droits de l'homme ou des Cours suprêmes extra-européennes en attestent²⁰⁷. Mais il est probable qu'alors, pour l'observateur externe à l'Europe, soient légitimement réunis dans un même regard, en raison des mécanismes de production du droit choral précédemment décrits, les juges nationaux et les cours européennes, dont les décisions retentissent²⁰⁸. Car sur ce forum judiciaire transnational, l'Europe

internationale » du Conseil d'État sur le site du Conseil d'État : [http://www.conseil-
etat.fr/fr/laction-internationale/](http://www.conseil-etat.fr/fr/laction-internationale/) .

²⁰⁷ V. Julie ALLARD et Antoine GARAPON, *Les juges dans la mondialisation – La nouvelle révolution du droit*, op. cit., spéc. p. 55).

²⁰⁸ V. not. concernant des relations homosexuelles, l'arrêt *Lawrence v. Texas* rendu en 2003 par la Cour suprême des États-Unis qui se réfère à la jurisprudence de la Cour EDH (539 U.S. 58). La Cour EDH n'hésite pas non plus à se référer à des décisions étrangères émanées de cours suprêmes étrangères ou de ses homologues supranationaux : v. notamment l'affaire *Pretty*, où la Cour se réfère, après le juge anglais dont la décision lui était déférée, à la jurisprudence canadienne au sujet du « droit » au suicide assisté (Cour EDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, Gr. Ch, req. n° 2346/02). Que penser de la généralisation de ces renvois par les juridictions nationales suprêmes ou supranationales à des jurisprudences étrangères, plus particulièrement en matière de droits fondamentaux ? Faut-il dénoncer dans ce nouveau mode de production du droit un déficit démocratique, à l'instar du juge Scalia, qui dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Lawrence*, affirmait que la discussion par la Cour suprême des jurisprudences étrangères était dangereuse car de nature à « imposer aux Américains des modes, des habitudes ou des lubies étrangères » (cité par Julie ALLARD et Antoine GARAPON, *Les juges dans la mondialisation – La nouvelle révolution du droit*, op. cit., spéc. 13) ? Faut-il au contraire se féliciter de cette prise en considération des jurisprudences étrangères, qui permettent au juge, dans le contexte de la mondialisation, d'évaluer sa propre logique et sa tradition du point de vue de l'étranger (v., Julie ALLARD et Antoine GARAPON, op. cit., spéc. p. 60-63 ; *adde*, Horatia MUIR WATT, La fonction subversive du droit comparé », *R.I.D.C.*, 2000, n° 3, p. 503) ? Certes, la référence aux décisions étrangères « témoigne d'une capacité de recul du juge, qui devient juge de sa propre pensée, de sa propre tradition, et qui atteste donc de cette forme de distance, d'impartialité, dont on sait qu'elle est l'une des conditions indispensables de la légitimité des systèmes judiciaires » (Julie ALLARD et Antoine GARAPON, op. cit., spéc. p. 62). Mais de quelle légitimité est-il question ? D'« une légitimité horizontale d'ordre à la fois relationnel et rationnel, social et intellectuel » (*ibid.*), à laquelle prétend le juge dans ses échanges avec ses homologues étrangers, pour influencer sur le forum mondial judiciaire. Il n'a pas lieu de s'étonner de cette montée en puissance des juges sur la scène mondiale peut-être parce que « le pouvoir

citée en exemple, c'est précisément celle qui a su tirer parti de la multiplicité de ses traditions juridiques et de la fertilisation croisée des cultures de *common law* et de droit civil. La chance de l'Europe dans la mondialisation dépendra de la capacité de ses « laboratoires », que sont la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg et la Cour de Luxembourg, à conjuguer les différents droits nationaux et les différents principes de justice pour proposer un autre modèle de la mondialisation du droit que celui résultant « d'une vision ethnocentrée pour laquelle la mondialisation n'est au fond

