

UNIVERSITÉ FRANÇOIS – RABELAIS DE TOURS

ÉCOLE DOCTORALE « Sciences de l'Homme et de la Société »

Centre de Recherches en Droit privé (CRDP)

THÈSE présentée par :

Mehdi KEBIR

Soutenue samedi 18 mars 2017

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université François-Rabelais de Tours**

Discipline/ Spécialité : Droit privé

Le libre arbitre du juge

THÈSE dirigée par :

Monsieur Nicolas CAYROL

Professeur, Université François-Rabelais de Tours

RAPPORTEURS :

Madame Cécile CHAINAIS

Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Christophe JAMIN

Professeur, Directeur de l'École de droit de Sciences Po

JURY :

Monsieur Georges BOLARD

Professeur émérite, Université de Bourgogne

Monsieur Nicolas CAYROL

Professeur, Université de Tours

Madame Cécile CHAINAIS

Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Christian CHARRUAULT

Magistrat, Président de chambre à la Cour de cassation

Monsieur Christophe JAMIN

Professeur, Directeur de l'École de droit de Sciences Po

Le libre arbitre du juge

Remerciements

Je tiens, en premier lieu, à remercier mon directeur de thèse, le professeur Nicolas Cayrol.

Je veux le remercier de m'avoir accompagné tout au long de ces années et de s'être toujours soucié de l'avancée de ce travail au long cours. Sans son aide, ses conseils et ses encouragements, ce travail n'aurait jamais pu voir le jour.

À ses cotés, j'ai beaucoup appris. J'ai découvert qu'en plus de l'Université qui forme, il y a l'Université qui enseigne. Alors, au moment où le travail s'achève, il y a, déjà, un sentiment de nostalgie : la leçon est finie mais on ne veut pas partir.

Reste alors les souvenirs précieux et la fierté d'avoir pu apprendre auprès d'un maître dont nous n'oublierons jamais les enseignements.

Je veux également remercier mes parents qui ont toujours été à mes côtés et m'ont apporté un soutien sans faille et sans condition. Je leur dois tout.

Je remercie Anaïs, pour sa présence et son soutien permanent. Sans elle, rien n'aurait été possible. Qu'elle sache que je serai là pour elle, comme elle a été là pour moi.

Enfin, je remercie ceux qui m'ont aidé à mettre un point final à ce travail, en particulier Laura, Franck, Sofian et Véronique. Ils m'ont permis de garder le cap à un moment où les journées paraissent bien courtes.

J'espère que chacun trouvera, dans ce travail, une part de ce qu'il m'a donné.

Liste des principales abréviations

A. : arrêté
AJDA : L'actualité juridique – Droit administratif
al. : alinéa
alii : et autres
APD : Archives de philosophie du droit
art. : article
Ass. plén. : Assemblée plénière
BICC : Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. Ass. plén. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, assemblée plénière
Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
Bull. mixte : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre mixte
c. : contre
C. ass. : Code des assurances
C. com. : Code de commerce
C. pen. : Code pénal
C. pr. civ. : Code de procédure civile
C. pr. pén. : Code de procédure pénale
C. trav. : Code du travail
CA : Cour d'appel
CAA : Cour administrative d'appel
Circ. : circulaire
Civ. : Chambre civile de la Cour de cassation, (1^{re}, 2^e, 3^e)
Com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation
Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation
Ch. mixte : Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. req. : Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation
CCC : Contrats, concurrence, consommation
C. civ. : Code civil
CE : Conseil d'Etat
CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
chron. : chronique
CJCE : Cour de justice des Communautés européennes
CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
CNRTL : Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, (accessible en ligne depuis www.cnrtl.fr)
Convention européenne des Droits de l'Homme : Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales
COJ : Code de l'organisation judiciaire
coll. : collection
concl. : conclusions
Cons. const. : Conseil constitutionnel
D. : Recueil Dalloz
D.C. : Recueil Critique Dalloz
Decr. : decret
D.H. : Recueil Hebdomadaire Dalloz
D.P. : Recueil Périodique et Critique Dalloz
dir. : sous la direction de
doctr. : doctrine
Droits : Droits, revue française de théorie juridique
éd. : édition
fasc. : fascicule
GAJA : Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
GAJC : Les grands arrêts de la jurisprudence civile

Gaz. Pal. : Gazette du Palais
Ibid. : *Ibidem* (même endroit)
in : dans
infra : plus bas
IR : informations rapides (Recueil Dalloz)
J. Cl. : Juris-classeur civil
JCP : Juris-classeur périodique (La semaine juridique),
- JCP A : édition administration et collectivités territoriales
- JCP E : édition entreprise et affaires
- JCP G : édition générale
- JCP N : édition notariale et immobilière
JDI : Journal de droit international
JO : Journal officiel
loc. cit. : *loco citato* (à l'endroit cité)
Mél. : Mélanges
n° : numéro
obs. : observations
op. cit. : *opere citato* (dans l'œuvre citée)
p. : page(s)
pan. : panorama de jurisprudence pratique
préc. : précité(e)
préf. : préface
rapp. : rapport du conseiller rapporteur.
Rapport annuel : Rapport annuel de la Cour de cassation
rappr. : rapprocher
RDPC : Revue de droit pénal et de criminologie
RDP : Revue de droit public et de la science politique en France et à l'Étranger
Rec. : Recueil Lebon
Rép. civ. Dalloz : Encyclopédie Dalloz, Répertoire civil
Rev. arb. : Revue de l'arbitrage
RIDC : Revue internationale de droit comparé
RRJ : Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
RSC : Revue de sciences criminelles
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial
Rev. trim. dr. h : Revue trimestrielle des droits de l'Homme
S. : Recueil Sirey
s. : suivants
somm. : sommaires commentés (du Recueil Dalloz)
spéc. : spécialement
supra : plus haut
Th. : thèse dactylographiée ou thèse en ligne
Trav. Ass. Capitant : Travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique française
TGI : Tribunal de grande instance
trad. : traduction
v. : voir
v° : verbo (au mot)
vol. : volume

Sommaire

Première partie

L'art de juger

ou les bienfaits du libre arbitre

Titre 1 : L'art d'appréhender les faits

Chapitre 1 : L'appréciation des faits

Chapitre 2 : La qualification des faits

Titre 2 : L'art d'appliquer le droit

Chapitre 1 : La sélection des règles de droit

Chapitre 2 : L'interprétation des règles de droit

Chapitre 3 : Le contrôle concret des règles de droit

Seconde partie

L'arbitraire du juge

ou les dérives du libre arbitre

Titre 1 : Les manifestations de l'arbitraire

Chapitre 1 : L'arbitraire aggravé

Chapitre 2 : L'arbitraire simple

Titre 2 : La lutte contre l'arbitraire

Chapitre 1 : La lutte par la procédure

Chapitre 2 : La lutte par les accords de volontés

*« Autrefois, dit. K., je pensais que mon procès
finirait bien, mais maintenant, j'en doute parfois,
je ne sais pas comment il finira.
Le sais-tu, toi ? »*

F. Kafka, *Le procès*.

À Nicolas Cayrol.

Introduction

1. Le juge Bridoye. Dans le *Tiers-livre*, François Rabelais raconte l'histoire d'un vieux juge, le juge Bridoye, que Pantagruel souhaite présenter à Panurge pour l'aider à répondre à une question que qu'il se pose : savoir s'il doit ou non se marier. Bridoye fait partie des quatre spécialistes, triés sur le volet, que Pantagruel envisage de convier à un repas pour procéder aux présentations¹ : Hippothadée, pour la théologie ; Rondibilis, pour la médecine ; Trouillogan, pour les lettres ; et, pour le droit, « notre ami Bridoye ». Ne trouvant pas ce dernier, Pantagruel se renseigne auprès d'Épistémon qui lui révèle que Bridoye est parti la veille, à la suite de la visite d'un huissier le convoquant devant la cour d'appel de Myrelingues pour s'expliquer sur une sentence qu'il a rendue contre l'écu Toucheronde. Pantagruel se rend à la cour et est invité à y entrer pour entendre les justifications de Bridoye. La cour est *centumvirale*, ce qui signifie qu'elle est composée de cent juges. Bridoye est seul. Assis au milieu de la cour, il fait face à l'assemblée. Se met en place un véritable interrogatoire mené par le président de la cour, Trinquamelle. Au détour d'une phrase, Bridoye évoque les maux qui accompagnent son grand âge, notamment sa vue qui baisse et qui l'empêche de bien distinguer « les points des dés »². Trinquamelle intervient immédiatement :

- « De quels dés mon ami voulez-vous parler ? »,

- « Des dés des jugements, répondit Bridoye, *Alea judiciorum* »³.

Bridoye explique à Trinquamelle que c'est à l'aide de ces dés qu'il détermine l'issue des procès. C'est ce qu'il a d'ailleurs toujours fait en quarante années d'exercice. Mais il n'y voit là aucun mal :

- « le sort est fort bon, honnête, utile et nécessaire pour vider les procès et les différends »⁴.

Lorsque Trinquamelle lui demande de quels dés il use, il répond :

- « ces dés dont, vous autres messieurs, usez ordinairement en cette cour souveraine qui est la vôtre, ainsi agissent tous les autres juges, quand ils tranchent les procès (...) »⁵.

¹ F. Rabelais, *Le Tiers livre*, éd. du Seuil, transl. en français moderne de G. Demerson, 1997, Chap. 29, p. 299 s.

² F. Rabelais, *Le Tiers livre*, *op. cit.*, Chap. 39, p. 373.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

Il y a de l'ironie dans le discours de Bridoye, notamment lorsqu'il souligne qu'il a plusieurs dés, des gros, « bien beaux et harmonieux »¹ pour les affaires de faible importance et des petits pour les affaires complexes ou emmêlées. Il sait que les juges qui l'écoutent vont être surpris mais il leur annonce le recours aux dés de façon tout à fait naturelle. Tout au long de l'entretien, Bridoye n'aura de cesse de commencer les réponses aux questions posées par « comme vous autres, messieurs »², comme si tous les juges procédaient. Mais il explique aussi sa façon de faire, très appliquée. Il pose d'un côté d'une table les sacs de procès du demandeur et de l'autre, les sacs du défendeur. Puis, il « livre chance » à chacun. Lorsque Trinquamelle lui demande à quoi sert toute cette activité, il répond que c'est d'abord par respect du formalisme ; ensuite, parce que cela lui permet de faire de l'exercice et de rester en bonne santé ; enfin, parce que cela prend du temps, or le temps est père de la vérité.

- « Cela fait demande Trinquamelle, comment rendez-vous votre sentence mon ami ? »

- « Comme vous autres messieurs, répond Bridoye : je rend ma sentence en faveur de celui qui est privilégié par le sort qu'indique le hasard du dé judiciaire »³.

La scène est déroutante⁴. D'emblée, elle provoque un étonnement qui finit par laisser place à l'exaspération : mais quelle est donc cette justice qui prétend régler de cette façon les affaires des gens ? Qui sont ces juges qui négligent autant leur fonction et méprisent à ce point les plaideurs pour régler ainsi...leur sort ?

2. Image du juge. L'image des juges⁵ dépeinte à travers l'histoire du juge Bridoye n'est pas anodine. Il ne s'agit pas d'un conte farfelu, sorti de l'esprit fantaisiste de son auteur. Elle exprime quelque chose de profond sur la perception de la justice en général et celle du juge en particulier. Le récit de Bridoye s'inscrit dans une tradition critique qui a marqué la littérature

¹ *Ibid.*, p. 377.

² La formule est employée vingt deux fois par Bridoye, dans toutes ses variantes : « vous autres messieurs », « comme à vous autres messieurs », « de vous autres messieurs », « vous savez, messieurs », etc.

³ F. Rabelais, *Le Tiers Livre*, *op. cit.*, p. 377.

⁴ Elle aurait pu relever de l'anecdote si Bridoye était un cas isolé mais il n'en est rien. Il y a d'autres traces de cette pratique dans la littérature classique, notamment chez la Fontaine.

Dans son *Conte du juge de Mesle*, la Fontaine met en scène deux avocats qui sur un point s'opposaient. Vint alors un juge qui régla leur litige à la courte paille, sans même s'en offusquer :

« Ne me blâmez, Messieurs, pour cet égard ;

De nouveauté dans mon fait il n'est maille ;

Maint d'entre vous souvent juge au hasard ;

Sans que pour ce tire à la courte paille ».

V. J. La Fontaine, *Contes et nouvelles, Conte du juge de Mesle*, coll. « La Pléiade », 1991, p. 589.

⁵ V. F. Terré, « L'image de la justice », in Mél. P. Draï, Dalloz, 2000, p. 121.

française. La liste est longue des satires de la justice. Souvent raillée et tournée en dérision, la figure du juge a beaucoup inspiré les écrivains¹, qu'ils aient été ou non formés au droit². Nombreux sont les récits sur les juges dont les méthodes interpellent ou dérangent. Si elles perturbent l'esprit, c'est parce qu'elles sont loin de l'image du juge appliquant rigoureusement le droit et traitant les causes avec le sérieux et la rigueur qu'exige leur fonction. Elles traduisent une hantise, celle « du mauvais juge »³, et donnent corps à l'idée selon laquelle le juge, ce « cuistre fanatique »⁴, n'en fait qu'à sa tête quand il rend ses décisions.

3. Rejet du juge. Le juge fait depuis longtemps naître la suspicion⁵, la pitié⁶, voire le mépris⁷ lorsqu'il n'est pas tout simplement tourné en ridicule⁸. Au fil du temps, le rejet du juge est

¹ Sur la fascination réciproque de la littérature et du procès : N. Dissaux, « Littérature et procès », D. 2017, p. 65.

² V. pour des ouvrages généraux : R. A. Posner, *Droit et littérature*, PUF, 1996 ; P. Malaurie, *Droit et littérature : une anthologie*, Cujas, 1997 ; F. Ost, L. Van Eynde, P. Gerard et alii, *Lettres et lois : le droit au miroir de la littérature*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2001 ; J.-P. Masson, *Le droit dans la littérature française*, Bruylant, 2007 ; A. Garapon et D. Salas (dir.), *Imaginer la loi. Le Droit dans la littérature*, Michalon, Le bien commun, 2008 ; D. Salas (dir.), *La plume et le prétoire. Quand les écrivains racontent la justice*, La documentation française, AFHJ, 2014.

³ G. Canivet et J. Joly-Hurard, « La responsabilité des juges, ici et ailleurs », RIDC 4-2006, p. 1050.

⁴ Voltaire, « Correspondance à M. de Saint-Lambert », 4 avril 1789, in *Œuvres de Voltaire*, Tome 65, Paris, éd. Lefèvre et Firmin Didot Frères, 1833, p. 413.

⁵ V. ces quelques vers d'Alphonse Allais dans *Les pensées*, éd. Le Cherche-Midi, 1987, p. 36 :

« Soyez Chacal ou soyez loup - Les juges sont plus forts que vous. - Écoutez-moi (la chose est sûre). - Méfiez-vous de la magistrature ».

⁶ Dans *L'interdiction*, Balzac raconte l'histoire du juge Popinot, un juge d'instruction au tribunal de première instance de la Seine. Popinot représente l'image du juge compétent, intègre et honnête. Mais ces qualités nuisent finalement à sa carrière plus qu'elles ne lui profitent, au point de le décourager. Décrivant la « tournure de Monsieur Popinot », Balzac explique qu'il est devenu « une pâle machine à considérant (...) ». H. de Balzac, *L'interdiction*, GF Flammarion, 1992, p. 136.

⁷ L'auteur français ayant porté les charges les plus dures contre les juges est sans conteste Victor Hugo. Certains de ses textes comportent des attaques *ad hominem* à l'encontre de juges qu'il exècre au plus haut point.

V. sur ce point : M. Foulon, *Victor Hugo et les magistrats*, l'Harmattan, coll. « Droits et sciences criminelles », 2016.

⁸ L'exemple le plus célèbre est celui de *Perrin Dandin* mis en scène par Racine dans *Les Plaideurs*. Perrin est un juge maniaque, il est atteint de la manie de juger. Il veut juger tout le temps et partout mais son fils tente désespérément de l'en empêcher. Un jour, Perrin Dandin souhaite se rendre à son tribunal de nuit mais Léandre, son fils, lui demande, inquiet, où il compte dormir. « À l'audience », répond Perrin Dandin (I, 4, vers 76).

Un autre jour, pour le calmer, Léandre lui propose de rester chez lui et de juger ceux qui s'y trouvent. C'est ainsi qu'il se met à juger son chien, Citron, suspecté d'avoir mangé un chapon. Au cours du procès de Citron, Perrin s'est endormi pendant les plaidoiries.

- Léandre : « Mon père, éveillez-vous ».

- Petit-Jean : « Monsieur êtes vous mort ? »

- Léandre : « Mon père ! »

- Dandin : « Hé bien, hé bien ? Quoi ? Qu'est-ce ? Certes, je n'ai jamais dormi d'un si bon somme »

- Léandre : « Mon père, il faut juger »

- Dandin : « Aux galères ! ».

V. Racine, *Les plaideurs*, (1668), Le livre de poche, 1997, Acte III, scène III, p. 86-87.

On trouve un autre exemple chez Beaumarchais qui, s'inspirant du juge Bridoye de Rabelais, a imaginé le juge Brid'oison, un juge bègue dont la perspicacité n'était pas la première qualité. Dans *Le mariage de Figaro*, son dialogue avec Figaro est révélateur d'une justice tournée en ridicule :

- Figaro : « Monsieur, je m'en rapporte à votre équité, quoique vous soyez de notre justice »

presque devenu naturel. Certains le confessent volontiers : « l'image de marque du juge et de la justice n'a jamais été bonne en France »¹. La défiance² dont il fait l'objet serait « consubstantielle à notre culture nationale »³ et s'enracinerait en profondeur dans « l'inconscient collectif »⁴. Lorsqu'il est question de la justice, le spectre d'un « gouvernement des juges »⁵, du « corporatisme »⁶, voire d'un « complot »⁷ n'est jamais loin. Parce que la fonction du juge consiste surtout « à juger ses semblables »⁸, il s'expose presque naturellement aux suspicions, il est perpétuellement « mis en examen »⁹. Il est dit de lui qu'il *rend* la justice, comme s'il l'avait subtilisée et, reconnaissant enfin ses torts, il finit par *délivrer* un jugement. Derrière ce vocabulaire se cache une idée de rejet des juges, sans doute parce qu'ils sont des cibles commodes. « Comme Adam imputait sa propre faute à Ève qui l'imputait au serpent, le juge est tenté d'imputer aux parties les faiblesses de la justice et les parties de les imputer au juge »¹⁰. Surtout, le juge souffre d'un déficit de légitimité inhérent à sa condition d'homme. Il est difficile d'accepter que les juges puissent sanctionner, dans leurs décisions, « des comportements dont peut-être ils se rendent eux-mêmes coupables, ou dont ils se rendraient coupables si l'occasion se présentait »¹¹. Or, « l'homme dans sa grandeur ou sa petitesse, accepte difficilement que l'un de ses prochains puisse décider, trancher, et imposer »¹². Sa tendance à refuser le jugement d'autrui laisse en suspens une question lancinante qui suit le juge comme une ombre : « Qui êtes-vous pour juger ? »¹³. Cette suspicion permanente suscite un besoin constant de contrôle, comme si l'activité de juger était nécessairement suspecte.

