Journée d’étude organisée entre la Faculté de droit de l’Université Toulouse-Capitole et la Faculté de droit canonique de l’Institut catholique de Toulouse.

Jeudi 20 octobre 2016

Thème : Le juge et la loi.

1-Si l’on interrogeait dans la rue les passants sur le rôle du juge, je pense que l’on aurait beaucoup de réponses autour du juge qui applique la loi, peut-être même pour les plus érudits, la « bouche de la loi » selon l’expression classique de Montesquieu dans *l’Esprit des lois* (1748) et une loi qui est « l’expression de la volonté générale », selon l’expression de JJ Rousseau passée à l’article 6 de la Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen de 1789. C’est pour cela que Portalis dans son *Discours préliminaire au Code civil* déclare que « le pouvoir judiciaire est établi pour appliquer les lois ». Au-delà de cette affirmation aujourd’hui communément admise, il me semble que le thème choisi par les organisateurs cette année nous invite à une réflexion encore plus large sur les sources du droit. Et, comme toujours, l’historien du droit peut apporter sa contribution, non pas pour traiter du droit du passé mais plutôt du passé de notre droit comme l’écrivit Charles Ginouilhac (1818-1895), le premier titulaire de la chaire d’histoire du droit français à Toulouse (en 1859), comme je me plais souvent à le rappeler. Cf la notice que je lui ai consacrée dans le *Dictionnaire historique des juristes français,* p. 369-370.

2-Du côté de la Grèce, il faut rappeler qu’à l’origine, dans la Grèce archaïque, seul le roi peut dire la loi et c’est en rendant la justice, au sens de thémis, après avoir pris les conseils des chefs de clans qui possèdent également la qualité royale et sont en relation avec les dieux que le roi dit le droit (la diké). C’est en rendant la justice que le roi est législateur. Ce n’est qu’à l’époque classique et spécialement à Athènes au siècle de Périclès que l’on voit se développer une autre conception selon laquelle la loi est votée par l’assemblée des citoyens et mise en application par des tribunaux et notamment le tribunal de l’héliée (et ses sections) composé de juges-citoyens tirés au sort selon le choix des dieux. On peut dire alors que ces juges populaires (indemnisés pour accomplir leurs fonctions par le système de la misthophorie rendu possible par l’impérialisme athénien) appliquent la loi. On peut même dire qu’il y a un système de légalité, y compris en matière pénale, comme en témoigne la procédure de l’éisangélie qui est mise en œuvre dès lors que les juges ne disposent pas d’une base légale suffisante pour poursuivre alors même qu’une atteinte grave a été portée à l’ordre public. Il n’y a pas de séparation des pouvoirs, l’assemblée votant les lois et pouvant juger sur un fondement légal). Ce fort légalisme qui imprègne la démocratie athénienne se prolonge même par une procédure de contrôle de la constitutionnalité des lois. Les lois ordinaires votées par l’assemblée des citoyens qui réunit tous les hommes à partir de 18 ans nés de père et mère athéniens depuis la réforme de Périclès doivent être conformes aux nomoï, cad à la Constitution athénienne (les lois de Dracon et de Solon, la réforme des tribus de Clisthène). Tout citoyen qui proposerait une nouvelle loi non conforme à la Constitution ou le président éphémère de l’assemblée s’exposerait à des poursuites graves. Athènes a donc multiplié, à l’époque classique, les procédures et les contrôles pour protéger ce que l’on appellerait volontiers aujourd’hui son Etat de droit.