judiciaire est par nature non territorial, dans la mesure où il est moins lié à un territoire qu'à des principes » et, « en ce sens, la branche la plus universelle des trois pouvoirs de Montesquieu » (Guy CANIVET, « La convergence des systèmes juridiques par l'action du juge », in *De tous horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, LGDJ, 2005, p. 11, spéc. p. 23 ; *adde*, Julie ALLARD et Antoine GARAPON, *Les juges dans la mondialisation – La nouvelle révolution du droit*, *op. cit.*, spéc. p. 84-87) mais surtout parce que le commerce des juges est en outre « inscrit dans le prolongement de la séparation des pouvoirs qui définit nos États de droit » (Julie ALLARD et Antoine GARAPON, *op. cit.*, spéc. p. 72 ; *adde* Jacques KRYNEN, qui démontre pour la France que « sous le vêtement conceptuel de l'État de droit, c'est un État de justice qui a repris forme et consistance à l'ère contemporaine », *L'État de justice, France, XIII^{ème}-XX^{ème} siècle*, t. II, *L'emprise contemporaine des juges*, spéc. p. 222). Les juridictions transnationales créées par les États qui permettent à des sujets de droit d'agir en justice contre des politiques, des lois et décisions de justice nationales de l'État dont ils sont les ressortissants, apparaissent dans le prolongement des cours suprêmes nationales comme des arènes alternatives, auxquelles ces sujets de droit s'adressent pour que justice leur soit rendue ou pour poursuivre leurs intérêts au-delà de l'État, quand les juges nationaux les ont éconduits. Autrement dit la multiplication des litiges portés devant ces juridictions transnationales parmi lesquelles on compte la Cour EDH et la Cour de justice, souligne le rôle croissant joué par les juges en tant qu'acteurs politiques dans les systèmes de gouvernance contemporains (V. Dia ANAGNOSTOU, « La réception de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : une analyse politique de l'impact des normes juridiques sur le plan national », in *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, *op. cit.*, p. 159). Aussi ne saurait être éludée la question de la légitimité politique des juges tant nationaux que supranationaux, bien différente de la légitimité horizontale reconnue par les pairs du fait de la qualité de leurs décisions (sur « le déficit de légitimité des juges » français, v. Jacques KRYNEN, *L'État de justice, France, XIII^{ème}-XX^{ème} siècle*, t. II, *L'emprise contemporaine des juges*, chap. 8 ; sur la question de la légitimité des juges internationaux, v. Julie ALLARD et Antoine GARAPON, *op. cit.*, chap. IV ; mais minimisant le poids des cours transnationales v. Gerald Rosenberg qui souligne qu'elles ne peuvent promouvoir le changement social et politique que lorsque leurs décisions reçoivent un soutien fort auprès des pouvoirs législatif et exécutif et de l'opinion publique (cité par Dia ANAGNOSTOU, art. préc., spéc. p. 159).

que la généralisation d'une culture et d'un système judiciaire particuliers »²⁰⁹.

Paolo Grossi rappelle que lorsqu'au Moyen-Âge sapientiel les échanges se sont multipliés et les problèmes de droit complexifiés, les coutumes n'ont plus suffi à y apporter des réponses. Il n'y avait alors que deux sources juridiques capables d'éviter le chaos : la loi ou la science, le Prince ou la science juridique. Le Prince n'étant pas prêt à s'emparer de ce nouveau pouvoir, ce fut la science juridique²¹⁰. Aujourd'hui face aux nouveaux problèmes transnationaux, les lois nationales sont à leur tour dépassées ou soumises au *law shopping* ; en l'absence de Prince supranational et à défaut d'accords internationaux, la solution ce sera toujours la science juridique, notamment celle des experts du droit que sont les juges. Mais parce que les hommes continueront toujours d'habiter des territoires, puissent les juges, dont le pouvoir est le plus universalisable, ne pas céder à la tentation d'un ordre juridique mondial, sans ancrage territorial²¹¹.

« Ce qui s'oppose coopère, et de ce qui diverge procède la plus belle harmonie, et la lutte engendre toutes choses » (HERACLITE, *fragment 8*, traduit et commenté par Simone WEIL, *La source grecque*, Paris, Gallimard, 1953).

²⁰⁹ V. Julie ALLARD et Antoine GARAPON, *op. cit.*, spéc. p. 54. Antoine Garapon précise ailleurs à propos de l'activité jurisprudentielle de la Cour EDH : « Ce qui permet l'articulation des différentes cultures entre elles et la construction d'un espace d'universalisation pluriel sous les auspices de la CEDH, c'est l'aspiration commune à améliorer la situation des droits de l'homme. C'est à la fois très nouveau et pourtant non sans liens avec la situation de l'Europe avant sa division en États souverains... Il ne s'agit plus d'un droit naturel fondé sur des fondements chrétiens mais d'un roman écrit à plusieurs mains (toujours la référence temporelle) selon la célèbre expression de Dworkin, dont plusieurs chapitres sont à écrire... La jurisprudence évolutive de la CEDH et tout ce qu'elle suppose, à savoir l'articulation qu'elle inaugure -non sans errements peut-être- entre des cultures spécifiques et la mutualisation des souverainetés (rendue possible grâce à l'idée de droits de l'homme) : tout cela fait de l'Europe un laboratoire pour civiliser la mondialisation. » (Antoine Garapon, *Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la convention ?*, communication préc.).