- Brid'oison : « Hein ?... Oui, je suis de la-a justice. Mais si tu dois, et que tu-u ne payes pas ? »

- Figaro : « Alors monsieur voit bien que c'est comme si je ne devais pas.

- Brid'oison : « San-ans doute. — Hé ! Mais qu'est-ce donc qu'il dit ? ».

V. P.-A. C. de Beaumarchais, *Le mariage de Figaro*, (1778), Pocket, 2006, Acte III, scène XIV, p. 141.

¹ P. Draï, « Être juge...et juger », RFDA 1990, n°6 sept-oct., p. 695.

² V. R. Badinter, « Une si longue défiance », Pouvoirs n°74, Les juges, sept. 1995, p.7.

³ Y. Benhamou, « Plaidoyer pour le retour en grâce des juges - Contribution à l'étude critique de la fonction de juger », D. 2009, p. 1040.

⁴ *Ibid.*

⁵ H. de Page, *À propos du gouvernement des juges- l'équité en face du droit*, Paris, Sirey, Bruxelles Bruyant, 1931, p. 6.

⁶ Y. Benhamou, « Réflexions sur le sentiment corporatiste dans la magistrature, esquisse d'une approche sociologique et historique du corporatisme judiciaire », Gaz. Pal. 14-15 août 2002, p. 8.

⁷ Y. Lemoyne, *Le complot des juges*, éd. Du Félin, 1993.

⁸ G. Bolard et S. Guinchard, « Le juge dans la cité », JCP G 2002, I, 137.

⁹ P. Draï, « Le juge ? », Revue des deux mondes, 1995, p. 61.

¹⁰ G. Bolard, « Préface à la seconde édition », in H. Motulsky, *Écrits, Études et notes de procédure civile*, Dalloz, rééd. 2010, I.

¹¹ P. Draï, *ibid.*

¹² P. Draï, *Le rôle et la place du juge en France aujourd'hui*, R.R.J. 1991-3, p. 596.

¹³ « Ce que l'Homme accepte le plus difficilement, c'est d'être jugé » a écrit Albert Camus : A. Camus, *Carnets III, mars 1951-décembre 1959*, Cahiers VII, Gallimard, 1989, p. 106.

4. Costume judiciaire. Le regard froid porté sur le juge¹ s'explique par l'importance de la fonction qui lui est dévolue. Il n'y a pas « de pouvoir, qui agisse plus directement, plus habituellement, sur les citoyens, que le pouvoir judiciaire. Les dépositaires de ce pouvoir, sont donc ceux sur le choix desquels la nation a le plus grand intérêt à veiller »². Dans les sociétés démocratiques, le juge est un rouage essentiel à qui il est confié une obligation « impossible »³. Il doit arriver « au bonheur suprême »⁴ : rendre à chacun son dû pour assurer la paix sociale. Pour y parvenir, il ne doit pas se prononcer selon un vague ressenti ou ce que lui dictent ses humeurs capricieuses mais à l'issue d'une réflexion approfondie parfaitement neutre : il doit statuer par raison et non par passion⁵. Il en résulte une sorte de sacralisation de la fonction de juger qui se manifeste notamment à travers le cérémonial du procès. On fait porter au juge un costume, une robe censée effacer sa personnalité et lui rappeler la solennité de sa fonction. La robe « dissimule l'individu derrière sa fonction »⁶. Dès lors, « peu importe le nom et les qualités de celui qui revêt le vêtement, seules l'institution et la fonction doivent émerger du costume »⁷. C'est un vêtement institutionnel qui marque la supériorité de la fonction sur l'homme : « ce n'est plus lui qui habite son vêtement, mais son vêtement qui l'habite »⁸. Toute cette symbolique a un sens : elle vise à détacher le jugement de la personnalité du juge, comme pour purifier l'acte de juger de ses émotions⁹. Tout cela contribue à doter le juge d'une fonction mystique, quasi-divine¹⁰. Or, cette vision de la fonction de juger ne peut que susciter des frustrations. La vérité est qu'« elle est exercée par des juges qui n'ont rien de divin »¹¹.

5. Courage de juger. Par définition, le juge doit s'engager pour dire, parmi les thèses qui lui ont été présentées, quelle est celle qui a emporté sa conviction. Il doit aller au-delà de la

¹ V. J. Lenoble (dir.), *La crise du juge*, Colloque du Centre de philosophie du droit de l'Université Catholique de Louvain, LGDJ et Story Scienta, 1991.

² Thouret, discours du 21 mars 1796.

³ V. W. Baranès, M.-A. Frison-Roche et alii, *La justice : l'obligation impossible*, éd. Autrement, coll. « Nos valeurs », 1994.

⁴ P. Drai, « Prières pour nos juges – prières à nos juges », Discours prononcé à l'occasion de l'audience solennelle de la Cour de cassation du 8 janvier 1990. Disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

⁵ B. Frydman, « Raison et passion dans les jugements en droit », in *Pensée rationnelle, pensée émotionnelle*, Colloque international du Centre Perleman de Philosophie du Droit, 23-25 avril 2015.

⁶ F. Desprez, *Rituel judiciaire et procès pénal*, préf. D. Thomas, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, p. 95.

⁷ *Ibid.*, p. 1.

⁸ A. Garapon, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, éd. Odile Jacob, 1997, p. 84.

⁹ Sur ce point, v. E. Salomon, *Le juge pénal et l'émotion*, Th. Paris II, 2015.

¹⁰ Sur ce point, v. R. Jacob, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, PUF, 2014.

¹¹ G. Bolard et S. Guinchard, « Le juge dans la cité », JCP G 2002, I, 137.

propension naturelle de l'homme au jugement qu'a exposé Kojève¹. Il doit fixer, dans son jugement, les droits de chacun. En cela, le jugement est une charge lourde qui peut engendrer l'angoisse par son caractère encombrant², voire une anxiété malade³. Trancher, « c'est opiner » écrivait Ricoeur⁴, c'est dire qui a tort et qui a raison. Juger, c'est accorder une préférence à l'une ou à l'autre des parties. Pour remplir sa fonction, le juge doit rendre une décision qui est une prise de position en même temps qu'un acte de foi. Il doit avoir « le courage de juger »⁵.

6. Aléa judiciaire. Or, le juge semble manquer cruellement de ce courage lorsqu'il prétend, comme Bridoye, s'en remettre au hasard pour régler les litiges. C'était initialement le but de cette recherche que de comprendre le phénomène décrit dans l'histoire de Bridoye, à ce qu'il est d'usage d'appeler l'« aléa judiciaire ». L'idée était de réfléchir à ce problème en tentant de saisir ce qu'est l'aléa judiciaire, un problème « qui n'a pas été suffisamment analysé »⁶. La recherche a permis d'aboutir à un résultat surprenant auquel nous ne nous attendions pas. Elle a montré que la question comportait un sujet dans le sujet qui nécessitait de s'y consacrer pleinement, en raison de sa complexité. À bien y penser, l'histoire de Bridoye ne porte pas sur les dés eux-mêmes, sur l'*alea judicium*, mais sur la méthode de jugement qui est appliquée. Du temps de Bridoye, le recours aux dés n'était pas interdit. Il ne pouvait se faire que dans un cas particulier, visé par le décret du canoniste Gratien, celui de cas insolubles⁷. Or, Bridoye, qui a connaissance de ce décret car il le cite, ne se contente pas de les utiliser dans ce cas, il y

¹ Pour Kojève, le désir de réaliser la justice est une expression du besoin de reconnaissance, conçu comme la condition même de la conscience de soi. V. A. Kojève, *Introduction à la lecture de Hegel*, Paris, Gallimard, 1947.

² Ce caractère de l'acte de juger est présent dans un vers du *Cid* de Corneille, d'une simplicité frappante :

Don Alonso :

- « Sire, Chimène vient vous demander justice ».

Don Fernand :

- « La fâcheuse nouvelle, et l'importun devoir ! (...) ».

P. Corneille, *Le Cid*, Acte IV, scène IV.

³ Les spécialistes des sciences cognitives et comportementales connaissent bien cette problématique. Ils la lient souvent à la peur de l'engagement ou à l'hypérogénophobie, la phobie des responsabilités : v. par ex., S. Bataille, *Bien décider, Les trois déclins pour oser faire un choix*, InterEditions, 2015.

⁴ P. Ricoeur, « L'acte de juger », in *Le juste*, éd. Esprits, 1995, p. 185.

⁵ D. Salas, *Le courage de juger*, Bayard, 2014, 4^e de couverture : « L'acte de juger est une prise de risque. Il faut, bien sûr, préalablement douter puis délibérer. Mais il ne sert à rien de prolonger ce moment. Il importe d'assumer le plongeon vertigineux dans l'acte. Souvent, le choix se fait séance tenante. C'est un risque sans cesse à prendre et à éprouver. Une manière de dire "je" sans délégation possible. Un acte de volonté qui suppose une vertu : le courage ».

⁶ R. Chazal de Mauriac, « Débat », *Gaz. Pal.*, 27 novembre 2007, n° 331, p. 20.

⁷ V. F. Rabelais, *Le Tiers livre*, éd. du Seuil, 1973, Chap. XLIV, p. 407. Pantagruel raconte une affaire criminelle si ambiguë que les juges refusèrent de juger. Selon lui, ils auraient mieux fait de jouer le procès aux dés car elle relevait des cas perplexes. Mais il revient à Bridoye en s'étonnant que son recours au dés « ait duré tant d'années ».

recourt systématiquement. Il choisit sa propre méthode de jugement. L'histoire de Bridoye, c'est celle d'un juge qui fait le choix de déterminer lui-même la façon dont il veut trancher les litiges. On aurait pourtant tort de croire que Bridoye est un fou¹. Bien au contraire. Il présente une très grande vivacité d'esprit. Pour lui, le recours aux dés n'a rien de paresseux. Il prend soin de respecter, comme tout juge, l'« usage de la judicature ». Sa préparation du jugement est même considérable². Bridoye est un fin juriste³ ; il prend connaissance de l'affaire dans ses moindres détails. Il lit plusieurs fois les plaintes des parties et met en place un véritable débat contradictoire entre elles. Pour autant, personne ne peut certifier de ce qu'il dit des *dés* et de leur usage⁴. Il prétend y recourir seul dans son cabinet sans que personne ne puisse en témoigner. À aucun moment de son exposé il n'est possible de s'assurer que Bridoye ne manipule pas Trinquamelle⁵. Personne ne sait vraiment de quelle façon il juge. Ses méthodes restent inconnues mais qu'importe ? Ses jugements étaient d'une très grande

¹ Certains l'ont malheureusement pensé. V. : Edwin M. Duval, « *The Judge Bridoye, Pantagruelism, and the unity of Rabelais Tiers Livre* », in *Études rabelaisiennes*, Genève, Droz, t. XVII (1983), p. 37 à 60 ; A. Tournon, « Un silence signé Rabelais », in *Rabelais*, Actes de la journée d'étude du 20 octobre 1995, Paris, « Cahiers Textuel », n° 15, 1996, p. 85. L'auteur voit en Bridoye une « caricature », il parle du « radotage du vieux magistrat ».

² « Ayant bien vu, revu, lu, relu, paperassé et feuilleté les plaintes, assignations, comparutions, commissions, informations, préliminaires, productions, allégations, interdits et contredits, requêtes, enquêtes, répliques, duplicques, tripliques, écriture, reproches, griefs, conservations, recolemens, confrontations, mises en présences, libelles, lettres d'appel, lettres royaux, compulsoires, déclinatoires, anticipatoires, évocations, envois, renvois, conclusions, fins de non procéder, conciliations, appels, aveux, exploits et telles dragées et autres épices provenant d'une partie et de l'autre, comme doit le faire un bon juge » : F. Rabelais, *Le Tiers livre*, op. cit., p. 375.

³ Au beau milieu de son exposé, il cite de mémoire la loi *Agaso* du Digeste, un texte qui traite d'un cas de jurisprudence très compliqué : le maître d'un quadripède peut-il porter plainte contre le propriétaire d'une mule dont son cheval a « flairé le cul » (*nasum ad culum posuit*) lorsque la mule lui a répondu par une ruade, qui, a atteint non le cheval, mais son cavalier ?

V. F. Rabelais, *Le Tiers livre*, op. cit., p 387.

À ce moment, personne ne réagit. Les choses vont trop vite pour Trinquamelle et le reste de l'Assemblée. À ce moment du récit, Bridoye, lui, est un virtuose qui jongle avec les textes de loi devant une cour qui est devenue son public.

⁴ Il y a une histoire qui raconte l'usage absolu des dés comme source de l'action. C'est l'histoire de Luke Rhinehart, un psychiatre américain qui a décidé de faire de sa vie un grand jeu de hasard. Il a choisi de laisser les dés décider de son existence. Longtemps interdite, la biographie de Luke Rhinehart a connu une diffusion clandestine puis a fini par être éditée en France.

V. L. Rhinehart, *L'homme dé*, (1971), trad. J. du Mourier, éd. de l'Olivier, 2014. Le recours aux dés est pour l'auteur une délivrance, p. 177 : « (...) – J'ai l'impression d'avoir accompli une grande percée dans la voie vers un homme nouveau.

-Quel homme nouveau ?

-l'Homme de hasard, l'homme imprévisible. J'ai l'impression de démontrer aujourd'hui que l'on peut venir à bout des habitudes. Un tel homme est vraiment libre ».

⁵ Le nom « Bridoye » ne doit rien au hasard. Il est composé de deux termes : « Bride-oye », celui qui bride les oies. Or, cette opération consiste à percer les narières de l'oiseau pour y passer une plume. Après cela, on le dirige comme on veut... Le Dictionnaire comique de Philibert Joseph Le Roux le confirme : « Brider l'oye signifie tromper, fourber, filouter, déniaiser. Voyez PASSER LA PLUME PAR LE BEC. [...] Voyez MENER PAR LE NEZ ». P. le Roux, *Dictionnaire comique, satyrique, critique, burlesque, libre et proverbial*, éd. Z. Chastelain, 1750, v° Brider l'oye, p. 80

V. sur ce point : J. Ceard, « Les noms propres du Tiers Livre », in *Rabelais et le Tiers-Livre*, Colloque de Nice, 2-3 février 1996, textes réunis par É. Kotler, CNRS, CID Diffusion, Paris, 1996, p. 90.

efficacité. Sur les quatre mille sentences qu'il a rendues, la moitié a été acceptée par les plaideurs et toutes les autres ont été confirmées en appel, à l'exception d'une seule dans laquelle il a confondu un quatre avec un cinq à cause de ses problèmes de vue. Dans le *Tiers-livre*, il n'est pas question de l'aléa judiciaire au sens large, c'est-à-dire toutes les contingences qui marquent le déroulement d'un procès, mais d'un aspect de cet aléa. L'histoire de Bridoye illustre la part du juge dans le procès, ce qu'il peut décider seul et qui donne au procès un tour imprévisible. Elle est une démonstration de la place du libre arbitre du juge dans l'élaboration des jugements.

7. Aléa judiciaire et libre arbitre du juge. Cette inclusion du libre arbitre du juge dans le thème plus large de l'aléa judiciaire ne rend pas son analyse moins nécessaire, bien au contraire. C'est une étape dans la compréhension du phénomène d'aléa judiciaire. C'est même à bien des égards une étape fondamentale car elle renvoie à ce qui constitue finalement le nœud du problème. Le libre arbitre du juge est la cause principale de l'imprévisibilité des décisions de justice, laquelle est conçue comme un ferment « de l'injustice »¹. Envisagé ainsi, ce libre arbitre devient menaçant, précisément parce qu'il laisse à penser que le juge fait à peu près ce qu'il veut. Or, le terme n'est pas si simple ; il renvoie à une réalité bien plus complexe.

I. Définition et appréhension du libre arbitre du juge

A. Définition

8. Étymologie. Le terme « libre arbitre » est un mot ancien issu du latin *liberum arbitrium*. Il provient de la contraction de deux termes : *libre* d'un côté, *arbitre* de l'autre. Il faut comprendre chacun de ces termes pour saisir le sens de leur combinaison.

9. « Libre... ». Adjectif qui provient de *liber*, le mot libre signifie littéralement « homme libre ». Est libre, celui qui est en mesure de jouir d'une liberté, c'est-à-dire celui qui n'est soumis à aucune contrainte, à aucune restriction. Lorsqu'il s'applique à une personne, le mot libre désigne celui qui a le pouvoir d'agir, de se déterminer à sa guise, de prendre des décisions sans faire l'objet de contraintes extérieures. Le terme est d'un usage courant mais il constitue un thème privilégié dans la réflexion philosophique. En métaphysique notamment, la liberté est conçue comme la possibilité de pouvoir agir spontanément selon sa propre

¹ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale*, Defrénois, 2^e éd., 2005, n° 39, p. 39.

conscience, d'être la cause première de ses actes et de choisir entre plusieurs possibles. Elle ne peut être l'attribut que de personnes susceptibles d'agir, c'est-à-dire de personnes auteurs d'actes qui peuvent leur être légitimement imputés. La liberté marque l'aptitude des êtres à exercer leur volonté¹. Pour Kant, « une volonté libre et une volonté soumise à des lois morales sont (...) une seule et même chose »². Selon lui, l'homme est libre uniquement lorsqu'il agit moralement, c'est-à-dire indépendamment de toute inclination sensible. C'est l'attribut d'êtres dotés d'une raison que de pouvoir agir indépendamment de toute cause déterminante étrangère à eux. La liberté renvoie alors à l'*autonomie*, c'est-à-dire à la capacité de se donner à soi-même (*autos*) ses propres lois (*nomos*). La liberté, au sens positif, n'est rien d'autre que la législation de la raison pure. Elle relève de l'obéissance à une loi que l'agent s'est lui-même créé. Il s'agit par conséquent d'un respect à ses engagements, d'une conformité à soi. L'autonomie désigne la « propriété qu'a la volonté d'être à elle-même sa loi »³. Est libre, celui qui est en mesure d'exprimer sa volonté en toute autonomie.