3-Du côté de Rome, le juge appartient aux origines à la sphère religieuse et sacrée. On dit que le droit est la science des pontifes, des faiseurs de ponts selon l’étymologie, entre les dieux et les hommes avec la religion romaine et entre les hommes entre eux grâce à la justice. La religion, le pouvoir politique, la justice, le droit forment un tout indissociable. Les premiers juges sont les membres du collège des pontifes placés sous l’autorité suprême du Pontifex Maximus, qui est le chef de la religion romaine, titre récupéré à la fin de la République par les principaux hommes politiques, tels que Jules César, Lépide et Octave-Auguste. Dans les conceptions traditionnelles, la loi est votée, sur proposition des magistrats supérieurs (consuls et préteurs) par les comices centuriates, et doit recevoir l’aval du Sénat, détenteur de l’auctoritas. Le juge reste pendant longtemps un juge privé, un citoyen reconnu sage et habile par ces concitoyens, nommé sur proposition des parties par le préteur urbain ou pérégrin, selon que le procès a lieu entre citoyens romains ou pas et qui juge selon la procédure formulaire qui a pris la suite de la procédure des actions de la loi (liée à la loi des XII Tables qui date du milieu du Ve siècle. Les juristes romains ont eu du mal à admettre que l’Empereur soit la source de la loi. Ulpien (+228) encore au début du IIIe siècle sous la dynastie des Sévères déclare que ce que veut le Prince a force de loi (quod principi placuit, legis habet vigorem ), ce qui dénote, selon Olivier Guillot, un reste de scrupule républicain chez l’un des plus grands jurisconsultes romains à une époque où l’Empire est installé depuis longtemps. Ce n’est qu’avec l’Empire et l’apparition d’une procédure dite extraordinaire que le juge devient un fonctionnaire impérial et doit appliquer des lois qui relèvent de plus en plus de l’autorité impériale à travers les leges  ou constitutions impériales : édits, décrets, rescrits et mandats alors que l’empereur devient la source principale pour ne pas dire exclusive du droit à travers son activité législative, l’activité du Conseil impérial où se retrouvent les meilleurs juristes, la codification du droit prétorien dès l’époque d’Hadrien (vers 130) sous la forme de l’édit perpétuel du préteur. Avec la christianisation de l’Etat romain au IVe siècle, la conception orientale l’emporte, d’où la formule selon laquelle, « Dieu a soumis les lois à l’empereur envoyé par Lui aux hommes comme loi vivante. » (Novelle 105)

4-L’époque franque, difficile à saisir entre maintien de survivances romaines et influences des coutumes germaniques a consacré une conception du juge ambivalente. Au tribunal des hommes libres qui juge d’autres hommes libres selon les coutumes et la procédure applicable aux hommes libres, à commencer par le serment judiciaire, le juge est un ancien membre du groupe puis un échevin qui n’est pas un juge professionnel. Par contre, le tribunal du Roi ou les assises tenues par les missi dominici nous semblent plus proches d’une justice pré étatique, si ces mots ont un sens à cette époque. Plus tard, à l’époque médiévale alors que le paysage judiciaire est très éclaté entre les justices royales, les justices de l’Eglise, les justices municipales et les justices seigneuriales, le rôle du juge se trouve du côté de l’application des coutumes. C’est un droit venu d’en-bas élaboré par les populations elles-mêmes pour rendre possible la vie sociale et limiter ou encadrer la vengeance privée. Le juge n’est toujours pas un technicien ou un savant mais plutôt un faiseur de paix et cette tradition sera gardée jusqu’à nos jours par les juges de paix, les conciliateurs judiciaires dont notre collègue le Professeur Jacques Poumarède retraçait l’histoire la semaine dernière à la Cour d’appel de Toulouse. A côté des grands juges du Parlement qui reste unique jusqu’au milieu du XVe siècle, l’immense majorité des juges sont des petits juges issus d’une noblesse qui doit son ascension dans la société par le service du roi. Tel Philippe de Beaumanoir, l’auteur des fameuses *coutumes de Clermont-en-Beauvaisis*, au nord de Paris, en 1283. Le juge ne cherche pas à appliquer une loi générale qui n’existe pas ou très peu. Il applique la coutume locale. Il en est, même parfois l’auteur, ce qui pourrait nous surprendre comme me le faisait remarquer Paul Ourliac lors de la préparation d’une leçon d’agrégation. En effet, Philippe de Beaumanoir qui n’est pas un savant mais un praticien habile du droit n’hésite pas à écarter la coutume lorsqu’elle lui parait injuste et il n’hésite pas à juger en équité qui lui semble être la raison suprême.