²¹⁰ Paolo GROSSI, *L'Europe du droit*, *op. cit.*, spéc. p. 56-57.

²¹¹ V. Alain SUPIOT, « L'inscription territoriale des lois », *Revue Esprit*, novembre 2008, p. 151.

CONCLUSIONS

**par Jean-Christophe Gaven,
professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole (CTHDIP)**

En invitant à réfléchir sur les réalités et les ressorts historiques des désunions de la magistrature, le colloque qui nous a réunis à Toulouse en janvier 2012, historiens, historiens du droit, privatistes, publicistes, internationalistes et comparatistes, ne proposait pas seulement ce que Jacques Krynen introduisait alors comme un thème « neuf et aventureux » : il avait l'ambition réelle d'égratigner un peu ce singulier qui conduit presque toujours à envisager la Justice comme un monde univoque servi par un corps unique et uni de magistrats, afin d'envisager, au-delà d'un simple constat en divisions, ce que les désunions de la magistrature pouvaient éclairer du fonctionnement et des représentations de la justice contemporaine.

Que la justice soit traversée de divisions, voilà une affirmation bien peu novatrice. Nul n'ignore en effet la variété des statuts de ses serviteurs ni ses différentes spécialités. Et l'on aurait pu craindre, en ouvrant deux journées de communications et de débats, que l'attention ne se fixât que sur des aspects externes, limitant l'exploration à un panorama des différentes justices, brossant le récit de leur autonomisation et de leur spécialisation progressives. Il faut donc rendre hommage aux contributeurs de la réflexion souhaitée par le CTHDIP d'avoir accepté de ne pas s'en tenir à cette description institutionnelle de la pluralité judiciaire et de s'être prêtés à un exercice plus périlleux, plus dangereux même : celui qui consistait à saisir, ou du moins à approcher, par des moyens et des interrogations très variés, historiques ou non, le for intérieur de la magistrature, c'est-à-dire d'un corps momentanément dépourvu, le temps de l'enquête, de son unité protectrice.

Des réponses apportées par la trentaine d'intervenants qui nous ont honorés de leurs réflexions, se sont d'abord dégagées des images fortes, des figures significatives de la diversité naturelle qui règne dans le corps de la magistrature. Des images de justice, de magistrats, qui tranchaient quelque peu avec les symboles et les mises en scène usuels. En lieu et place d'Astrée ou de Thémis, des débats passionnés ne nous ont-ils pas proposé, en effet,

une Judith coupeuse de tête d'un Etat sinon phallocrate du moins masculin, tandis que surgissaient les souvenirs de juges punks ou rébellionnaires, juchés sur le toit d'une prison française pour en exciter les détenus à l'indignation, voire à la sédition ? Image forte aussi que celle de ce magistrat parti à la recherche d'un tueur à gage bénévole pour venger une sœur meurtrie quelques années plus tôt. L'on a parlé de « petits » juges, supposant qu'il y en avait de grands ; de juges « inférieurs », rappelant qu'il en restait de supérieurs. D'ailleurs n'a-t-on pas observé un président de Sénat piémontais –équivalent d'un président d'ancien parlement en France– refuser de conseiller l'Etat sur des questions de procédure civile au motif qu'une telle matière était indigne de son rang ? Poussant la recherche des variations, nous avons même vu passer quelques juges pêcheurs, entre Menton et Sète, au cœur d'une justice extraordinaire oubliée de tous sauf des marins, coutumière à souhait, quasiment médiévale.

On pourrait multiplier à l'envi les images imprimées par chacun des contributeurs : elles attestent toutes, de façon quasi préalable, l'absence d'unité qui caractérise bien le corps de la magistrature. Embrassant depuis l'époque napoléonienne l'ensemble des juges, et, par extension, des activités judiciaires, cette dernière se révèle finalement aussi par ses nombreuses divisions, politiques, mentales, syndicales, sociales, symboliques, structurelles, géographiques, nationales, fonctionnelles. De ce point de vue, le singulier qu'on utilise conventionnellement pour désigner « le » corps de la magistrature s'avère sans doute insidieusement trompeur, mais pas seulement... Il est aussi scrupuleusement entretenu et là réside précisément son intérêt majeur. Car ce singulier volontaire a déplacé quelque peu l'accent, mettant en lumière ce que produisent les désunions étudiées, au-delà de ce qui les a produites. D'où il ressort que ces dernières semblent nourrir un double processus, deux phénomènes contradictoires mais qui se complètent : processus de concurrence interne à la magistrature d'une part et effort concomitant de réaffirmation de l'unité formelle d'autre part.