10. « ... arbitre ». Le terme arbitre est quant à lui un substantif du verbe *arbitrer* qui renvoie à une action. Arbitrer, c'est décider par son attitude de l'évolution d'une situation. Selon le *Trésor de la langue française*, l'arbitrage, c'est-à-dire le fait d'arbitrer, consiste à exercer « sa faculté de décider. C'est prendre en compte des éléments pour trancher entre plusieurs possibilités. Historiquement, le « franc arbitre »⁴ désigne « le pouvoir de choisir entre le bien et le mal »⁵. C'est donc à la faculté de choix que renvoie le terme « arbitre ». L'acte de choisir consiste à donner la préférence à une voie en écartant les autres. Cela correspond au sens de l'étymologie du mot arbitre, à savoir *arbitrium* qui signifie littéralement « le fait d'être témoin »⁶. Le témoin est conscient au sens propre⁷, il a une connaissance. Est témoin, celui qui peut certifier une chose qu'il a vue ou entendue. En ce sens, arbitrer, ce n'est pas seulement choisir une voie ; c'est choisir une voie après avoir pris en compte les éléments de

¹ Dictionnaire de l'Académie française, v^o Libre, 9^e éd., Fayard, 2000, p. 525 : « qui dans ses actes, ses choix, a le pouvoir d'exercer sa volonté ».

² E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, (1792), trad. V. Delbos, Les classiques des sciences sociales, p. 55.

³ E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Ak IV, 447.

⁴ Le terme est devenu désuet. On en trouve des traces dans *Gargantua* de Rabelais : « Toute leur vie estoit employée non par loix, statuz ou reigles mais selon leur vouloir et franc-arbitre ». V. Rabelais, *Gargantua*, « Comment estoient reigles les Thelemites à leur maniere de vivre », Pocket, 1992, Chapitre LV.

Il a donné par la suite « libéral arbitre » avant de donner « libre arbitre ». V. A. Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, p. 108.

⁵ *Trésor de la langue française*, v^o Arbitre, sens étymologique et historique, Éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1971, p. 383.

⁶ A. Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, v^o Arbitre, Le Robert, 2010, p. 108.

⁷ Conscience vient du latin *conscientia* composé du préfixe *con* (« avec ») et de *scientia* (« connaissance »).

la situation et envisagé les diverses possibilités. Sous cet angle, la faculté d'arbitrer renvoie à la possibilité d'un choix conscient. Sans connaissance, il n'y a pas vraiment de choix. Il faut en tirer une conclusion en ce qui concerne le terme « arbitre ». Si l'arbitrage renvoie à la faculté de choisir et que cette faculté renvoie elle-même à la conscience, alors il faut en conclure que la conscience est indispensable à l'arbitrage. Arbitrer, c'est accorder une préférence entre plusieurs possibles, en toute conscience.

11. « Le libre arbitre... ». Lorsque les deux termes sont mis bout à bout, ils se complètent pour n'en former qu'un seul. Le libre arbitre est un assemblage de deux éléments : une finalité et une façon d'y parvenir. Le libre arbitre consiste à décider de quelque chose et à agir par soi-même en ayant conscience de pouvoir faire autrement. En cela, le libre arbitre repose sur l'idée de contingence, c'est-à-dire la faculté de faire ou de ne pas faire quelque chose. Pour Bossuet, qui a écrit un *Traité du libre arbitre*, cet aspect est fondamental. Le libre arbitre, c'est « avec une égale facilité, faire tel mouvement, ou ne pas le faire »¹. C'est « le pouvoir de se déterminer soi-même sans être déterminé par rien »², c'est-à-dire par rien d'extérieur ; « par rien d'autre que soi-même »³. C'est le produit d'un arbitrage car si le libre arbitre était « la capacité de se décider sans motif, le choix serait arbitraire, un choix de hasard ; il serait sans rapport avec ma personnalité : ce ne serait pas mon choix, et la liberté ne serait pas ma liberté »⁴. Le libre arbitre sous-tend la réflexion, c'est un choix fait en connaissance de cause, en considération de motifs qui ont été acceptés. Pour le dire plus simplement, c'est la faculté de se forger une volonté en toute liberté⁵. Historiquement, c'est à travers cette idée que fut pensé le concept de libre arbitre, d'abord par Saint-Augustin⁶, ensuite par Saint-Thomas d'Aquin. Ce dernier définissait le *liberum arbitrium* comme *facultas voluntatis et rationis*, la

¹ J.-B. Bossuet, *Traité du libre arbitre et de la concupiscence*, (1677), in *Œuvres philosophiques complètes*, L. Hachette, 1843, Paris, p. 228.

² M. Conche, *L'aléatoire*, éd. Les Belles Lettres, coll. Encre marine, 2012, p. 136.

³ M. Conche, « Si la liberté n'était que le libre arbitre. Avec des "si" », *Journal étrange*, Paris, PUF, « Perspectives critiques », 2006.

⁴ *Ibid.*

⁵ Cet aspect du mot apparaît dans certaines langues étrangères, plus claires que le français sur ce point. Le mot libre arbitre se traduit par « *free will* » en anglais ou « *freier wille* » en allemand, littéralement « la libre-volonté ».

⁶ Historiquement, c'est ainsi que le libre arbitre fut pensé. Le concept de « libre arbitre de la volonté » a été développé pour préciser qui devait supporter la responsabilité du mal : Dieu ou sa créature ? C'est Saint-Augustin qui, dans son traité *De libero arbitrio*, a véritablement posé le problème : « Dieu n'est-il pas l'auteur du mal ? ». Puisque le péché est l'œuvre des âmes des créatures et que celles-ci sont créées par Dieu, comment Dieu n'en serait-il pas l'auteur de ce péché ? Saint-Augustin répond à cette question en développant l'idée de libre arbitre « Dieu a conféré à sa créature, avec le libre arbitre, la capacité de mal agir, et par-là même, la responsabilité du péché ». Parce que la créature dispose d'un libre arbitre, Dieu n'est pas coupable des péchés qu'elle peut commettre.

faculté de la volonté et de la raison¹. La volonté éprouve le désir et sollicite la raison pour l'assouvir. Elle est nécessaire mais insuffisante car elle a besoin du concours de la raison, laquelle permet à l'homme de se décider, de faire des choix. Le libre arbitre se manifeste dans le libre-choix².

12. « ... du juge ». Lorsqu'il est accolé au terme « juge », le libre arbitre ne désigne pas tout à fait la même chose que lorsqu'il est envisagé seul. Il s'enrichit d'une autre idée qui tient au pouvoir détenu par le juge de faire respecter le choix volontaire qu'il a effectué. La position de juge induit une idée d'emprise. Lorsqu'il exerce son libre arbitre, le juge ne le fait pas pour lui-même mais en sa qualité de juge. Il le fait pour décider du sort d'un cas litigieux dont il a été saisi et fait preuve d'« autorité ». Le terme autorité est issu du latin *auctoritas* lui-même tiré de *acutor* qui signifie littéralement « auteur ». Fait usage d'une autorité, celui qui agit de son propre mouvement et qui est en mesure de dominer une situation. Le libre arbitre du juge ne désigne pas seulement les choix qu'il effectue mais la faculté qui lui est reconnue d'imposer ces derniers pour régler un différend. Sa faculté au choix volontaire acquiert de ce fait une puissance particulière, entendue comme le pouvoir d'imposer quelque chose, en ce sens qu'elle produit des effets sur d'autres personnes que lui. L'expression « libre arbitre du juge » exprime la puissance des choix du juge sur le cas litigieux.

Envisagé à l'aune de ces précisions, le sens de la formule « libre arbitre du juge » est plus clair. Celle-ci peut être définie comme *la puissance du juge d'imposer ses choix dans la résolution du litige dont il a été saisi*.

¹ V. Saint-Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, (1485), Paris, Librairie ecclésiastique et classique d'E. Belin, 1854. L'objet de la question 83 est « le libre arbitre ». Il pose ensuite plusieurs questions parmi lesquelles : « l'homme est-il doué de libre arbitre ? » et « Qu'est-ce que le libre arbitre ? ».

² Cette faculté au libre choix à laquelle renvoie le libre arbitre a été remise en cause. Les réflexions sur le libre arbitre ont donné lieu à une célèbre opposition entre Érasme et Luther. En 1524, Érasme reçoit une lettre de Luther qui le pousse à écrire un traité *Du libre arbitre*. Selon Érasme, c'est par la « force de sa volonté », que l'homme peut « s'attacher aux choses qui conduisent au salut éternel ou se détourner de celles-ci » (*Du libre arbitre*, I b 10). Il s'oppose en cela à Luther qui, pour répondre à Érasme et réfuter ses positions, écrit en 1525, *Du serf arbitre*. Luther rejette totalement le concept de libre arbitre. Il considère que la liberté de l'homme est entièrement subordonnée à celle de Dieu. La véritable liberté du chrétien ne peut découler que de cette grâce : elle est offerte par Dieu.

Sur un autre plan, les déterministes ont eux-aussi nier l'existence du libre arbitre. Pour eux, tout ce qui existe dans le monde est le produit de la relation de cause à effet. Une cause entraîne un effet qui devient lui-même une cause, de sorte que tout est soumis aux lois de la nécessité. Il n'y aurait donc aucune place pour le libre arbitre dans ce monde. Pour Spinoza par exemple, si l'Homme se croit libre, c'est par ignorance des causes qui nous font agir. De ce point de vue, le libre arbitre n'est qu'une illusion. V. B. Spinoza, *L'éthique*, Livre 2, Folio, 1994, Proposition XXXV.

B. Appréhension

13. Rejet historique. Ainsi défini, le libre arbitre du juge présente quelque chose d'inquiétant. Il réveille « la vieille peur du gouvernement des juges »¹ qui s'enracine dans notre culture en raison de son passé monarchique. En France, la défiance envers la place de la volonté du juge s'est développée à partir de l'Ancien Régime. Succédant à une justice exercée par les seigneurs et le clergé dans chaque province sous la féodalité, une justice royale s'est peu à peu développée pour renforcer la monarchie. À cette époque, le Roi utilise la justice comme un moyen d'asseoir son autorité sur l'ensemble de son royaume. C'est pour cela que la mission de juger fut dotée d'un caractère littéralement divin. Jusqu'au XIII^e siècle, le monarque concentre en ses propres mains l'intégralité du pouvoir de juger des affaires en exerçant sa « justice retenue ». On tient alors en France « *pour maxime certaine, que le Roy seul est fondé de droict commun, en toute Iustice, haulte, moyenne et basse, par tout son royaume* »², précisément parce qu'il tient son pouvoir d'une délégation divine qui fonde toute sa légitimité. Or, à ce moment, la dimension négative du libre arbitre du juge n'existe pas. « Dieu qui seul est juste, et de qui l'œuvre la plus parfaite est la justice (...) en a distribué un rayon aux Rois et Princes : pour la répandre parmi le monde »³. Par la suite, est apparue la nécessité de recourir à des juridictions pour exercer une sorte de « justice déléguée ». Dans un souci d'effectivité, la justice s'est dotée d'une structure institutionnelle dont l'élaboration fut amorcée par Philippe Auguste par le biais de son ordonnance-testament de 1190. Ayant pour but d'en finir avec le morcellement administratif hérité du système féodal, ce texte témoigne de la volonté de tisser sur l'ensemble du territoire « un maillage judiciaire extrêmement serré »⁴ afin d'étendre l'autorité du Roi. Cette justice déléguée constituait une vaste organisation hiérarchique formée dans chaque province de conseillers de la Cour royale et au sommet de laquelle se trouvaient les cours souveraines nommées « Parlements ». Quoique rigoureuse en apparence, cette répartition a conduit à un certain nombre de difficultés. La diversification des juridictions se doublait d'une omniprésence de la justice retenue qui ne contribuait qu'à renforcer l'instabilité de la répartition des compétences juridictionnelles. Une règle en particulier a révélé les failles de cette organisation, celle découlant de l'adage

¹ B. Louvel, « Autorité judiciaire ou service public de la justice ? », in *Le statut du magistrat*, colloque organisé le 18 décembre 2015 par l'Université Panthéon-Assas et l'AFHJ.

En ligne :

https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_entretiens_2039/discours_2202/premier_president_7084/discours_2015_7547/service_public_33269.html

² J. Bacquet, *Traicté des droicts de iustice, haulte, moyenne et basse*, S. L. n. d. Paris, 1608, p. 27.

³ B. de la Roche-Flavin, *Treze livres des parlements de France*, Liv. 13, Chap. 10, Bordeaux, 1617, p. 688.

⁴ A. Rigaudière, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Economica, 3^e éd., 2006, p. 356.

adveniente principe, cessat magistratus. Selon ce principe, la seule présence du Roi dans une juridiction avait pour effet de suspendre la délégation consentie par lui, opérant une certaine captation du pouvoir de juger. Or, le Roi était seul juge de l'opportunité de trancher lui-même une affaire déjà instruite ou de l'attribuer à une juridiction de son choix, ce qu'il n'hésitait d'ailleurs pas à rappeler au cours de certains procès restés célèbres. Ce fut notamment le cas lors du procès du duc de la Valette qui fut accusé de trahison par Richelieu lui-même. Un tribunal fut donc composé pour le juger et le premier président demanda au Roi de pouvoir trancher la querelle selon les règles de la jurisprudence et les lois de la monarchie. Comme pour afficher son absolutisme royal en matière de justice, Louis XIII refusa et indiqua froidement : « c'est une erreur grossière de s'imaginer que je n'ai pas le droit de juger qui bon me semble où il me plaît »¹. C'était le règne du bon-vouloir du Roi-juge, le triomphe envahissant de son libre arbitre. Cette toute-puissance du libre arbitre du Roi confinait au despotisme comme le montrait la pratique des lettres de cachet².

14. « Que Dieu nous garde de l'équité des Parlements ». Au-delà de la justice retenue, le libre arbitre du juge se traduisait également par la grande latitude laissée aux Parlements dans l'élaboration des décisions judiciaires. Sur ce point, un tournant historique se situerait au moment où le Roi a permis à ces derniers d'écarter l'application d'une coutume dès lors qu'elle leur paraissait inadaptée à la situation d'espèce, sans avoir à rendre le moindre compte. Cela aurait favorisé les situations d'abus des Parlements qui s'arrogèrent la possibilité de paralyser l'application des ordonnances royales au nom de leur sentiment d'équité. La marge de liberté des Parlements dans le traitement des différends est devenue « un sujet de plainte perpétuel pour le public, ce qui fut traduit par un adage devenu célèbre :

¹ Cité par M. F. Mérilhou, *Les parlements de France- Leur caractère politique depuis Philippe le Bel jusqu'en 1789*, Paris, 1863, p. 329.

² Manifestations discrètes et mystérieuses de l'autorité du souverain, les lettres de cachet étaient utilisées très largement, que ce soit pour convoquer un corps judiciaire ou pour ordonner une cérémonie. Leur usage le plus remarquable était de permettre au souverain d'adresser un ordre individuel d'exil, d'emprisonnement ou d'internement, soit sur l'initiative des familles, soit sur sa propre intervention. Le recours à ce type de missives traduisait la suprématie de la justice émanant du roi et montrait que celui-ci pouvait d'une certaine manière s'affranchir discrétionnairement des formalités ordinaires des procédures. Représentant tout ce que l'Ancien Régime avait de plus tyrannique, ces lettres de cachet ont accédé à la postérité grâce à la grande renommée des personnes auxquelles elles se sont parfois adressées. Voltaire, embastillé une première fois pour un texte satirique visant le régent Philippe II d'Orléans, mais aussi Diderot emprisonné en 1749 pour ses *Pensées philosophiques*, furent tour à tour visés par cet usage royal qui sonna à l'heure de la Révolution comme l'un des symboles du despotisme de l'Ancien Régime. Dans son *Dictionnaire philosophique*, Voltaire, qui a subi par deux fois cette mesure, traite de la lettre de cachet aux mots « Arrêts notables sur la liberté naturelle ». Dans un style très provocateur, il écrit : « Un anglais, en lisant cet article, a demandé : qu'est ce qu'une lettre de cachet ? On n'a jamais pu le lui faire comprendre ».

Que Dieu nous garde de l'équité des Parlements »¹. Le libre arbitre était assimilé aux abus de pouvoirs des juges², toujours prompts à substituer leur propre volonté aux prescriptions de la loi, c'est-à-dire de la possibilité de juger au gré des espèces selon leur seule appréciation³, sans que les plaideurs n'y puissent grand-chose. Les juges avaient entre les mains une « arme redoutable qui consiste à laisser la loi en “souffrance”, c'est-à-dire à faire comme si elle n'existait pas »⁴. Cela a contribué à alimenter la méfiance envers leur libre arbitre.

15. Influence des Lumières. C'est contre le rôle écrasant de la volonté des juges que les voix se sont élevées à l'époque des Lumières. La justice fut placée au cœur d'une violente campagne de réprobation, émanant des plus illustres penseurs, qui réclamaient une réorganisation totale du système judiciaire. Voltaire⁵, Diderot⁶ ou Rousseau⁷, tous ont dénoncé, à des degrés divers, les dérives du libre arbitre du juge⁸. D'autres, comme Montesquieu⁹, ont cherché à proposer des remèdes. L'œuvre de ce dernier a été décisive dans cette conception de la fonction de juger. Pour remédier à la propension naturelle de chaque personne qui concentre entre ses mains un pouvoir à en abuser, le magistrat bordelais proposait une répartition contraignante des pouvoirs entre chaque dépositaire. « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, écrivait-il, il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir »¹⁰. Il y a dans cette formule l'idée d'une nécessité de lutter contre la trop grande liberté du juge dans l'exercice de son office. L'une des œuvres dont l'influence a été la plus forte est *De l'esprit des lois* de Montesquieu dans laquelle ce dernier développe ses idées dans le chapitre consacré à la Constitution d'Angleterre. « Il y a dans chaque État, trois sortes de

¹ F.-X. Testu et C. Jarrosson, v° Équité, in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 636.

Sur cet adage, v. aussi : H. Roland et L. Boyer, *Adages en droit français*, Paris, Litec, 4^e éd., 1999, n° 93, p. 163.

² La problématique est ancienne. Déjà au début du XVII^e siècle, Charles Loyseau avait fustigé dans son *Discours de l'abus de justices de village*, les « justices abusives » usurpées sans avoir fait l'objet d'une concession du Roi. Sur ce point, v. R. Colson, *La fonction de juger, étude historique et positive*, préf. L. Cadet, Les presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2006, nos 39 s., p. 20 s.