5-Avec le renouveau de l’activité législative des rois dont on peut rechercher les origines assez haut mais qui se déploie surtout au XVIe siècle à travers les ordonnances de réformation puis de codification ainsi qu’avec le long et puissant mouvement de rédaction officielle des coutumes lancé par l’ordonnance de Montils-les-Tours (1454), le pouvoir royal devient fontaine de justice. On pourrait penser que toute justice venant du roi, les juges se trouvent dans une position d’exécution des lois royales qui se manifestent à travers les textes normatifs que sont les ordonnances, les édits et les déclarations royales. La réalité est plus complexe. Il y a bien-sûr toute une organisation judiciaire ou juridictionnelle placée, au nom du roi, sous l’autorité du Chancelier de France, le seul grand officier de la Couronne qui se soit maintenu. Il y a aussi la notion de justice retenue qui permet l’évocation, la cassation, les lettres de grâce, les lettres de rémission, les lettres de cachet…Mais les juges ont vu leur rôle monter en puissance, certes de manière non rectiligne (le règnes de Louis XV ou de Louis XVI ne sont pas celui de Louis XIV). Il faut évoquer ici le rôle essentiel des Parlements qui ont développé une certaine conception de la monarchie qui, selon eux, grands prêtres de la justice, doit être conseillée par les grands juges pour ne pas devenir despotique et donc, d’une certaine manière illégitime. Sur ce terrain politique, les parlements ont beaucoup profité du statut protecteur des offices (la patrimonialité leur est pleinement reconnue à partir du début du XVIIe siècle) et de la procédure de la vérification des lettres royaux. Une fois le texte législatif adopté en conseil du roi, des lettres patentes sont envoyées à chacun des parlements qui se réunissent en grand’ Chambre et procèdent à la vérification des lois ordinaires, ce qui leur permet de faire des remontrances. Ce faisant, ils sont associés à la fabrique de la loi, ce qu’ils justifient au plan doctrinal par le devoir de conseil féodal et ce, d’autant plus que les Etats généraux ne sont plus réunis après 1614. Nous renvoyons ici au maître-ouvrage de notre collègue le Professeur Jacques Krynen qui a étudié de très près la magistrature. Avec le risque d’un gouvernement des juges qui ont souvent développé des prétentions politiques face à la monarchie et notamment dans les périodes de crise ou de minorité royale, ainsi durant la Fronde (1648-1653). Il faut ajouter cela les pratiques de l’ancien droit pénal et le système de l’arbitraire du juge, expression généralement incomprise selon laquelle le juge ne statue pas en fonction de son humeur ou de son caprice mais choisit la peine la plus adaptée au cas d’espèce dans l’arsenal juridique des peines en vigueur dans le royaume. Avec le recours également à la notion d’équité qui fit l’objet de l’une de nos journées d’étude, il y a quelques années, parfois génératrice d’abus si l’on en croit la formule célèbre : « Dieu nous garde de l’équité des parlements ». En notant aussi la diversité de jurisprudence des parlements comme en témoigne l’arrestographie qui démontre que le meilleur moyen pour un avocat de cette époque de perdre un procès était de se référer à la jurisprudence d’un autre Parlement que celui devant lequel il plaidait.

6-Contre ces mentalités classiques et ces pratiques anciennes, le courant des Lumières a exalté le rôle de la loi et du juge. Dans *l’Esprit des lois* (1748), Montesquieu met en avant l’existence d’un pouvoir judiciaire face au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif, admettant volontiers que l’équilibre dans la séparation des pouvoirs vient surtout des rapports entre la puissance législative et la puissance exécutrice. Le juge est perçu comme étant la « bouche de la loi » (cf Livre XI, chapitre VI) Il y a aussi une tendance à critiquer les rigueurs de la procédure criminelle, à l’occasion d’affaires célèbres comme en témoignent les œuvres célèbres de !voltaire et de Cesare Beccaria dans son *Traité des délits et des peines* (1764). De son côté, la Révolution consacrera la conception du légicentrisme avec un déplacement de souveraineté vers un absolutisme législatif cad de l’Assemblée des députés, assemblée unique jusqu’à la Constitution de l’an III. Il n’est pas certain que l’on puisse parler de pouvoir judiciaire dans la fameuse loi des 16 et 24 août 1790 qui réorganise complètement la justice, avec un tribunal de cassation qui a suscité bien des réserves, une application stricte de la loi par le juge, une justice populaire, avec ses vertus et ses défauts, en rupture avec l’esprit de corps qui animait l’ancienne société judiciaire, la pratique de l’élection des juges, le refus du pouvoir d’interprétation du juge et la procédure du référé-législatif. Le juge est davantage soumis au pouvoir législatif qu’à la loi. Cf Jean-Pierre Royer, *Histoire de la justice*, p. 264. D’où les conséquences constatées à l’époque révolutionnaire avec le légicentrisme, l’exaltation de la souveraineté de l’Assemblée nationale dès la Constitution de 1791, l’application du principe de la séparation des pouvoirs (article 16 de la DDHC), le système de la fixité des peines dans le code pénal de 1791.