L'appropriation de la fonction judiciaire apparaît comme l'objet précis et fondamental de la concurrence à laquelle les juges se livrent et sont livrés au sein de la magistrature. De nombreuses tensions internes ont en effet pour objet d'identifier et de revendiquer le cœur de la justice, son essence même, comme s'il y avait plusieurs cercles de justice. Comme s'il y avait des juges plus facteurs de justice que d'autres, et des ordres juridictionnels plus essentiels. Dans cette gradation permanente, la concurrence nous a d'abord été présentée comme un vœu du pouvoir politique. C'est lui en effet qui redéfinit le périmètre de la magistrature à partir de la Révolution française ;

Conclusions

lui qui crée une justice administrative qui ne présenterait ni les garanties de la magistrature ni celles de la fonction judiciaire, protectrice des droits et des libertés ; lui qui organise le ministère public, refusant l'indépendance en France, la choisissant en Italie, où se sont posées, alors, la question de son pouvoir discrétionnaire et celle de sa séparation d'avec les juges du siège. Un pouvoir politique chargé d'arrêter, nous a-t-on dit, la « folie judiciaire » jusqu'à la création du Conseil d'Etat, puis du Tribunal des conflits et qui pèse évidemment sur le sort du juge d'instruction lorsqu'il s'agit d'en réduire l'utilité et le périmètre d'action, voire de programmer sa lente disparition.

Le pouvoir, donc. Un pouvoir que les limites chronologiques de la réflexion proposée ont conduit à situer au moment de la Révolution française, lorsque ses principaux ténors ne cessaient d'envisager par ce prisme les questions de justice et donc de magistrature, même si ce dernier mot n'est guère plus à la mode entre 1789 et 1799. Seulement les révolutionnaires conservent de l'ancienne magistrature l'idée que son unité –à supposer qu'elle ait existé, ce dont on peut évidemment douter– a solidement contribué à son isolement et partant à sa puissance. Si bien que, plus que la question des « pouvoirs », c'est davantage l'obsession des « contre-pouvoirs » qui émerge des principes directeurs de la nouvelle organisation publique, et notamment de la redéfinition du « pouvoir judiciaire » et de la magistrature. Pour les constituants, en effet, le premier pouvoir n'est pas institutionnel : il est celui de l'individu et de sa volonté. De là, leurs efforts pour repérer tous les pouvoirs institutionnels susceptibles d'empêcher, de limiter, de menacer cette volonté individuelle. Et leurs efforts surtout pour les environner, les neutraliser jusqu'à la paralysie parfois. Car c'est bien de contre-pouvoir qu'il s'agit lorsque les révolutionnaires introduisent les citoyens auprès des juges criminels, pour les surveiller d'abord en 1789, et juger ensuite, à partir de 1792 ; contre-pouvoir également, lorsqu'ils scindent en deux le ministère public dans une logique quasi géométrique ; contre-pouvoir, encore, lorsque la conciliation vient limiter la « fureur thémistique », pour reprendre l'expression livrée par Jacques Poumarède. Le pouvoir politique organise donc les désunions, patiemment, méthodiquement, attaquant le corps des magistrats –leur corps collectif *a minima*, leur corps physique, parfois– comme il défait par ailleurs l'ensemble des corps intermédiaires qui se dressent entre l'individu et l'Etat. Cette désunion organisée ne se réduit pas à l'effet d'un mépris révolutionnaire pour les hommes de loi, ni à une simple volonté d'humiliation. Elle est la matrice de préoccupations historiques et

contemporaines dont plusieurs communications se sont fait l'écho, que l'on songe aux appréciations générales portées sur les pouvoirs illimités et la puissance forcément invisible de la magistrature –thème qui fit évidemment débat– ou à des aspects plus particuliers, tel l'étonnant revirement d'opinion au sujet du juge d'instruction, hier accusé d'être l'homme le plus puissant de France et désormais regardé comme l'ultime rempart à opposer à l'immoralité financière des puissants. En Italie, l'évolution sur deux siècles de l'organisation du ministère public met pareillement en lumière le choix éminemment politique –c'est-à-dire historique, culturel, on a envie de dire « local » par opposition à « universel »– de l'indépendance.