³ V. C.-J. de Ferrier, *Dictionnaire du droit et de pratique*, Tome I, Paris, éd. Saugrain, 1749, p. 767.

⁴ F. Saint-Bonnet, « Le contrôle *a posteriori* : les parlements de l'Ancien Régime et la neutralisation de la loi », *Cahiers du droit constitutionnel*, n° 28, 2010, p. 23.

⁵ Pour Voltaire, il fallait refuser au juge de trop grands pouvoirs pour éviter « d'exposer le citoyen au despotisme d'une foule de petits tyrans », cité par J. Constant, « Voltaire et la réforme des lois pénales », *RDPC* 1958-1959, 535.

⁶ V. F. Guenard, « La liberté et l'ordre public : Diderot et la bonté des lois », *Revue de Métaphysique et de Morale* 2005/1, n° 45, p. 109 s.

⁷ V. J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, 1755, À Amsterdam, chez Marc Michel Rey. Disponible sur la base Gallica.fr.

⁸ V. pour une analyse détaillée des positions de chaque auteur, J.-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, PUF, coll. « Droit fondamental », 5^e éd., 2016, p. 185 et s.

⁹ V. Montesquieu, *Les Lettres Persanes*, éd. Garnier-Flammarion, 1995, pour la dénonciation et *De l'esprit des lois*, éd. Garnier-Flammarion, 1979, pour les propositions.

¹⁰ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, (1748), éd. Garnier-Flammarion, 1979, Tome I, Livre XI, chap. VI, p. 294.

puissances, la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil (...). On appellera cette dernière la puissance de juger »¹. Pour lui, le jugement n'est qu'un acte d'exécution du droit, « un texte précis de loi ». Dès lors, la puissance de juger « est, en quelque façon, nulle ». L'acte de juger devait se réduire à un simple acte d'application qui ne laissait aucune place à la puissance du libre arbitre. « Les juges de la nation, écrit-il, ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui ne peuvent en modérer ni la force ni la rigueur »². Il y a dans cette approche, une crainte du libre arbitre du juge. Pour Montesquieu, l'absence de limitation imposée au juge créait un risque, celui de reconnaître à ce dernier « la force d'un oppresseur »³. Pour cela, il fallait réduire la place de son libre arbitre. Les jugements devaient être conçus comme l'application rigoureuse d'un texte car « s'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans une société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte »⁴. Priver le juge de la faculté d'exprimer son « opinion », c'était rejeter la puissance de son libre arbitre, lui refuser la faculté d'imposer sa volonté aux parties au litige. « Tout comprendre de l'action du juge, pour la contrôler certes mais aussi pour adhérer à l'ordre contenu dans son jugement : telle est bien l'exigence de l'homme de raison né des Lumières, telle est encore l'aspiration de celui qui, franchissant le seuil d'un palais de justice, se refuse toujours et souvent avec force, bruits et violences à s'engager dans une aventure sans fin et qui n'entend pas se voir enlever par d'autres ce qu'il tient de "son procès" et "ses droits" »⁵. Le juge doit être « celui qui réalise et réduit en acte les décisions abstraites de la loi ; qui à partir d'un fait constaté et d'une règle tenue pour étant applicable à ce fait, tire la conclusion d'un raisonnement et rend ainsi son jugement »⁶.

16. Réformes révolutionnaires. Cette réflexion constitue le soubassement idéologique de la réforme de l'organisation judiciaire, laquelle fut une préoccupation immédiate de l'Assemblée constituante instituée le 9 juillet 1789. Dès le 17 août 1789, Nicolas Bergasse, député du Tiers-état de Lyon, fut chargé de présenter l'état de l'ordre judiciaire et les éventuelles améliorations à apporter. Après avoir passé en revue les écueils de l'ancien système, le député a notamment suggéré, dans une « Constitution du pouvoir judiciaire », que « dans son

¹ *Ibid.*

² *Ibid.*, p. 294.

³ *Ibid.*, p. 397.

⁴ *Ibid.*, p. 296.

⁵ P. Draï, « Le rôle et la place du juge en France aujourd'hui », RRJ, 1991-3, p. 602.

⁶ Extrait du mémoire présenté le 27 mars 1790 par Duport à l'assemblée constituante, cité in C. Cambier, *Précis de droit judiciaire civil*, t. 1, Bruxelles, 1974, p. 56.

organisation, comme dans les changements qu'il peut subir, le pouvoir judiciaire ne dépend essentiellement de la volonté de la nation »¹ et non de la volonté du juge. La loi était conçue comme « l'autorité suprême du peuple »². Elle incarnait « l'empire de la raison »³ contre le libre arbitre menaçant du juge. Autrement dit, « les réformateurs du siècle des Lumières se sont faits les champions de la règle »⁴. Expression de la volonté générale, la loi s'érige en ultime rempart contre la domination de la volonté du juge par peur des abus qui peuvent en naître⁵. « Vivre sous un régime de liberté c'est vivre sous l'empire de la loi pour échapper à la tyrannie des hommes »⁶. Nulle place n'est faite dans cette idéologie au libre arbitre du juge, car celui-ci laissait craindre la tyrannie et le despotisme⁷. Cette évolution historique a forgé l'appréhension négative du libre arbitre du juge. Il en a résulté, un peu plus tard, un article 5 du Code civil qui exprime à lui-seul la crainte à l'égard du juge : « il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Elle a aussi consisté en un mouvement plus vaste de réformes législatives tendant à maîtriser le libre arbitre du juge⁸ et fondé sur l'idée que la loi générale et impersonnelle est la « vérité suprême qui règle tout »⁹.

17. Exemple des réformes pénales. La matière pénale en fournit une illustration. Le droit pénal est un domaine dans lequel le libre arbitre du juge était particulièrement redouté. Les réformes pénales qui ont suivi la Révolution ont été fortement inspirées des idées développées dans le *Traité des délits et des peines*¹⁰ de Cesare Beccaria, publié en 1764. Beccaria ne voyait pas le libre arbitre du juge pénal avec une grande faveur. Au contraire, pour lui, c'était

¹ N. Bergasse, *Rapport sur l'organisation du pouvoir judiciaire*, 1789, p. 17. Disponible en ligne : https://archive.org/details/rapportducomited00berg_0

² R. Colson, *La fonction de juger, Étude historique et positive*, avant-propos G. Canivet, préf. L. Cadet, LGDJ, 2006, n° 59, p. 29.

³ S. Rials, « Sieyès ou la délibération sans la prudence, Eléments pour une interprétation de la philosophie de la Révolution et de l'esprit du légicentrisme », *Droits*, 1991, n° 13, p. 137.

⁴ J.-M. Carbasse, v° *Légalité des délits et des peines*, in S. Rials et D. Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 920.

⁵ Il faut relativiser l'idée d'un bouleversement provoqué par la Révolution. L'idée d'un juge soumis à la loi est beaucoup plus ancienne que cela. La même idée se retrouve déjà chez Gratien dans le *Judicet ille* qui, citant Saint Ambroise, écrit que « le bon juge ne fait rien arbitrairement et selon sa volonté particulière, mais il prononce selon les lois et le droit » : C. 3, q. 7, c. 4.

⁶ E. Spitz, « L'acte de juger », *RDP* 1995, n° 2, p. 293. V. aussi : C. Albiges, *L'équité en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, nos 138 s, p. 85 s.

⁷ Pour une étude complète, v. : R. Colson, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, *op. cit.*, spéc. n° 174 et s.

⁸ V. sur ce point, J. Krynen, *L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard, coll. Bibliothèque des Histoires, 2012, avec notamment un Chapitre 1^{er} consacré à « la négation révolutionnaire du pouvoir judiciaire », p. 19 s.

⁹ Opinion de M. Gara L'Ainé contre les plans présentés par MM. Duport et Sieyès à l'Assemblée nationale, Paris.

¹⁰ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, (1764), trad. A. Fontana et X. Tabet, préf. X. Tabet, Gallimard, Bibliothèque de philosophie, 2015.

le signe d'un dysfonctionnement. « Si les censeurs, et en général des magistrats arbitraires, sont nécessaires dans certains gouvernements, cela naît de la faiblesse de leur Constitution non de la nature d'un gouvernement bien organisé »¹, écrivait-il. Il opposait à « la dangereuse et arbitraire prudence des juges »², la loi, « toujours aveugle et impartiale »³. « Quand un code fixe des lois, que l'on doit observer à la lettre, ne laisse au juge d'autre tâche que celle d'examiner les actions d'un citoyen et de les juger conformes ou non à la loi écrite (...) »⁴. Il fallait donc selon lui que la place du libre arbitre du juge soit réduite à sa plus simple expression, ce qui passait notamment par une réduction du raisonnement du juge à une simple logique d'application de la loi⁵. Le jugement se conçoit comme un acte discursif qui se réduit à mettre en œuvre une règle dans un cas particulier. Le juge « est celui qui réalise et réduit en acte les décisions abstraites de la loi ; qui à partir d'un fait constaté et d'une règle tenue pour étant applicable à ce fait, tire la conclusion d'un raisonnement et rend ainsi son jugement »⁶. Ce légalisme a conduit à l'instauration du principe de la légalité des délits et des peines formulé, depuis le XIX^e siècle, à travers l'adage : *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. Ce principe visait à supprimer l'ancien système, hérité du Moyen-Âge, dans lequel les peines étaient dépendantes de l'*arbitrium* des juges, de leur libre arbitre, qui devait permettre une meilleure individualisation. Le juge avait reçu la mission d'« arbitrer » les peines pour garantir l'efficacité de la répression mais cela conduisit à de très grandes disparités de solutions. « Les peines sont arbitraires en ce royaume »⁷ disait un adage de droit coutumier pour désigner les dangers du libre arbitre du juge. C'est ce libre arbitre qu'ont cherché à supprimer les réformateurs révolutionnaires en procédant à une forme de sacralisation de la loi pénale. Le principe de légalité des peines fut inscrit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Août 1789 en son article 7 : « nul homme ne peut être accusé,

¹ *Ibid.*, p. 101.

² *Ibid.*, p. 183.

³ *Ibid.*

⁴ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, (1764), trad. A. Fontana et X. Tabet, préf. X. Tabet, Gallimard, Bibliothèque de philosophie, p. 80-81.

⁵ Pour Beccaria, la fonction de juger devait obéir à une logique purement déductive, à un syllogisme réduisant le travail du juge au rapprochement des faits litigieux à la règle de droit applicable. Ainsi a-t-il pu écrire qu'« en présence de tout délit, le juge doit former un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure l'acte conforme ou non à la loi, la conclusion étant l'acquittement ou la condamnation. Si le juge fait, volontairement ou par contrainte, ne fût-ce que deux syllogismes au lieu d'un seul, c'est la porte ouverte à l'incertitude » : C. Beccaria, *Des délits et des peines*, *op. cit.*, p. 79.

⁶ Extrait du mémoire présenté le 27 mars 1790 par Duport à l'assemblée constituante, cité in C. Cambier, *Précis de droit judiciaire civil*, Tome. 1^{er}, Bruxelles, 1974, p. 56.

⁷ La théorie des peines arbitraires est évoquée dans les ouvrages d'histoire du droit pénal. V. not. : B. Schnapper, *Les peines arbitraires du XVI^e au XVIII^e siècle*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, 1973 ; H. Méchoulan et J. Cornette, *L'État classique. 1962-1715*, Vrin, 1996, p. 231

V. aussi : A. Laingui, « Lois, juges et docteurs dans l'Ancien droit pénal », Cahiers de philosophie politique et juridique, 1988, p. 73.

arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites ». Le texte poursuit en énonçant que « ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ». Cela a ensuite donné lieu à l'adoption, par les lois des 25 septembre et 6 octobre 1791, du premier Code pénal français qui prévoyait « un tarif rigide de peines fixes, théoriquement conçu pour régler tous les cas possibles et que les juges ne peuvent absolument pas moduler »¹.

18. Modèle syllogistique. À travers cet exemple, une idée apparaît : celle d'un rejet en bloc du libre arbitre du juge par la mise en avant d'un modèle censé vacciner le jugement de tout empirisme. Ce modèle est celui du syllogisme dont le but est d'astreindre le juge à un simple rôle d'application dans la réalisation effective du droit. « But final »² du droit selon Pierre Hébraud, cette réalisation consiste en une concrétisation des règles objectives sans quoi le droit ne serait pas vraiment le droit³. Henri Motulsky en a donné une définition plus précise : « c'est la tentative de penser un cas particulier comme contenu dans une règle de Droit, et la constatation du résultat, positif ou négatif, de la recherche »⁴. Toute la question est de savoir de quelle façon elle peut être mise en œuvre⁵. C'est Henri Motulsky qui est à l'origine de l'enracinement de ce modèle dans la conception moderne de l'office du juge. Dans sa thèse de doctorat rédigée sous la direction de Paul Roubier, il a développé des *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*⁶. Motulsky était un légaliste d'un genre particulier.

¹ J.-M. Carbasse, v° Légalité des délits et des peines, in S. Rials et D. Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 922.

² P. Hébraud, « L'exécution des jugements civils », RIDC 1957, p. 170.

Au cours de cette leçon magistrale, l'auteur oppose le normativisme de ceux qui prétendent que le droit peut être réduit à un impératif hypothétique et le réalisme, un courant dans lequel le droit, en tant que direction de la conduite humaine, « ne s'accomplit et ne s'épuise que par sa réalisation effective ».

V. sur ce point : W. Baranès et M.-A. Frison-Roche, « Le souci de l'effectivité du droit », D. 1996, p. 301.

³ C'est ce qu'a avancé Jhéring dans *Esprit du droit romain*. Il écrit : « le droit, existe pour se réaliser. La réalisation est la vie et la réalité du droit ; elle est le droit lui-même. Ce qui ne passe point dans la réalité, ce qui n'existe que dans les lois et sur le papier, c'est qu'un fantôme de droit, ce ne sont que des mots » : R. von Jhéring, *L'esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, Maresq, Paris, 1887, t. 1, p. 30.

⁴ V. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, (1948), rééd. présentée par M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2002, n° 45, p. 45.

⁵ La définition même de la réalisation du droit est aussi une question à part entière, certains auteurs considérant que c'est davantage l'exécution effective d'un droit qui permet sa réalisation.

D'autres estiment que le jugement n'est qu'une étape dans le processus de réalisation. En ce sens, v. : R. Laher, *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, Mare et Martin, Bibliothèque des thèses, 2017. n° 596, p. 916 : « Le jugement réalise alors le droit sur un plan normatif et symbolique mais le processus de réalisation du Droit ne s'arrête pas là. En effet, une fois le jugement rendu, encore faut-il qu'il soit exécuté. Aussi importante qu'elle soit, la réalisation formelle n'est qu'une étape et un préalable à la seconde étape que l'on peut qualifier de réalisation matérielle ».

⁶ H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, (1948), préf. P. Roubier, rééd. présentée par M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2002.

Cette œuvre a été présentée comme l'origine première de certaines réformes fondamentales du droit français, en particulier l'adoption du « nouveau » Code de procédure civile à l'occasion de la réforme du 5 décembre 1975.

C'était un légaliste méthodologique et pas seulement théorique¹. Son but était de mettre en avant le rôle de la méthode dans la réalisation du droit. Estimant que cette réalisation est « comme toute œuvre de l'esprit, un mécanisme qui fonctionne d'après certains principes »², il s'est attaché à « mettre à nu les rouages »³ de cette opération. La réflexion de Motulsky visait à une systématisation des étapes à respecter dans la réalisation du droit par le juge, ce, afin de lutter contre l'empirisme qui « tend à faire croire qu'il n'y a pas de principe ni de méthode dans la réalisation du droit, que c'est seulement une question de doigté et de tact du praticien »⁴. Pour Motulsky, le juge est un personnage central dans la réalisation du droit mais, lorsqu'il s'agit d'*appliquer*⁵ une règle de droit à une espèce, son rôle doit être limité. La réalisation du droit ne doit être rien d'autre que sa reconnaissance dans un jugement car c'est ainsi que l'ordre juridique doit être préservé⁶. Dans cette conception, le jugement prend la forme d'un syllogisme déductif, parfaitement rigoureux : la majeure est constituée par la loi, la mineure par la situation de fait décrite au juge et la solution par le rapprochement de la mineure à la majeure. Le rapport du juge au droit est un rapport hiérarchisé : le premier n'est que l'agent du dernier. Il faut dire que le modèle syllogistique a un attrait majeur. « La construction de syllogismes en bonne forme a le très grand avantage d'éliminer l'arbitraire dans la solution des cas particuliers, et de permettre que soit dispensée une véritable justice aux plaideurs »⁷. Est-ce à dire qu'il n'y a de véritable justice que lorsque le juge ne laisse aucune place à sa volonté ? Il serait inexact de réduire la pensée de Motulsky à cette affirmation mais, ce qui est sûr, c'est que pour l'auteur, dans l'application du droit par le juge,

Sur ce point, v. : G. Bolard, « Le nouveau Code de procédure civile français », in Mél. J. Skapski, Cracovie, 1994, pp. 9 s.

La limitation au seul « droit privé » interroge. Motulsky lui-même s'en est peu justifié. Il a semblé dire que c'était par « commodité ». En vérité, cette œuvre est bien plus vaste. Elle aurait très bien pu s'appeler *Principes d'une réalisation méthodique du droit*. V. en ce sens : M.-A. Frison-Roche, « Avant-propos », in H. Motulsky, *op. cit.*

¹ « Que l'on ne confonde pas, surtout, la méthode de la réalisation avec un rigorisme outrancier, un fétichisme littéral ou d'autres péchés capitaux ! » : H. Motulsky, (1948), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, (1948), rééd. présentée par M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2002, n° 3, p. 4.

Son directeur de thèse, le doyen Roubier a lui-même relevé que Motulsky ne pouvait se réduire à une pensée purement formaliste du droit : V. P. Roubier, « Préface », in H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, IX.

V. aussi, cette phrase écrite par Bruno Oppetit : « Motulsky ne se voulait pas le pur théoricien qu'il aurait pu être ». V. B. Oppetit, *Droit et modernité*, PUF, Doctrine juridique, 1998, p. 260.

² H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, n° 1, p. 1.

³ *Ibid.*, n° 2, p. 3.

⁴ P. Roubier, « Préface », in H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, X.

⁵ L'étude de Motulsky se concentre sur cet aspect. Sur d'autres points, l'auteur reconnaît le rôle essentiel de la volonté du juge. Ainsi en est-il par exemple en matière d'interprétation, un domaine dans lequel le juge doit faire preuve d'un esprit sensible aux réalités de la vie » et non suivre les règles rigoureuses de la pensée méthodique : H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, n° 61, p. 61.