7- Abandonnant le principe de l’élection des juges et en rétablissant les ordres des avocats et les organisations des auxiliaires de justice, le régime napoléonien renoue avec une justice professionnelle et étatique. Il n’est pas question de pouvoir judiciaire. Le pouvoir exécutif résumant la souveraineté étatique, l’ordre administratif et l’ordre judiciaire sont soumis à l’exécutif qui est également à l’origine de la loi. Dans son Discours préliminaire sur le code civil, présenté le 1er pluviôse an IX (21 janvier 1801), Portalis distingue entre l’office de la loi qui est « de fixer par de grandes vues, les maximes générales du droit » et celui du juge qui est « d’en diriger l’application, en étant pénétré de l’esprit général des lois. » Il distingue aussi entre les matières criminelles qui sont « circonscrites » et les matières civiles qui ne le sont pas et où donc la jurisprudence doit se déployer naturellement. La science du législateur consiste à trouver, en chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun. La science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées. » Il y a, à cette époque qui suit les tumultes révolutionnaires et qui est aussi celle des grandes codifications, un goût de la modération, de la sobriété et de la synthèse, la recherche d’un équilibre durable et pacificateur entre la loi et la justice, de la complémentarité entre le législateur et le juge. Il faudrait évoquer également les longs débats publiés au tome VI du Recueil des travaux préparatoires du code civil de Fenet au sujet des articles 4 et 5 du code civil, l’article 4 déclarant coupable de déni de justice le juge qui refuserait de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi alors que l’article 5 défend aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. Ce qui pose la question de l’interprétation de la loi par le juge. Contre Montesquieu qui évoque le caractère nul de la puissance de juger, Portalis considère que le juge doit suppléer la loi lorsque cela est nécessaire, ce qui revient à admettre le jugement en équité qui n’est pas seulement une vertu : la volonté constante d’être juste mais l’équité judiciaire qui, dans la tradition du droit romain est un retour à la loi naturelle, dans le silence, l’obscurité ou l’insuffisance des lois positives. Cf Jean-Claude Monier, A propos de deux textes de Portalis, *Histoire de la justice*, n° 11, 1998, p. 79-84.On en vient donc à l’idée d’un enrichissement réciproque entre la loi et la jurisprudence. La loi n’est donc pas suffisante. Il faut les principes généraux, la doctrine, la science du droit pour terminer la plupart des contestations, selon Portalis.

8-Au total donc le legs de l’Histoire pourrait nous apparaitre, comme souvent, assez hétéroclite, avec, selon les époques, des mouvements de balancier dans un sens et dans un autre. Mais, en réalité, il y a une tendance lourde qui est favorable, dans notre pays, à la reconnaissance d’un Etat de justice. Malgré le renforcement des liens entre la justice et le pouvoir exécutif depuis l’époque napoléonienne, on a assisté à une évolution favorable à l’indépendance de la magistrature et du juge en général qui est devenu l’un des piliers de l’Etat de droit, tant au plan interne qu’au plan européen et international. Il faut lire sur le sujet l’ouvrage de Jacques Krynen, *L’Etat de justice, France, XIIIe-XXe siècle,* Paris, NRF, Bibliothèque des Histoires, Editions Gallimard, Tome 1, *L’idéologie de la magistrature ancienne* (2009) et Tome 2, *L’emprise contemporaine des juges* (2012). Sur le long terme, malgré le maintien des juridictions d’exception et du dualisme des juridictions entre l’ordre judiciaire et l’ordre administratif, on a assisté à des progrès de cette indépendance avec les interrogations sur le statut du ministère public et les réformes du Conseil national de la magistrature, l’apparition du rapporteur public qui a remplacé le commissaire du gouvernement la réforme du tribunal des conflits ou du Conseil constitutionnel. On a assisté aussi à une multiplication des fonctions du juge : avec le déclin du légicentrisme, il n’est plus uniquement une « machine à produire des syllogismes. Beaucoup d’autres fonctions lui sont reconnues : la résolution des litiges avec une explosion du contentieux civil et commercial et la judiciarisation de la société, la conciliation, la détermination de la loi, l’énonciation des normes sociales de comportements, l’authentification ou homologation d’accords préalables, le contrôle de la régularité des élections, le contrôle constitutionnel des lois renforcé par l’introduction de la QPC (2008), la mise en œuvre de politiques sociales et de la politique pénale, dont parlait hier le Procureur de la République de Toulouse lors du colloque organisé par l’IEJ sur la protection de la police. Cf Laurence Depambour-Tarride, *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 862-872. Bien au-delà de son activité juridictionnelle, le juge est devenu ou redevenu le gardien des valeurs de la République et de la démocratie.

Philippe Nélidoff

Professeur d’histoire du droit à l’Université Toulouse 1 Capitole

20 octobre 2016