Des désunions organisées par le pouvoir, donc. Mais entretenues par les magistrats eux-mêmes. Revisitée, perturbée, redéfinie, la magistrature entretient en effet elle-même une division matricielle, sous-jacente à la plupart des communications formant le présent ouvrage. Ne s'applique-t-elle pas, notamment, à maintenir par différents biais l'opposition entre la judicature et la magistrature, entre le juge et le magistrat. Opposition ambiguë, évidemment, car si le juge n'est pas toujours regardé comme un magistrat, il entre bien, progressivement, dans le cercle de la magistrature. Ces juges, que les magistrats ne regardent pas exactement comme des leurs, ont des caractères relativement constants au XIX^e et au XX^e siècles : ils sont petits, bas ou moyens ; ils sont ordinaires et à la tête de petites juridictions ; ils exercent une fonction, un service (comme si ces mots étaient péjoratifs) : ne nous a-t-on pas parlé d'un esprit « petit fonctionnaire », expression volontairement dépréciative pour marquer les frontières d'un corps, entre outre-mer et métropole en l'occurrence. Ils peuvent avoir d'autres défauts : il leur arrive d'être élus, sous la Révolution ou dans les juridictions consulaires et prudhommales, et surtout ils ressemblent à leurs justiciables, lorsque les marchands jugent les affaires de marchands, ou les pêcheurs les conflits de pêcheurs. Autrement dit, ces « juges » auxquels on a si longtemps refusé le caractère de « magistrats » ont le défaut de refléter la société, qu'ils importent, en quelque sorte, dans le palais. Voilà leur garantie capacitaire, si on se situe en Suisse : l'identité avec le justiciable : être pareil à celui qu'on juge... mais voilà leur défaut, ailleurs ! Car si cette identité est un idéal dans le système helvétique, on aura bien compris qu'il en allait autrement en France et en Italie, où la magistrature fut reconstruite comme une « distinction », à bonne distance du pouvoir, mais aussi des justiciables et même des « juges ».

Mais il y a plus. Au-delà de cette course concurrentielle pour revendiquer l'essence même de la fonction judiciaire, la « distinction » de la

Conclusions

magistrature, filigrane de la plupart des interventions de ce colloque, souligne un second effet des désunions observées. Elle illustre un effort continu et concomitant pour en réaffirmer l'unité formelle ou symbolique. Effort fourni par la magistrature elle-même et susceptible de renforcer encore les désunions réelles au nom de l'unité formelle.

Cette réaffirmation passe d'abord par le vocabulaire. Quels sont les mots de la magistrature, évoqués hier comme aujourd'hui, dans l'ordre juridictionnel comme dans l'ordre administratif ? La dignité, la conscience, la vertu, le mérite. On pense évidemment à l'ouvrage de Jean-Claude Farcy, *Magistrats en majesté*, pour ajouter ce dernier terme à la liste. Autant de mots, autant de valeurs qui servent de limites distinctives et constitutives au cercle de la magistrature. En pratique, la réaffirmation de l'unité passe aussi par l'éviction des magistrats en rupture avec l'institution judiciaire. En témoigne la justice disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature qui, qualifiant et disqualifiant les comportements indignes, ne manque pas de rassurer et de resserrer le corps. En témoigne également le sort des « bons juges » ou des « juges rouges » qui se retrouvent soit marginalisés et isolés, soit intégrés dans une institution au sein de laquelle ils finissent par se fondre, parfois même en devenant des hiérarques. La magistrature édifie les comportements officiels nécessaires à son agrégation : pas de politisation, pas de popularité, pas d'indulgence faible ; mais développe en contrepoint des formes nouvelles de vie et de valeurs collectives, parmi lesquelles la syndicalisation offre un exemple saisissant d'évolution et d'adaptation, sans doute, mais aussi d'intégration.

Ces affirmations d'unité, quelles que soient les voies empruntées pour y parvenir, apparaissent moins comme des tentatives de dissimulation des désunions réelles que comme leur pôle opposé et nécessaire. Elles combinent, plus qu'elles n'opposent, la réalité des désunions –que l'on peut regarder soit comme un risque d'éclatement de la justice soit au contraire comme son effort de répondre et correspondre à la pluralité des demandes de justice– et la nécessité d'offrir une lecture simple et accessible de la justice, lecture tributaire des conceptions monistes héritées de la période révolutionnaire. Loin d'épuiser les enseignements que l'on peut tirer de ces deux pôles combinés, espérons que ce colloque aura ouvert des pistes d'exploration fécondes pour de prochaines rencontres.