⁶ V. M.-A. Frison-Roche, « Avant-propos », in H. Motulsky, *préc.*

⁷ P. Roubier, « préface », in H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, XI.

seule la mise en œuvre d'une logique rigoureuse peut apporter la justice aux plaideurs. C'est pour cela qu'il appelait à ne jamais substituer l'empirisme des appréciations morales, ce qu'il nomme le subjectivisme, à la précision des principes rationnels car, dans ce cas, le droit « perd sa raison d'être »¹. « S'il renonce aux critères objectifs, il se renie lui-même : sombrer dans le subjectivisme quand il s'agit du droit, c'est laisser libre cours à l'arbitraire »². Motulsky ne conteste pas la part de subjectivité que comporte la réalisation du droit, comme en témoigne par exemple sa vision du syncrétisme³, mais il appelle « à réduire cette part au minimum »⁴ en privilégiant la fermeté des principes et de la méthode à l'incertitude des sentiments personnels. Entendu comme « la marque d'une recherche de l'universel »⁵, le syllogisme judiciaire aboutit à ce que le jugement réponde à une « logique contraignante qui permet de découvrir une conclusion rigoureuse, objective, impersonnelle, de nature à les délivrer des aléas d'une appréciation subjective »⁶.

19. Syllogisme contre libre arbitre. Au fil du temps, cette approche syllogistique de l'acte de juger a quelque peu échappé à Motulsky. Elle a été utilisée pour justifier l'idée d'une mise au ban du libre arbitre du juge dans l'acte de juger comme si la décision judiciaire ne devrait être qu'un acte mécanique ne laissant « aucune place à la “prudence”, à l'équité, ou à une quelconque liberté personnelle du magistrat saisi »⁷. La solution donnée au litige est le résultat logique d'un raisonnement qui s'impose de lui-même, comme si l'acte de juger se réduisait à un processus rationnel finalisé comparable à un raisonnement mathématique⁸. En astreignant le juge à un pur acte de constatation, le modèle syllogistique ne permet pas

¹ H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, op. cit., n° 4, p. 5.

² *Ibid.*

³ Pour Motulsky, l'appréhension de tout ensemble complexe (le litige en est un) débute toujours pas une première vue, « où il n'y a, tout au plus, que divination ou pressentiment ». C'est ce qu'il nomme, en citant Renan, le syncrétisme qui renvoie selon lui à l'intuition. C'est le flair du juge qui lui fait pressentir une solution que le raisonnement doit venir vérifier ou au contraire rectifier. Autrement dit, le syncrétisme est une œuvre de suggestion quant aux règles de droit applicables : « aussi la recherche du syllogisme débute t-elle par celle, non pas de la règle applicable, but trop ambitieux, mais d'une règle paraissant de nature à pouvoir s'appliquer : nous l'appellerons, dès lors, la règle possible » : V. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, op. cit., n° 54, p. 52.

⁴ *Ibid.*, n° 13, p. 15. L'auteur ne nie pas la part du subjectivisme : « le subjectivisme (...) ne peut jamais être entièrement banni ; toute interprétation et, plus encore, toute analogie, en comporte nécessairement une certaine part ».

⁵ C. Chainais, « Rapport de synthèse. Le destin d'une pensée visionnaire », in *Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky ?*, Actes du colloque de Caen, 20 janvier 2012 Procédures n° 3, Mars 2013, dossier 14, n° 12.

⁶ R. Perrot, « Rapport de synthèse », in *La logique judiciaire*, Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, PUF, 1969, p. 138.

⁷ B. Frydman, *Les transformations du droit moderne*, éd. Story scientia, 1999, p. 19.

⁸ Aristote définissait le syllogisme comme « un raisonnement dans lequel, certaines prémisses étant posées, une conclusion autre que ce qui a été posé en découle nécessairement par le seul fait de ces données » : Aristote, *Réfutations sophistiques*, trad. J. Tricot, éd. Vrin, Paris, 1969, 165 a, p. 1.

uniquement de l'empêcher de suivre « son pur caprice »¹. Il manifeste une conception du droit perçu comme « une science exacte »² préservée des préjugés et des influences, en particulier celles du juge. En cela, le syllogisme a peu à peu été érigé comme un idéal, celui d'une justice libérée de la volonté du juge, quitte à restreindre la part intellectuelle du jugement. Le but est d'éviter de livrer les justiciables aux pulsions du juge, ce qui « équivaldrait à créer l'insécurité »³. Dans cette approche, l'application du droit est encadrée « de manière exogène par une axiologie parfaitement claire posée par une volonté qui ne laisse au juge aucune marge décisionniste »⁴. Dès lors, « le juge ne peut être qu'une machine, puisque la règle lui est donnée (...), les faits aussi (...) et il se borne à l'acte de "subsumption" consistant à rapporter l'un à l'autre »⁵. Il est réduit à n'être qu'« une bouche sans corps, exerçant sa fonction avec la rigueur de sa transparence »⁶.

20. Place de la subjectivité du juge. L'approche syllogistique de l'acte de juger a indéniablement des attraits. Elle permet de concevoir le jugement comme le résultat d'une application rigoureuse du droit aux faits litigieux et non comme le produit « d'une pure réaction émotionnelle »⁷. Le problème est que cette vision présente quelque chose d'artificiel⁸. Elle ne permet pas de mesurer la véritable part d'autonomie et d'initiative que comporte la fonction de juger⁹. Réduire l'acte de juger au syllogisme, c'est se réfugier dans le confort de la certitude dans la mise en œuvre du droit. Mais c'est aussi éluder le fait que juger est un phénomène complexe. « Il ne faut pas oublier qu'un syllogisme avant de se résoudre, se construit »¹⁰. Le jugement n'est pas un événement machinal et immédiat mais le résultat d'un processus sophistiqué et progressif. Rien n'est véritablement donné dans le jugement, tout se

¹ P. Souleau, « La logique du juge », in *La logique judiciaire, op. cit.*, p.58.

² B. Frydman et G. Haarscher, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 71-72.

³ J.-L. Bergel, « Et ferez bonne justice... », in *Justice et qualité*, RRJ, 2002, Cahiers de méthodologie juridique, n° 17, p. 2204.

⁴ E. Spitz, « L'acte de juger », RDP 1995, n° 2, p. 293.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ P. Souleau, « La logique du juge », in *La logique judiciaire, op. cit.*, p. 53

⁸ Michel Villey avait dénoncé la fausse exactitude de la logique déductive du syllogisme : « syllogisme *universitarium* ce que je pense est vrai. Or, Y. pense différemment. Donc la thèse de Y. est mauvaise », v. : M. Villey, *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les carnets*, publiés par M.-A. Frison-Roche et C. Jamin, PUF, 1995, VIII-76 et XIII-92.

⁹ Pour une vision critique du syllogisme, v. : Ch. Eisenmann, « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », in Mél. G. Marty, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 481.

V. aussi : C. Bléry, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, préf. P. Mayer, 2000, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, nos 81 et s., p. 61 et s.

¹⁰ Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, préf. G. Vedel, (1972), LGDJ, Anthologie du droit, 2014, p. 54.

V. aussi, sur le syllogisme « comme armature de la décision » : J. Robert, *Les méthodes du juge constitutionnel*, Th. Paris 2, 1993, p. 163 s.

construit. « La décision du juge ne lui vient pas à l'esprit, évidente et soudaine, comme une illumination. Elle est le résultat d'une réflexion sur le litige »¹. C'est à cette réflexion nécessaire que renvoie le libre arbitre du juge. Le processus juridictionnel ne peut se passer de la subjectivité du juge : « sa marge de liberté est considérable et nous sommes bien loin de l'automatisme dont certains créditent le raisonnement syllogistique »².

21. Impossible neutralité du juge ? Lorsqu'il met en œuvre les règles de droit, le juge n'est jamais vraiment neutre. Il s'engage en entier dans l'acte d'application du droit. Que le juge doive conserver une juste distance avec les parties, c'est une chose indispensable. Mais il est impossible que la volonté du juge soit absente de l'acte d'application du droit. Les travaux de Kojève ont révélé qu'il était attendu du juge une neutralité impossible. Dans son ouvrage *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Kojève a mené une réflexion sur la place du juge dans le procès. Il a démontré la nécessité que soit institué un « tiers impartial et désintéressé » pour juger les litiges. Après avoir établi le constat, il passe quelques pages à démontrer que c'est en vérité impossible. Le juge doit être à équidistance des parties, autrement dit impartial mais l'auteur démontre qu'il ne peut être totalement désintéressé³. Pour Kojève, seul Dieu peut véritablement l'être. « Le Droit n'est authentique que s'il implique en dernière analyse, une intervention divine dans les interactions humaines »⁴. Le juge étant un homme et non un Dieu, il expose le droit à la contingence : l'intervention du juge varie « en fonction de l'espace et du temps »⁵. Kojève souligne ainsi la part de subjectivité inhérente à la décision d'un juge « rationnel mais humain »⁶. En tant qu'acte de volonté, l'acte de juger comporte une zone grise, quelque chose d'immaîtrisable. « Rendre la justice, dire le droit ; sommes-nous seulement en présence d'un phénomène de pure rationalité, n'y a-t-il pas (et on peut oser le dire) aussi une part de mystère, d'irrationalité ? Par quel raisonnement, par quelle alchimie, le cerveau d'un homme tranche-t-il entre les intérêts opposés des parties ? »⁷. Tant qu'il sera rendu par des juges, le jugement ne pourra jamais être le résultat d'un simple rapprochement d'une règle à des faits. Il est aussi la somme d'autres facteurs, éminemment personnels : de «

¹ G. Bolard, « L'impartialité au risque de la loi ? », JCP G 2015, 1085.

² Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, préf. G. Vedel, (1972), LGDJ, Anthologie du droit, 2014, p. 54, p. 56.

³ A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1982, p. 78 : pour l'auteur, le juge est toujours directement ou indirectement intéressé lorsqu'il rend la justice. Il profite de son intervention ou est lésé par elle : « en fait, dit-il, il n'y a pas de jugement désintéressé ».

⁴ A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1982, p.78.

⁵ *Ibid.*, p. 80-81.

⁶ J. Fischer, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préf. P. le Tourneau, PUAM, 2004, n° 19, p. 37.

⁷ C. Jauffret-Spinosi, « L'élaboration de la décision de justice », RIDC, 1998, p. 757

ses préjugés, de ses conceptions, et pourquoi pas, de son humeur du jour ou de la qualité de son petit-déjeuner »¹. L'affirmation peut heurter mais elle n'en demeure pas moins vraie. Lorsqu'il exerce son office, le juge ne se contente jamais de relever les solutions préétablies contenues dans les règles de droit qu'un autre que lui a établies. « Le juge n'est pas seulement une machine à répondre ce qu'on veut lui faire répondre, un ordinateur bien alimenté (voilà l'énorme malentendu à dissiper) »². Son libre arbitre joue un rôle essentiel dans la conception du jugement. Il ne faut pas croire que les règles objectives que le juge doit appliquer sont à même de « supprimer mécaniquement, et par une sorte de fatalisme géométrique, la part du jugement individuel dans la mise en œuvre du droit »³.

22. Doctrine du réalisme juridique. Cette approche du travail du juge a été mise en avant par un courant de pensée appelé le *réalisme juridique* ou *legal realism*, qui a deux variantes: le réalisme américain et le réalisme scandinave. Aux États-Unis, en particulier, le réalisme⁴ s'est développé dans les années 1930, dans la continuité de la « *Sociological jurisprudence* »⁵, une doctrine fondée par le juge suprême Holmes⁶. « La conception réaliste du jugement est d'abord une critique de la conception traditionnelle elle-même qualifiée de formaliste, selon laquelle les juges appliquent les règles à des faits de façon à la fois délibérative, logique et mécanique, de telle sorte que le processus de décision judiciaire se réduit à un syllogisme »⁷. Pour les réalistes, il faut décrire le droit tel qu'il est *réellement* et non tel qu'il devrait être, dans l'idéal. C'est un objet empirique formé de manifestations de volonté, notamment celles du juge ; un juge dont les décisions ne sont pas uniquement dépendantes de la règle de droit mais aussi d'éléments psycho-sociaux. Le jugement n'est pas un acte neutre mais dépend de considérations propres au juge. L'analyse réaliste du jugement juridique souligne la dimension subjective de l'acte de juger et la part importante du libre arbitre du juge dans l'application du droit. Dans cette conception, ce n'est pas le juge qui est soumis au droit, c'est le droit qui est soumis du juge⁸. « La prophétie sur ce que les tribunaux feront effectivement

¹ P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2015, 3^e éd., LGDJ, n° 82, p. 78.

² J. Foyer et G. Cornu, « Préface », in H. Motulsky, *Écrits, Études et notes de procédure civile*, Dalloz, réed. 2010, VII.

³ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1919, vol. 1, n° 86, p. 217.

⁴ V. E. Millard, v° Réalisme, in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Lamy, coll. Quadrige Dicos Poche, 2003, p. 1297 s.

⁵ F. Michaud, « Le rôle créateur du juge selon l'École de la "Sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », RIDC 1987, p. 343.

⁶ Sur la doctrine du réalisme juridique et sur le juge Holmes en particulier, v : P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthode du droit », 2004, p. 273 s.

⁷ P. Brunet, « Analyse réaliste du jugement juridique », Cahiers Philosophiques, 2016/4, n° 147, p. 9.

⁸ V. A. d'Ors, « Le droit ? Tout ce qu'approuvent les juges », Droits 1989, n° 10, p. 51.

et rien de plus, voilà ce que j'estime être le droit », a affirmé le fameux juge Holmes¹.

23. Facteurs d'influence. Cette doctrine qui a pu être qualifiée d'empirique², met en avant la place des facteurs internes au juge dans la production du jugement. Elle se situe à l'opposé de la logique déductive du jugement selon laquelle le juge se contente d'appliquer la loi. Elle soutient que l'acte de juger est avant tout le produit d'une activité humaine soumise à la volonté de celui qui la met en œuvre. Si certains auteurs ont relevé le caractère « discutable »³ de cette vision de la fonction de juger, c'est parce qu'elle dérange. Alors que le jugement est censé être mis à l'abri de la subjectivité du juge, voilà qu'il ne peut vraiment s'en défaire. L'affirmation a quelque chose d'angoissant car elle sous-tend l'idée de la place envahissante des éléments propres au juge dans la prise de décision. La volonté du juge est généralement conçue comme un grain de sable qui enraye la mécanique rationnelle du jugement. Pourtant, nier la place de cette volonté, c'est refuser de reconnaître une évidence. Alors que pendant longtemps, la question de la subjectivité de la décision judiciaire est restée cantonnée en France « à la dichotomie entre le syllogisme judiciaire prononcé par un juge qui ne serait que la bouche de la loi et le spectre du gouvernement des juges »⁴, l'état de la réflexion a changé. Il est aujourd'hui possible de prouver que le jugement n'est jamais le résultat d'une pensée parfaitement objective. D'une part, parce que le juge est soumis, comme toute personne, à une forme de déterminisme que Freud a exposé⁵. Il subit un conditionnement structurel provenant des événements marquants de sa vie, lesquels orienteraient inconsciemment ses décisions. D'autre part, parce que le juge est influencé par des événements conjoncturels tenant aux conditions dans lesquelles il est appelé à rendre ses décisions. En particulier, une théorie a permis de mettre en lumière la place prépondérante de la subjectivité du juge dans le jugement. C'est « la théorie du petit-déjeuner » développée par le philosophe américain Jérôme Frank. Une phrase de ce dernier est devenue un adage : *Justice is what judges ate at breakfast*. L'idée est d'insister sur le fait que l'acte de juger ne peut être totalement mis à l'abri de la subjectivité du juge. Il est dans la nature même de l'acte de juger que d'être

¹ O. W. Holmes Junior (1841-1935) était juge à la Cour suprême des États-Unis et chef de file du mouvement qui sera appelé le réalisme américain.

V. G. Radbruch, « La théorie anglo-américaine du droit vue par un juriste du continent », ADP 1936, p. 41. V. aussi sur ce point : F. Ost, *Raconter la loi, Aux sources de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, 2004, p. 44 s.

² V. E. Millard (dir.), « Une théorie empiriste du droit est-elle possible ? », *Droit et Société*, vol. 50, 2002.

³ E. Millard, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 2006, p. 56.

⁴ L. Brunin et H. Epineuse, « Vers une meilleure connaissance des facteurs d'influence dans le processus de décision judiciaire ? », *Les Cahiers de la justice, Des juges sous influence*, 2015/04, p. 501.

⁵ V. Freud, « Psychopathologie de la vie quotidienne », Paris, PUF, 1980, spéc. Chapitre XII, « Déterminisme, croyance au hasard et superstition », p. 25.

influencé par des éléments propres à ce dernier. La décision du juge est dépendante de facteurs subjectifs, y compris de son taux de glycémie¹. D'ailleurs, le même constat peut être fait s'agissant de l'influence, sur les décisions de justice, de ce que le juge a regardé la veille à la télévision².

24. Utilité de la subjectivité. La place de la subjectivité du juge dans l'acte de juger n'est pas seulement incontournable. Elle est surtout nécessaire à l'exercice de sa fonction, laquelle implique « une part irréductible d'autonomie qui ne relève que de la seule conscience du juge »³. Le juge n'est pas un distributeur de droit : « autant qu'avec ses règles et sa logique, il juge avec son intuition et sa sensibilité »⁴. Si le juge veut bien juger un procès, « il doit le juger en son esprit avant d'aller aux livres »⁵. Ce rôle de l'esprit du juge a été mis en exergue par le juge fédéral Joseph Cappel Hutchenson pour qui le « *hunch* » est une partie du bien juger⁶. Il écrit : « moi, après avoir examiné tous les matériaux utiles à ma disposition, et dûment

¹ Dans un dossier intitulé « Des juges sous influence » publié en décembre 2015, les Cahiers de la justice se sont intéressés aux facteurs d'influence de la décision judiciaire. Dans l'une des études composant ce dossier, des auteurs ont pris au pied de la lettre l'idée reçue selon laquelle le jugement reflète « ce que le juge a mangé au petit-déjeuner ». Ils ont mené une étude statistique sur des décisions relatives à des mises en liberté conditionnelle. Pour cela, ils ont divisé la journée en trois phases, appelées des « séances de décision », en prenant pour critère les pauses repas que le juge pouvait prendre : un encas en fin de matinée et un déjeuner –, qui permettent de diviser la journée de délibérations en trois « séances de décision ». L'heure de début de la première pause repas allait de 9 h 49 à 10 h 27 et l'encas consistait en un sandwich et un fruit ; l'heure de début de la seconde pause repas allait de 12 h 46 à 14 h 10. Les données ont permis de tester l'impact de ces repas sur la décision des juges d'accorder ou non la liberté conditionnelle. Ils ont constaté que la tendance aux décisions favorables était beaucoup plus forte au tout début de la journée ou après une pause repas.

Résultat : la probabilité d'obtenir une décision favorable au détenu est à son maximum au début de chaque séance mais elle baisse de façon considérable pour remonter brutalement après chaque pause repas. Ils en ont conclu que, du point de vue du détenu, il y a un avantage certain à comparaître soit au début d'une séance soit juste après la pause.

² Ses chercheurs toulousains ont révélé l'existence d'un lien entre les faits divers évoqués aux journaux de 20 heures et la sévérité des peines prononcées par les Cours d'assises le lendemain. Ils ont trouvé qu'en moyenne, chaque reportage pour un fait divers criminel diffusé dans les journaux télévisés de 20h augmente de 24 jours la durée des peines prononcées aux assises le lendemain ou, encore, que chaque reportage sur les erreurs judiciaires diminue les peines prononcées aux assises le lendemain de 37 jours en moyenne.

V. cette étude : A. Ouss et A. Philippe, « L'impact des médias sur les décisions de justice », Note IPP, n° 22, janv. 2016. L'étude précise que ce lien n'est pas établi en ce qui concerne les juridictions pénales composées uniquement de professionnels.

V. A. Philippe « Quand les médias influencent les décisions de justice », Entretien, Gaz. Pal., 22 novembre 2016, n° 41 p. 9.

³ R. Perrot, « La fonction de juger », in *Annales de l'Université catholique de Louvain*, 1985, vol. XLV, fasc. 4, p. 258.

⁴ J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, 1955, PUF, « Quadrige », 27^e éd. Refondue, 2002, n° 9, p. 35.

⁵ M.-L. Mosnier, *Les véritables alliances du Droit français*, Tournon, 1618, v° « Juge », p. 544.

⁶ J. C. Hutchenson, « Le jugement intuitif. La fonction du *hunch* dans la décision judiciaire », in Mél. F. Gény, Sirey, 1934, p. 539 : « il y a bien longtemps de cela, à la fin d'une affaire particulièrement difficile, tant du point de vue du droit que de celui du fait, et qui avait été soumise à une cour sans jury, le juge, un homme d'un grand savoir et d'un grand talent, déclara du haut du siège que, puisque les étroits préjugés modernes relatifs aux obligations du juge dans la décision des procès lui interdisaient d'avoir recours au jugement du hasard en faisant usage de ses "petits dés", il mettrait l'affaire en délibéré et, tout en la ruminant, attendrait que le *hunch* lui vienne ».

réfléchi sur eux, je laisse jouer mon imagination et méditant sur l'affaire, j'attends le sentiment, le *hunch*, — cet éclair intuitif de l'entendement qui constitue l'étincelle de jonction entre la question et la décision et, au point où le sentier est le plus obscur pour le pied du juge, répand sa lumière le long de la route »¹. Pour lui, « c'est cette faculté délicate de l'esprit, capable de ressentir et suivre une intuition qui fait les meilleurs joueurs, les meilleurs détectives, les meilleurs hommes de loi, les meilleurs juges »². Le *hunch*, c'est cette étincelle de l'esprit qui arrive à cerner le moment exact où le litige peut-être dénoué³. Cela démontre ce que l'acte de juger a de personnel au juge. C'est ce qui permet de ne pas le cantonner au rôle de légidiction mécanique. L'acte de juger lui garantit une « sphère d'autonomie où pourront se manifester sa prudence et son invention »⁴. L'imagination du juge tient même une place importante dans l'acte de juger. « Juger, c'est nécessairement effectuer un choix, guidé certes par un raisonnement et des règles, mais aussi et surtout par la décision. Juger n'est rien d'autre qu'imaginer la bonne solution du litige. L'acte de juger est un acte d'imagination »⁵. La fonction de juger a besoin de l'imagination du juge car c'est ce qui lui permet de trancher les situations concrètes, toujours inédites⁶, qui se présentent à lui. Dès lors, « il ne faut pas réduire la justice à une machine aseptisée et destinée à produire des décisions standardisées »⁷ sous peine de promouvoir un système judiciaire automatisé, déshumanisé et sans relief. « Le discernement est la principale fonction du juge, et la qualité nécessaire du jugement »⁸ écrivait Bossuet. C'est à cette part de subjectivité de l'acte de juger que renvoie le libre arbitre du juge.

25. Appréhension contradictoire. Ce double mouvement autour de la subjectivité du juge, rejetée d'un côté, utilisée de l'autre, dévoile toute l'ambiguïté de la question du libre arbitre du juge. Tout cela semble finalement très confus. Le libre arbitre du juge est un phénomène

¹ J. C. Hutchenson, « Le jugement intuitif. La fonction du *hunch* dans la décision judiciaire », in Mél. F. Gény, Sirey, 1934, p. 539.

² *Ibid.*

³ Le *hunch* n'a pas été conceptualisé par Hutchenson. L'auteur renvoie simplement, en note – et ce, dès le titre de l'article – à la définition qu'en donne le *Webster International Dictionary* : « Forte impression intuitive que quelque chose est sur le point de se produire ».

Sur ce point, v. : L. Bordonaba, « Le génie du juge », Cahiers philosophiques, 4/2016 (n° 147), p. 89 s., spéc. p. 91.

⁴ P. Souleau, « La logique du juge », in *La logique judiciaire*, Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, PUF, 1969, p.58.

⁵ G. Canivet et N. Molfessis, « L'imagination du juge », in Mél. J. Buffet, *La procédure dans tous ses états*, Petites affiches, 2004, p. 135.

⁶ C. Atias, « *Juris dictio* : redire l'inédit », D. 1992, chron., p. 281.

⁷ J.-P. Jean, « La qualité des décisions de justice au sens du Conseil de l'Europe », in *La qualité des décisions de justice*, P. Mbongo (dir.), *Les études de la CEPEJ*, n° 4, 2007, p. 37.

⁸ Bossuet, *Premier sermon sur la Providence*, in Œuvres complètes, tome 3, Paris, 1845, p. 617.

complexe qui donne lieu à une appréhension contradictoire. Il a ceci de particulier qu'il renvoie à un thème plus large, celui de la liberté du juge¹, une liberté qui est à la fois pour le plaideur, une menace et une garantie. D'un côté, on voudrait, pour éviter tout abus, que le juge soit astreint à une neutralité parfaite, qu'il se contente d'appliquer la loi sans substituer sa volonté à celle du législateur ; de l'autre, on souligne « la nécessaire sensibilité »² dont il doit faire preuve. Cela place le juge au centre d'une équation insoluble. Il lui est demandé de réfréner son libre arbitre, c'est-à-dire d'être rationnel et objectif et en même temps de l'exprimer pleinement, c'est-à-dire de faire preuve de sensibilité et de finesse. La tâche est immense. Thémis a les yeux bandés mais on lui demande de marcher droit ; un glaive dans une main et une balance dans l'autre³. Sur la question du libre arbitre du juge, le droit est en tension constante. Il oscille entre deux impératifs antagonistes qui consistent à protéger et à neutraliser⁴.

26. Protéger. Protéger, d'abord. « L'acte de juger dans un État soucieux de rapports équilibrés et harmonieux entre les différents pouvoirs suppose une irréductible part de liberté, faute de quoi on ne serait plus en présence que d'une parodie de justice »⁵. Le juge est garanti de pouvoir exercer son libre arbitre, sans être inquiété. C'est l'objet, par exemple, du principe d'indépendance⁶ inscrit à l'article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958. « Condition première d'un État de droit »⁷, cette indépendance place le juge dans un état d'insoumission à l'égard des pouvoirs étatiques et tend à éviter les ingérences de celui-ci dans la conduite et la résolution des conflits en le protégeant des perturbations extérieures. Cette indépendance s'exprime à travers le principe d'inamovibilité du juge du siège⁸ qui le met à l'abri d'éventuelles pressions qui pourraient être exercées pour orienter sa décision. Il institue la

¹ T. Renoux, « La liberté des juges », *Pouvoirs*, 1995, n° 74, Les juges, p. 62.

² G. Capshen, « Petites histoires à propos de la juste distance pour juger... », *D.* 2004, n° 41, Point de vue, p. 2939-2940.

³ C. Nils-Robert, v° « Bandeau, glaive et balance », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 121 s.

⁴ Sur l'ambiguïté de la fonction de juger, v. : M.-F. Renoux-Zagamé (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 35. V. aussi : P. Manent, « Du souverain juge au juge souverain », in F. Terré, (dir.), *Regards sur le droit*, Dalloz, 2010, p.147. L'auteur analyse la façon dont la France est passée d'un système où le juge est subordonné au souverain politique à un dispositif dans lequel le juge attire de plus en plus à lui la souveraineté.

⁵ Y. Benhamou, « Plaidoyer pour le retour en grâce des juges - Contribution à l'étude critique de la fonction de juger », *D.* 2009, n° 15, p. 1043.

⁶ V. en particulier : J.-D. Bredin, « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Justices* n° 3, 1996, p. 161-166.

⁷ B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, LGDJ, 2015, p. 7.

⁸ Ce principe n'est toutefois pas universel. Il ne concerne notamment pas le juge du parquet qui, placé dans un rapport hiérarchique avec le pouvoir exécutif, peut être muté d'office « sans que soit méconnu aucun principe général du droit » : CE, 27 juillet 1979, *Jéol*, Rec. p. 338.

garantie de n'être « ni révoqué, ni destitué, ni déplacé contre son gré »¹ en raison d'une décision. Sans cette indépendance, « le rôle du juge perd sa signification : le procès est tranché d'avance et le juge n'est qu'un instrument. La loi du plus fort réapparaît, et la société va à l'anarchie ou au despotisme »². Pour le juge, « être indépendant, c'est savoir défendre son opinion, sa croyance et ses actes contre les attaques du dehors, contre tous ceux qui, sans en avoir le droit, font effort sur notre volonté pour nous imposer la leur ; en un mot, c'est savoir être soi, dans la pureté de sa conscience et de sa conviction (...) »³. Sans cela, le procès n'aurait guère de sens. Le justiciable pourrait estimer que le juge a tranché le litige avant même d'en connaître. « Dans ces conditions, puisque tout est joué, l'instance n'apparaît plus que comme une mise en scène ridicule et vexatoire : la décision est déjà présente dans l'instance alors qu'elle ne devrait intervenir qu'à la fin »⁴.

27. Neutraliser. Neutraliser, ensuite. Le juge n'est jamais libre de juger comme il le veut. « Face à l'arbitraire, se dresse le droit ; et le rempart qui semblait de papier ne cède pas toujours aux assauts de la force brutale »⁵, a écrit Christian Atias. Le droit neutralise le libre arbitre du juge en inscrivant son intervention dans un cadre contraignant. « Il ne saurait imposer arbitrairement son propre sentiment de ce qui est juste ou non, en fonction de ses réactions émotionnelles, de ses conceptions personnelles du monde et de la société, de ses sympathies ou de ses rancœurs, de ses préjugés catégoriels, de sa propre idée de la morale.... »⁶. Son jugement « ne jaillit pas d'une boîte-surprise : pour être compris et accepté, il doit être attendu et presque deviné, car il est œuvre de loyauté et fruit de transparence »⁷. Consciente des faiblesses du juge, « la société ne lui donne pas un blanc-seing pour rendre la justice. Le droit fixe et délimite la mission du juge, en outre les conditions de son exercice. Il détermine avec rigueur les conditions auxquelles le juge peut et doit statuer »⁸. En régissant le processus de règlement des litiges, il détermine « la façon dont (un) litige sera traité par la juridiction saisie »⁹. Il rappelle au juge que son activité fait l'objet « de règles précises

¹ J.M. Varaut, v° Indépendance, in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 628.

² H. Barthelemy, « Une justice dépendante », *Revue Projet*, n° spécial, *La justice contestée*, Mai 1972, p. 524.

³ A. Dupin cité par J.-L. Nadal, « Discours de rentrée solennelle de la Cour de cassation », 2011.

⁴ J.-F. Cesaro, *Le doute en droit privé*, préf. B. Teyssié, éd. Panthéon Assas, 2003, p.41.

⁵ C. Atias, *Théorie contre arbitraire. Éléments pour une théorie des théories juridiques*, PUF, 1^{re} éd., 1987, n° 1, p. 9.

⁶ J.-L. Bergel, « Introduction générale », in G. Dracy, M. Doat et V. Labrot (dir.), *L'office du juge*, Colloque du Sénat, le 29 et 30 septembre 2006, Les colloques du Sénat, 2008, p. 12.

⁷ P. Draï, « Le rôle et la place du juge en France aujourd'hui », *RRJ* 1991-3, p. 601.

⁸ G. Bolard, « L'arbitraire du juge », in Mél. P. Draï, *Dalloz*, 2000, n° 3, p. 226.

⁹ L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 9^e éd., 2016, n° 7, p. 4.

codifiées de longue date »¹. Le juge se voit fournir un cadre, « une structure particulière »² pour parvenir à la résolution des différends. Ses prérogatives sont limitées et son intervention strictement organisée³. C'est précisément l'objet du procès que d'inscrire cette intervention dans un cadre règlementé. Le procès est un terme ambigu qui peut être envisagé comme « la solution du litige, au sens quasiment chimique du terme, une manière de faire disparaître le différend juridique »⁴. Parce qu'il met en place une procédure, conçue comme « l'ensemble des règles organisant le recours au juge »⁵, le procès est une « technique d'organisation »⁶ de la résolution des litiges. Ce « droit de la solution des litiges »⁷ est une façon d'indiquer aux parties la marche à suivre pour parvenir au jugement. Mais c'est aussi un moyen de contraindre le juge lui-même : « pour les parties, le procès est un instrument de satisfaction des droits privés. Mais pour l'État, c'est une forme de réalisation du droit »⁸. Quelle que soit sa nature, la procédure⁹ est avant tout un « droit organisateur »¹⁰ destiné à rationaliser le déroulement du processus juridictionnel en imposant au juge une certaine façon « de rendre la justice »¹¹. En cela, elle représente une exigence¹² qui fixe « les formalités auxquelles eux-mêmes, les hommes de lois et les juges, doivent se soumettre en vue d'aboutir au jugement et à son exécution »¹³. C'est par le formalisme qu'elle impose que la procédure se conçoit comme un cadre imposé au juge dans l'exercice de son libre arbitre. Si « l'absence de formalisme est souvent un piège ouvert sous le pas du justiciable »¹⁴, c'est parce qu'elle libère le juge de toute contrainte dans l'exercice de sa fonction. Le formalisme du jugement est un rempart à la volonté du juge¹⁵ en ce qu'il détache la décision du juge de sa personne jusqu'à le

¹ *Ibid.*

² H. Croze, « Au-delà du droit processuel, Pour une théorie juridique de la décision », in Mél. J. Normand, Litec, 2003, n° 2, p. 126.

³ V. sur ce point : R. Errera, *Et ce sera justice... Le juge dans la cité*, Gallimard, Le débat, 2013, p. 162 s.

⁴ L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 9^e éd., 2016, n° 7, p. 4.

⁵ N. Fricero et P. Julien, *Procédure civile*, LGDJ, Lextenso éd., 5^e éd., 2014, p. 1, n° 1.

⁶ L. Cadet, « Le procès est aussi une technique d'organisation... Sur quelques rapports du droit des affaires et du droit judiciaire privé », in Mél. J. Paillusseau, Paris, Dalloz, 2003, p. 77.

⁷ N. Fricero et P. Julien, *ibid.*

⁸ E. Couture, « Le procès comme institution », RIDC 1950, p. 276.

⁹ V. H. Croze, « Au-delà du droit processuel, Pour une théorie juridique de la décision », in Mél. J. Normand, Litec, 2003, n° 2, p. 126 : « Si quelqu'un ne peut agir que dans un cadre légalement règlementé, alors son action est nécessairement l'objet d'une procédure ».

¹⁰ C. Lefort, *Procédure civile*, Dalloz, 5^e éd., 2014, n° 2, p. 3.

¹¹ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 3^e éd., PUF, coll. « Thémis droit privé », 1996, n° 1, p. 2.

¹² « Il y a dans les formes quelque chose d'imposant et de précis, qui force les juges à se respecter eux-mêmes et à suivre une marche équitable et régulière » : B. Constant, *Ecrits politiques*, Gallimard, coll. « Folio », 1997, p. 499.

¹³ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Sirey, 1991, Tome I, p. 13, n° 4.

¹⁴ L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 9^e éd., 2016, n° 16, p. 12.

¹⁵ J.-L. Aubert, « Le formalisme (Rapport de synthèse) », Journée J. Flour, Defrénois, 2000, n° 15-16, art. 37213 : « Le formalisme éclipse (...) la volonté ».

dépasser pour revêtir une forme rigoureuse, immuable, prévisible¹. Il présente une vertu sécurisante : « ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté » écrivait Jhéring².

28. Déontologie. La neutralisation du libre arbitre du juge passe aussi par l'élaboration de règles qui ont vocation à rappeler au juge que sa position et son statut ne l'autorisent pas à faire n'importe quoi, dans son travail mais aussi au-delà. Il lui est demandé de prêter serment³ et de s'engager à se montrer à la hauteur de sa fonction : « Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat »⁴. Des règles déontologiques sont édictées pour lui rappeler qu'il ne doit jamais oublier qu'il exerce une fonction honorable. Il se doit d'être intègre pour se conformer à l'honneur de son état. La déontologie, qui aurait été inventée par Bentham au XIX^e siècle⁵, peut se définir comme l'ensemble des devoirs professionnels qui s'imposent à une personne dans l'exercice de son métier⁶. Littéralement, le terme a deux racines grecques, *déon-ontos* et *logos*, dont l'association renvoie à « la connaissance de ce qui est convenable ». Les règles déontologiques ont pour but premier d'éviter le mauvais comportement, c'est-à-dire d'instaurer une forme de discipline dans l'exercice des fonctions professionnelles. Les obligations déontologiques assurent une forme de contrainte. Les règles de la déontologie des magistrats s'inscrivent « dans un contrôle démocratique de la fonction judiciaire »⁷. En tant que « technique de contrôle social »⁸, la déontologie est une résistance au libre arbitre du juge. Aujourd'hui, les obligations déontologiques des juges sont connues. Elles sont compilées dans un recueil officiel établi par le Conseil supérieur de la magistrature. Ce recueil permet une forme de régulation des conduites du juge en lui permettant de savoir dans quel cadre doivent s'exercer ses fonctions. Il s'agit surtout de déterminer ce que le juge ne doit pas faire

¹ X. Lagarde, « Formalisme », in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, P.U.F., 2004, p. 524 : le formalisme permet « de canaliser la dimension irrationnelle de certains actes », y compris des actes juridictionnels.

² R. von Jhéring, *L'esprit du droit romain*, trad. O. de Meulenaere, Maresq, Paris, 1887, t. III., p. 164 : « Tout peuple qui a su pratiquer le vrai culte de la liberté a senti d'instinct la valeur de la forme, et deviné que dans ses formes il possédait non quelque chose de purement extérieur, mais le Palladium de sa liberté ».

³ V. sur ce point : R. Jacob, « Le serment des juge ou l'invention de la conscience judiciaire », in *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, PUF, 2014, p. 249.

⁴ COJ, art. L.251-5. La loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature a supprimé l'adverbe « religieusement ».

⁵ D. Charvet, « Les magistrats français et la déontologie : une problématique à clarifier », D. 2008, p. 1634.

⁶ V. pour une étude d'ensemble : J. Moret-Bailly, *Droit des déontologies*, PUF, coll. « Thémis droit », 2016, spéc. p. 317 pour les juges.

⁷ G. Canivet, « La conception française de l'éthique des magistrats », in *L'éthique du juge : une approche européenne et internationale*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003.

⁸ J.-F. Kriegk, « La culture judiciaire : une contribution au débat démocratique », D. 2005, p. 1592.

plus que de lui dire ce qu'il peut faire. Le recueil évoque six grands principes qui doivent régler la conduite du juge et qui sont autant de façons de cantonner son libre arbitre. Outre l'indépendance¹ et l'impartialité², le juge est également soumis aux principes d'intégrité³, de légalité⁴, d'attention à autrui⁵, de discrétion et de réserve⁶. Pour assurer l'efficacité de ces règles, il est prévu un système qui permet tout à la fois de prévenir et de réprimer les différents manquements des magistrats à leurs obligations. Chaque juge dispose d'un dossier administratif comprenant notamment une cote consacrée à son évaluation. Tous les deux ans, le juge voit son activité évaluée au regard de la façon dont il a exercé ses fonctions et des incidents disciplinaires qu'il a pu connaître. Surtout, les manquements déontologiques peuvent donner lieu à des sanctions prononcées par le Conseil supérieur de la magistrature qui statue, aux termes de l'article 65 de la Constitution du 4 octobre 1958, en tant que conseil de discipline des magistrats du siège et du parquet.

29. Justice du XXI^e siècle. Ce double mouvement qui caractérise l'appréhension du libre arbitre du juge se confirme dans les réformes les plus récentes. Inscrite dans le cadre de la vaste réflexion sur la « Justice du XXI^e siècle », la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature en est le meilleur exemple. Cette loi a pour but affiché de renforcer l'exemplarité de la justice et la transparence du corps judiciaire, tout en favorisant l'indépendance des juges. Elle consacre notamment la liberté syndicale des magistrats⁷ et un certain nombre de mesures qui visent à garantir leur

¹ J.-D. Bredin, « Qu'est ce que l'indépendance du juge ? », *Justices*, n° 3, janv./juin, 1996, p. 166.

² V. V. Magnier, « La notion de justice impartiale », *JCP G* 2000, 1596.

³ Le juge présente, dans son exercice professionnel et dans sa vie personnelle, les qualités d'intégrité qui le rendent digne d'exercer sa mission, légitiment son pouvoir et assurent la confiance en la justice. Son comportement doit être exemplaire car il représente une fonction et une institution. L'intégrité inclut une exigence de probité, laquelle s'entend de l'exigence générale d'honnêteté.

⁴ Le juge ne peut s'arrêter à l'idée qu'il se fait de l'équité pour concevoir son jugement. Il ne doit pas oublier que la règle de droit s'impose à lui. Le recueil déontologique le dit clairement : « le droit d'être garanti contre l'arbitraire du juge, gage de l'égalité devant la loi, fonde l'obligation du magistrat de privilégier, en toutes circonstances, l'application de la loi ». C'est le droit et non sa seule volonté qui doit guider son action pour parvenir au jugement.

⁵ Le juge doit agir avec délicatesse envers les justiciables ainsi que les auxiliaires de justice et tous les acteurs du processus judiciaire. Il doit se montrer respectueux de la dignité des personnes et être à l'écoute des autres, sans abus d'autorité de sa part.

⁶ Le juge doit, dans son expression publique, faire preuve de mesure, afin de ne jamais compromettre l'image de la justice. Il ne peut adhérer à aucun groupe dont les positions sont inconciliables avec la fonction de magistrat.

⁷ Le Conseil d'Etat, dès 1972, a admis que le droit syndical, principe fondamental inscrit au préambule de la Constitution de 1946, s'appliquait aux magistrats comme à tout citoyen : CE, 1^{er} déc. 1972, *Dame Obrego*, n° 80195.

Sur la question, v. : *Les Cahiers de la justice*, « Faut-il craindre le syndicalisme des juges », 2016/03, Dalloz, ENM.

indépendance au stade de la nomination. Mais, dans le même temps, elle a créé des incriminations visant à renforcer la probité des magistrats en luttant contre les conflits d'intérêts¹ possibles². Elle instaure en outre un corps de règles déontologiques commun à tous les juges, renforçant ainsi une forme de « morale laïque au sein des institutions juridictionnelles »³. D'un côté, le libre arbitre du juge est préservé des menaces extérieures ; de l'autre, il crée la suspicion et nécessite un encadrement renforcé⁴. C'est finalement le statut même du juge qui interroge⁵. L'ambiguïté permanente de l'appréhension du libre arbitre démontre la nécessité d'en approfondir l'analyse.

II. Nécessité d'une recherche sur le libre arbitre du juge

Plusieurs raisons justifient une recherche sur le libre arbitre du juge.

30. Renouveau des sources. La première tient aux sources exploitables pour traiter le sujet. Le libre arbitre du juge est un thème de recherche intemporel qui existe depuis qu'il y a des juges pour trancher les litiges. Toutefois, nous disposons aujourd'hui d'un accès facilité à cette question en raison d'une plus grande transparence de la fonction de juger, en particulier en ce qui concerne les cas dans lesquels le juge a laissé une place trop importante à son libre arbitre. Les décisions du Conseil supérieur de la magistrature sont désormais rendues publiques et sont diffusées très largement sur le site internet de l'institution. Or, cela n'a pas

¹ V. sur ce point : L. Cadiet, « Les conflits d'intérêts et les professions de justice », *in* Mél. F. Kernaléguen, PUR, 2016, p. 165 et spéc. p. 173 pour la fonction de juger ; S. Guinchard, « La gestion des conflits d'intérêts du juge : entre statut et vertu », *Pouvoirs*, 4/2013 (n° 147), p. 79.

² Désormais, dans les deux mois qui suivent l'installation dans leurs fonctions, les magistrats remettent une déclaration exhaustive, exacte et sincère de leurs intérêts.

Il est prévu que « le fait, pour une personne tenue de remettre une déclaration d'intérêts en application du I du présent article, de ne pas adresser sa déclaration ou d'omettre de déclarer une partie substantielle de ses intérêts est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende ».

En outre, « le fait de publier ou de divulguer, de quelque manière que ce soit, tout ou partie des déclarations ou des informations mentionnées au présent article est puni des peines mentionnées à l'article 226-1 du Code pénal ».

³ L. Cadiet, « J 21, suite et (presque) fin », *Procédures*, déc. 2016, repère, p. 1.

⁴ La dernière illustration en date de cette volonté d'encadrement est l'adoption d'un décret du 5 décembre 2016 n° 2016-1675 créant l'inspection générale de la Justice. Ce texte a suscité des réactions indignées des plus hauts magistrats français. Voici un organe de l'exécutif recevant la possibilité de contrôler et d'évaluer l'activité de toutes les juridictions de l'ordre judiciaire, y compris la Cour de cassation. Contrairement à une tradition républicaine conférant la maîtrise de cette évaluation à la Cour de cassation elle-même, ce décret menace l'indépendance du juge et porte atteinte au principe de séparation des pouvoirs.

V. sur la nécessité de créer un organe indépendant du pouvoir exécutif pour prendre en charge de contrôle : L. Cadiet (dir.), *Pour une administration au service de la justice*, Rapport du Club des juristes, mai 2012, nos 45 s., p. 68 s.

⁵ V. *Le statut du magistrat*, colloque de la Cour de cassation, organisé par l'Université Panthéon-Assas et l'AFHJ, le 18 décembre 2015.

toujours été le cas¹. Pendant un temps, les décisions disciplinaires des juges étaient entourées d'une grande discrétion qui entretenait un sentiment d'impunité des juges². Les décisions du Conseil supérieur de la magistrature ont finalement connu une plus grande diffusion³. Ce dernier a fait le choix de la transparence en créant sur son site internet une rubrique à part entière, consacrée aux décisions rendues en matière de discipline des magistrats. Ces décisions sont devenues librement accessibles. Elles sont classées par mot-clé, ce qui facilite grandement la recherche. Cette transparence relativement nouvelle des décisions du Conseil invite à reconsidérer la question du libre arbitre du juge⁴. Cette source d'information est une manne. Elle permet de prendre la mesure de ce qui inquiète véritablement lorsqu'il est question du libre arbitre du juge, c'est-à-dire des situations dans lesquelles l'expression de la volonté du juge aboutit à quelque chose d'inacceptable. Paradoxalement, cette source reste très largement inexploitée. La doctrine ne semble pas y prêter attention⁵. Il y a pourtant beaucoup à gagner, dans la compréhension de la fonction de juger, à s'intéresser à cette source encore trop ignorée. Elle permet d'aborder la question par le biais d'informations très concrètes. Il faut traiter du libre arbitre du juge à l'aune de cette source nouvelle.

31. Actualité du sujet. Le contexte dans lequel s'inscrit le sujet justifie aussi de s'intéresser plus en détail à la question du libre arbitre du juge. Alors qu'il renferme une réalité très complexe, le libre arbitre du juge est craint comme si la justice était rendue aujourd'hui par des juges incontrôlables, avides d'un pouvoir que la société leur refuse. Cette appréhension

¹ V. Rép. pr. civ., Dalloz, v° Magistrat, 2011, par J. Betoulle, n° 834.

² Pendant longtemps, la publicité des décisions et avis du Conseil supérieur de la magistrature n'a concerné que la seule sanction du déplacement d'office, simplement parce que le décret du président de la République portant mutation du magistrat concerné devait être publié au Journal officiel. Au-delà de ce cas, c'est le secret qui prédominait. Le Conseil supérieur de la magistrature siégeait à huis clos et l'article 38 de la loi du 29 juillet 1881 interdisait à la presse de publier « toute information relative aux travaux et délibérations du Conseil supérieur de la magistrature ». C'était le Conseil lui-même qui autorisait, à titre exceptionnel, la publication de ses décisions. Ainsi l'a-t-il fait pour trois d'entre-elles qui ont été rendues en 1981 (CSM, Rapport 1999, p. 128 à 130).

³ La connaissance de la discipline des magistrats était lacunaire. Les choses se sont ensuite peu à peu améliorées. La loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 a prévu que le Conseil supérieur de la magistrature devait publier, chaque année, le rapport d'activité de chacune de ses formations. Dans un premier rapport, le Conseil avait saisi l'occasion pour diffuser des extraits des décisions rendues puis dans son rapport de 1999 avait choisi de faire reproduire en annexe le texte intégral de certaines d'entre elles, estimant qu'il était nécessaire d'avoir une meilleure connaissance de la matière disciplinaire.

Une loi organique du 25 juin 2001 a supprimé l'interdiction de la publication par voie de presse, l'article 38 de la loi du 29 juillet 1881 autorisant désormais la publication « des informations concernant les audiences publiques rendues en matière disciplinaire à l'encontre des magistrats ».

⁴ Les rapports d'activité mis en ligne sur le site internet du Conseil supérieur de la magistrature témoignent eux-aussi d'une volonté de transparence de l'institution. En plus de constituer une source de propositions, ces rapports permettent d'avoir une vue d'ensemble de l'activité disciplinaire du Conseil pour l'année écoulée.

V. par exemple : CSM, *Rapport d'activité 2015*, La documentation française, 2015, pp. 68 s.

⁵ V. cependant : E. Salomon, *Le juge pénal et l'émotion*, Th. Paris II, 2015. L'auteur a exploité de nombreuses décisions du Conseil supérieur de la magistrature pour mener à bien son étude.

traduit une réelle inquiétude quant à la capacité des juges à garantir en toute objectivité les libertés et les droits de chacun. Il leur est reproché leurs collusions politiques, leur laxisme, leurs préjugés¹, ce que confirment les statistiques à chaque sondage². Le juge inquiète le justiciable « qui redoute avant tout, parce qu'il ne sait jamais dans quel état il en ressortira, de tomber d'aventure entre ses griffes »³. Le contexte est celui d'une défiance de l'opinion publique envers les juges qui souffrent d'une piètre image, parfois alimentée par les responsables politiques eux-mêmes⁴. Le problème est que ce présumé ne relève pas uniquement du ressenti. Il se traduit de façon très concrète par un large mouvement d'érosion du libre arbitre du juge et de l'autonomie dont il dispose dans l'élaboration de ses décisions. Ce mouvement se traduit de diverses façons qui caractérisent toutes la volonté de contenir la marge de liberté laissée au juge qui en deviendrait systématiquement suspecte. Parmi les procédés utilisés, certains ont eu un retentissement médiatique particulièrement important dans l'actualité récente⁵. Plus fondamentalement, cette tendance traduit une inquiétude directement

¹ V. J.L. Gillet, « Le préjugé, regard du magistrat », in *Juger et préjugés*, Actes du colloque international du 2 et 3 octobre 2014 organisé par l'École doctorale Droit et Science politique, sous la direction scientifique de B. Durand, P.H. Antonmattei, Y. Mausen et P. Vielfaure, Montpellier, 2016, p. 181.

² Dans une étude sur « Les français et le fonctionnement de la Justice » réalisée en février 2014 par l'Institut pour la Justice, des sondages ont été réalisés sur l'image des juges. Les résultats ont été sans appel. Les français se sont montrés très critiques vis-à-vis des juges : plus d'un répondant sur deux (54%) a déclaré avoir une mauvaise image « des juges et de leur travail ». La critique la plus remarquable à l'égard des juges concernait leur indépendance et leur neutralité. Près de deux Français sur trois ont estimé que les juges sont plutôt « dépendants vis-à-vis du pouvoir politique » alors que 27% ont pensé qu'ils sont plutôt indépendants. Entrant un petit peu plus dans les détails, plus de la moitié ont affirmé que les juges étaient « plutôt orientés et partisans idéologiquement dans leur façon de juger ou de prendre position », seuls 31% les voyant plutôt neutres et objectifs.

³ J. Robert, « La nation et ses juges », RDP 2006, p. 550.

⁴ Il faut se souvenir de la phrase de Nicolas Sarkozy, alors Président de la République, prononcée à l'occasion d'une émission télévisée. Intervenant sur l'installation du nouveau président de la Cour de cassation, il avait reproché aux magistrats leur manque de diversité en des termes choisis : « J'ai voulu être là pour bien montrer la confiance que je faisais à l'institution judiciaire et aux magistrats de France... Je regardais la salle, je voyais 98% d'hommes [...] qui se ressemblaient tous, mêmes origines, même formation, même moule, la tradition des élites françaises, respectables, bien sûr, mais pas assez de diversité ». Il avait poursuivi en affirmant : « Je n'ai pas envie d'avoir le même moule, les mêmes personnes, tout le monde qui se ressemble aligné comme des petits pois, la même couleur, même gabarit, même absence de saveur ».

Plus récemment, c'est François Hollande, lui-aussi Président de la République, qui a confié à des journalistes ce qu'il pensait de l'institution judiciaire : « Cette institution, qui est une institution de lâcheté... Parce que c'est quand même ça, tous ces procureurs, tous ces hauts magistrats, on se planque, on joue les vertueux... On n'aime pas le politique. La justice n'aime pas le politique... ». V. G. Davet et F. Lhomme, *Un président ne devrait pas dire ça. Des secrets d'un quinquennat*, Stock, 2016. La révélation de ces propos a entraîné de vives réactions du Premier président de la Cour de cassation et de son Avocat général. V. sur le site internet de la Cour de cassation :

https://www.courdecassation.fr/venements_23/derniers_evenements_6101/president_bertrand_35258.html

V. sur les relations entre le politique et le judiciaire : B. Mathieu, *Justice et politique, la déchirure ?*, LGDJ, Lextenso édition, 2015.

⁵ Ce fut par exemple le cas du mécanisme des peines-planchers qui a été institué avant d'être récemment supprimé. La loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 relative à la lutte contre la récidive a instauré ce mécanisme destiné à supprimer la marge d'appréciation du juge dans la fixation du *quantum* de certaines peines d'emprisonnement ou de réclusion. Elle a heurté la tradition pénale française. Si le mécanisme des peines planchers a été supprimé par la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant

liée à l'office d'un juge trop souvent imprévisible et à la peur du jugement incertain. L'évolution du droit contemporain tend à réduire de plus en plus cette part irréductible de liberté du juge inhérente à l'acte de juger. Le but serait « de promouvoir un nouveau paradigme portant sérieusement atteinte à la liberté des juges »¹, quitte à soumettre le juge à un strict contrôle des justiciables eux-mêmes².

32. Sécurité juridique. Ce refus du libre arbitre du juge exprime plus généralement le rejet de plus en plus net de l'imprévisibilité des décisions de justice. Nous vivons aujourd'hui dans des sociétés où la sécurité juridique est devenue une exigence fondamentale, ce qui traduit un besoin de protection face aux certitudes ébranlées, à une époque marquée par l'incertain. L'exigence de sécurité juridique a été consacrée comme principe général du droit par la Cour de justice des Communautés européennes dans les arrêts *Meroni*³ et *Bosch*⁴. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle en fait une « exigence fondamentale », un principe « nécessairement inhérent à l'ordre juridique communautaire » depuis l'arrêt *Marckx*⁵. Or, « qui dit sécurité, dit prévision »⁶. De plus en plus, « la vertu sociale qui s'attache le plus nettement à l'inspiration logique du jugement est sa prévisibilité. Si le droit est rationnel, et que le juge suit le droit, le jugement sera prévisible : on ne va pas en justice comme on joue à la

l'efficacité des sanctions pénales, il traduit bien la réalité du contexte dans lequel s'inscrit aujourd'hui le libre arbitre du juge. Le mécanisme est le plus représentatif de la logique de défiance envers le libre arbitre du juge. Il repose sur l'idée sous-jacente que le juge ne doit pas être en mesure de déterminer lui-même la peine qu'il convient de prononcer pour sanctionner une infraction. Est évoqué son prétendu laxisme pour justifier une mise au ban de son libre arbitre car il serait nécessairement néfaste.

¹ Y. Benhamou, « Plaidoyer pour un retour en grâce des juges - Contribution à l'étude de la fonction de juger », D. 2009, p. 1041.

² C'est dans le même ordre d'idée que s'inscrit la volonté d'encadrer le juge dans l'exercice de sa fonction. L'ancien Président de la République, N. Sarkozy, avait souhaité promouvoir un modèle de justice populaire consistant notamment en l'instauration de jurys citoyens dans les tribunaux correctionnels pour juger de certains délits. Instaurée par la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, cette réforme avait pour but de permettre à des citoyens assesseurs de constituer avec les juges professionnels les formations de jugement dans le cadre de certains procès. La loi prévoyait dans son article 54, II, une expérimentation jusqu'au 1er janvier 2014 dans le ressort d'au moins deux cours d'appel. Cette réforme avait conduit à une expérimentation menée dans les ressorts des cours d'appels de Toulouse et Dijon avant que la mesure ne prenne fin sous l'impulsion de la nouvelle majorité présidentielle qui invoqua notamment le coût trop important de cette réforme. Si la mesure n'a pas été pérennisée, elle n'en exprime pas moins quelque chose d'intéressant à l'égard du libre arbitre du juge. La vertu essentielle de ces jurys n'est pas uniquement d'assurer une meilleure représentativité des citoyens dans la justice. Ils traduisent également une certaine méfiance à l'égard des magistrats. Il fallait empêcher le juge de laisser libre court à sa volonté en le soumettant au contrôle d'assesseurs citoyens.

V. G. Halard et K. Audureau, « Contribution à la connaissance des jurys criminels », RSC 2012, p. 523.

³ CJCE 13 juill. 1961, aff. 14-60, *Meroni et autres c/ Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Rec. CJCE I-321.

⁴ CJCE 6 avr. 1962, aff. 13/61, *De Geus en Uitdenbogerd c/ Bosch et autres*, Rec. CJCE I-89.

⁵ CEDH 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*.

⁶ H. Groutel, « Exposé introductif », Colloque « insécurité juridique et assurance » du 3 octobre 1996, RGDA, 1998, p. 420.

roulette »¹. Parce qu'« une société moderne, rationalisée (...) garantit aux justiciables la prévisibilité et la calculabilité de l'action du droit »², la sécurité juridique est de plus en plus présentée comme une valeur refuge tendant à un supposé idéal dans lequel « la stabilité et donc la prévisibilité des décisions de justice »³ seraient assurées. Le but est de réduire l'incertitude dans la réalisation du droit en restreignant la place du libre arbitre du juge.

33. Lacunes doctrinales. Si le contexte est particulièrement hostile au libre arbitre du juge, sur ce point, la littérature juridique présente quelques lacunes. Il y a de nombreuses études qui ont été consacrées à la fonction de juger et à la marge de manœuvre dont il dispose dans l'exercice de son office. Toutes les études juridiques concernent de près ou de loin cette question. Le problème est qu'aucune n'a porté sur le libre arbitre du juge en tant que sujet d'étude à part entière. S'il est toujours plus ou moins question du libre arbitre du juge dans les recherches juridiques, il n'en est jamais vraiment question : on en parle, on y pense mais on y réfléchit peu. Cette carence soulève un véritable problème logique : comment prétendre assurer une réponse adéquate à un phénomène si mal connu ? Mais il y a plus grave. Aujourd'hui, le présupposé négatif qui marque la place de la volonté du juge dans l'acte de juger conduit à l'adoption de mesures visant à l'exclure de la fonction de juger alors même que nous n'en avons qu'une connaissance imparfaite, comme si le sujet ne méritait pas plus d'égards ou d'attention. Tout cela démontre qu'il est devenu impossible de faire l'économie d'une recherche approfondie entièrement consacrée à ce sujet. Il faut déterminer ce qu'est le libre arbitre du juge en le saisissant comme un sujet spécifique : « expliquer plus pour comprendre mieux »⁴.

34. Problème du libre arbitre du juge. Pour cela, il faut l'aborder à travers le problème qu'il pose. Or, ce problème ne porte pas sur l'existence d'un libre arbitre du juge. Personne ne peut nier que la fonction de juger comporte une part d'autonomie du juge. La difficulté se situe ailleurs. C'est l'ambivalence du libre arbitre du juge qui pose problème. La diversité des théories avancées sur la façon dont les juges exercent leur mission démontre qu'il est

¹ L. Assier-Andrieu, « Le juge, la loi et le citoyen », in P. Mbongo (dir.), *La qualité des décisions de justice*, Les études de la CEPEJ, n° 4, 2007, p. 13.

² T. Kirat, « La qualité des décisions de justice au prisme de la science économique », in P. Mbongo (dir.), *La qualité des décisions de justice*, op. cit., p. 84.

³ B. Frydman, « L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice », in P. Mbongo (dir.), *La qualité des décisions de justice*, op. cit., n° 4, 2007, p. 21.

⁴ La formule est de P. Ricoeur, « L'herméneutique et la méthode des sciences sociales », in P. Amsalek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 15.

généralement difficile de se situer par rapport au libre arbitre du juge. Ce dernier fait naître une équivoque. D'un côté, il est indiscutable que la fonction de juger ne peut consister en une application mécanique des règles de droit objectives excluant le libre arbitre. De l'autre, elle provoque des réactions négatives, comme si la seule réalité à laquelle elle renvoyait était celle d'un exercice tyranique de la fonction de juger. Cette ambivalence pose un problème : celui de la valeur du libre arbitre du juge. La question qui se pose est de savoir s'il faut craindre ce libre arbitre et chercher à l'évacuer de la fonction de juger ou s'il mérite au contraire plus de considération. C'est à la résolution de ce problème que doit être consacrée cette étude. Le but est le suivant : ***prendre la mesure du libre arbitre du juge afin d'en déterminer la réelle valeur.*** L'intérêt de cette étude n'est donc pas théorique ; il est technique et pratique. Technique, parce que la détermination de la valeur du libre arbitre du juge dépend de la compréhension des règles de droit qui gouvernent l'office du juge. Pratique, parce que cette détermination permettra de savoir s'il convient de le tenir à l'écart de la fonction de juger ou si, au contraire, ce libre arbitre mérite d'être préservé.

III. Délimitation du champ de l'étude

Reste à déterminer la façon de procéder dans l'étude du libre arbitre du juge. Pour ce faire, il faut délimiter le champ de l'étude en recherchant ce que recouvrent précisément les termes du sujet.

A. Délimitation au regard des notions voisines

35. Libre arbitre et notion voisines. Dans l'index des travaux sur la fonction de juger, il n'y a généralement pas d'entrée sur le libre arbitre du juge. Les notions abordées sont des notions voisines avec lesquelles le libre arbitre entretient des liens sans toutefois en être un synonyme. Il faut donc confronter le terme à ces notions pour circonscrire le champ de la recherche.

36. Libre arbitre et délibération. La première notion est celle de délibération. La délibération est une notion bien connue des juristes. Elle vise classiquement la période finale du processus juridictionnel, celle qui s'ouvre à l'issue des débats, lorsque le juge se retire pour réfléchir à la décision qu'il va prendre. Elle consiste à faire le point sur le litige pour élaborer le jugement. Issue du mot latin *deliberare*, la délibération vise la faculté « de discuter

le pour et le contre d'une question, d'un parti à prendre »¹. « Nous délibérons sur ce qui dépend de nous et peut être effectué par nous »² écrit Aristote, de sorte que « chaque homme délibère sur ce qu'il croit avoir à faire »³. La racine *liber*, qui se retrouve dans la notion de délibération, vient du latin *libra* qui signifie « balance ». Délibérer, c'est « faire une pesée dans la pensée, réfléchir mûrement »⁴ dans le but de prendre partie entre plusieurs positions possibles. Pour exercer un véritable choix, il faut avoir délibéré, c'est-à-dire avoir mis en balance chaque élément du problème. La délibération induit un travail concret d'analyse des éléments en balance⁵. Envisagée ainsi, elle renvoie à la prudence entendue comme l'aptitude à bien délibérer. La prudence vient du mot *phronesis*, « φρόνησις » en grec ancien, qui fut traduit par « sagacité ». Pour Aristote⁶, qui l'aborde dans *Éthique à Nicomaque*, la prudence est une vertu⁷, c'est-à-dire une attitude ferme et stable, une perfection habituelle de l'intelligence et de la volonté qui permet « la maîtrise de ses passions et l'exploitation de ses possibilités d'action »⁸. C'est même la première des quatre vertus cardinales⁹. C'est une disposition (*hexis*), accompagnée de règle vraie (*orthos logos*), capable d'agir dans la sphère de ce qui est bon ou mauvais pour l'être humain¹⁰. Elle allie « force d'esprit, faculté de discernement, connaissance de la vérité dans la conduite de la vie »¹¹. C'est donc la vertu de celui qui sait discerner et choisir ce qui conduit son âme au salut. En cela, la prudence induit la notion de délibération. Elle est la disposition qui permet de délibérer sur ce qu'il convient de faire, en fonction de ce qui est jugé bon ou mauvais¹². C'est agir avec calcul et réflexion pour faire un choix¹³. Elle est donc intimement liée au libre arbitre, lequel repose sur la faculté de délibération : exercer son libre arbitre, c'est faire preuve de prudence. La notion de

¹ A. Mazure, *Dictionnaire étymologique de la langue française usuelle et littéraire*, v° Délibération, Belin, 1863.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ A. Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, v° délibérer. Il y a sur ce point une incertitude. Délibérer serait composé « soit de *libra*, balance (v. livre), soit de *liber* (v. libre) : si les Anciens penchaient pour *libra*, certains linguistes modernes ont allégué le fait que le composé attendu avec *libra* serait *delibrare* (comme il existe un simple *librare*) et non *deliberare* ». V. aussi : N. Cayrol, « La notion de délibération », in *La délibération*, colloque organisé par l'Université de Tours, Procédures, n° 3, Mars 2011, dossier 6.

⁵ C'est ce qu'exprime parfaitement l'expression « avoir l'embaras du choix ». Plus il y a de choix possibles, plus la délibération est difficile puisqu'il y a plus d'éléments à faire entrer dans la balance. Si l'abondance de choix embarrasse, c'est parce qu'elle complique la prise de décision.

⁶ V. P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, PUF, 1993.

⁷ Selon Saint-Thomas d'Aquin, « elle est la vertu la plus nécessaire à la vie totale de l'homme » : Saint-Thomas d'Aquin, *Sommes théologiques*, Ia IIae q57, a. 5.

⁸ B. Saint-Girons, « Le mythe vertuiste », v° Vertu, in *Encyclopaedia Universalis*, (en ligne).

⁹ Les autres sont la tempérance, la force d'âme et la justice.

¹⁰ V. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, *Éthique à Nicomaque* (IV^e. av. J.-C.), trad. R. Bodéüs, GF Flammarion, 2004, 1140 b, p. 303.

¹¹ Trésor de la langue française, v° Prudence, sens philosophique.

¹² A. Comte-Sponville, « La prudence », in *Petit traité des grandes vertus*, Seuil, 2001.

¹³ Sur le lien entre délibération et prudence, v. : F. Brémonty, « Genèse de la délibération chez Aristote », in *La délibération*, colloque organisé par l'Université de Tours, Procédures, n° 3, Mars 2011, dossier 6.

prudence doit donc faire partie intégrante de la recherche. Réfléchir sur le libre arbitre dans la fonction de juger, c'est s'intéresser à la prudence du juge, à « la part prudentielle »¹ du jugement, à la délibération. Toutefois, il ne s'agit pas de s'intéresser uniquement à la phase finale du processus juridictionnel car la délibération entendue comme une expression de la prudence du juge ne se limite pas à cette étape. Elle est présente tout au long du processus comme une composante du libre arbitre du juge.

37. Libre arbitre et intime conviction. La deuxième notion est dans le prolongement de la première, c'est celle d'intime conviction. L'intime conviction a déjà fait l'objet de recherches importantes². Elle renvoie à la conviction que s'est forgée le juge sur la valeur des éléments de preuve qui ont été versés au débat. Elle est le résultat d'une démarche intellectuelle consistant à mettre en balance les preuves produites afin de déterminer celles qui permettent selon lui d'établir la vérité judiciaire. Il y a dans la notion d'intime conviction trois points fondamentaux qui la relie au libre arbitre du juge. D'abord, comme le libre arbitre, l'intime conviction induit une idée d'intériorité. C'est une notion en lien avec le for intérieur qui désigne une pensée silencieuse, inaudible à l'extérieur. Or, le libre arbitre est lui aussi préservé de l'extérieur. Il est une œuvre de l'esprit qui s'exprime dans le for intérieur du juge. Ensuite, comme le libre arbitre, l'intime conviction exprime une idée d'opinion et, donc, de choix. Enfin, les deux notions convergent sur l'idée de volonté, envisagée comme la faculté d'être la cause de soi-même³. L'intime conviction est le produit de la liberté du juge dans l'appréciation de la valeur des preuves versées au débat⁴. C'est le résultat d'une réflexion sur les éléments probatoires à disposition du juge : une opinion intérieure éclairée par la connaissance. En somme, c'est le produit du libre arbitre. La réflexion sur le libre arbitre du juge passe donc par la prise en compte de l'intime conviction et, plus généralement, du for intérieur du juge. Cependant, l'intime conviction telle qu'elle est entendue en droit français présente une limite importante. Elle est liée à la question de la preuve et plus spécifiquement à la question de l'appréciation de la force probante. Or, le libre arbitre du juge a un champ d'application bien plus étendu. Il intéresse bien sûr la preuve mais pas seulement, de sorte que

¹ A. Garapon, « Entre procédure et vertu, la prudence », in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, (CURAPP), *Le for intérieur*, PUF, 1995, p. 215.

² A. Rached, *De l'intime conviction du juge. Vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle*, Paris, Pedone, 1942 ; C. Tournier, *L'intime conviction du juge*, préf. R. Bernadini, PUAM, 2003. V. aussi : J.-D. Bredin, « Le doute et l'intime conviction », *Droits*, n° 23, *La preuve*, 1996, p. 161 ; P.-C. Ranouil, « L'intime conviction », in R. Martinage et J.-P. Royer, *Les destinées du jury criminel*, L'espace juridique, 1990, p. 90.

³ V. M. Enriquez, *Aux carrefours de la haine*, Broché, 1986. Pour l'auteur, être « cause de soi » désigne la faculté des individus à choisir ce qu'ils ont envie d'être et de le montrer de façon visible.

⁴ H. Leclerc, « L'intime conviction du juge : norme démocratique de la preuve », in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, (CURAPP), *Le for intérieur*, op. cit., p. 206.

les études sur l'intime conviction n'abordent qu'un aspect du sujet. Elles sont précieuses mais insuffisantes à la compréhension du libre arbitre du juge.

38. Libre arbitre et pouvoir d'appréciation. La troisième notion à laquelle le libre arbitre doit être confronté est celle de pouvoir d'appréciation. Le pouvoir d'appréciation du juge vise la faculté de prendre la mesure des faits litigieux. Etymologiquement, l'appréciation vient du latin *appretiatius* qui signifie par adjonction de *ad et pretium* : déterminer le prix, évaluer. L'appréciation renvoie en cela à une idée d'estimation, d'évaluation. Ce rôle qui est dévolu au juge au regard des faits est au cœur de la fonction de juger. Le « pouvoir » d'appréciation, c'est la faculté de procéder librement à cette mesure des faits litigieux. Le terme pouvoir vient du latin *posse* qui est un verbe composé de *potis* et de *sum* qui signifie littéralement « je suis maître de ». Reconnaître au juge un « pouvoir d'appréciation », c'est en faire le maître de l'évaluation des faits litigieux. C'est lui accorder une souveraineté. Or, la souveraineté n'est jamais anodine. Elle a quelque chose de fascinant¹ en ce qu'elle touche à la liberté. Le pouvoir d'appréciation traduit une forme de confiance envers le juge. Il lui est accordé une marge d'autonomie dans la mesure des faits. Il cesse alors d'être vu « comme un automate à qui l'on fournit les matériaux pour retirer ensuite un jugement »². Chaque fois que le droit donne un tel pouvoir au juge, il sollicite son libre arbitre : c'est par le libre arbitre que le juge exerce ce pouvoir. Si elles sont liées, les deux notions ne renvoient cependant pas au même problème. Le pouvoir d'appréciation du juge n'est jamais envisagé en lui-même. Il est toujours suivi d'un adjectif. Il est soit « souverain », soit « discrétionnaire ». Fondamentalement, le pouvoir souverain d'appréciation et le pouvoir discrétionnaire d'appréciation³ ne sont pas différents. Ils expriment tous deux la puissance de la volonté du juge dans l'évaluation des faits, une puissance qui envoûte autant qu'elle interroge⁴. Ils se distinguent toutefois sur les exigences qui entourent leur exercice. Le pouvoir souverain d'appréciation oblige le juge à expliquer son raisonnement, à motiver son évaluation. Le pouvoir discrétionnaire d'appréciation⁵ s'exerce à l'inverse sans motivation. C'est l'expression la plus poussée de la confiance accordée au libre arbitre du juge. Envisagée sous cet angle, la question que pose le pouvoir d'appréciation du juge, c'est la question du contrôle

¹ C. Charruault, « La souveraineté du juge du fond à l'épreuve de quelques faits », BICC 2009, p. 24 : « la souveraineté fascine. Une certaine magie l'escorte ».

² H. Motulsky, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile », D. 1972, chron. XVII., p. 91.

³ V. T. Barthouil, « Essai sur le pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », RRJ 1992-2, p. 341 et RRJ 1992-3, p. 620.

⁴ V. C. Charruault, *ibid.*

⁵ V. S. Saadoun Al-Amiri, *Le pouvoir discrétionnaire du juge pénal*, Th. Montpellier, 2013.

qui peut être opéré sur l'évaluation des faits litigieux. L'un permet le contrôle à travers l'exigence de motivation – le pouvoir souverain¹ – alors que l'autre – le pouvoir discrétionnaire - n'en permet aucun². Finalement, aborder le pouvoir d'appréciation du juge, c'est aborder le libre arbitre du juge dans l'évaluation des faits mais sous un angle particulier, l'angle du contrôle auquel le libre arbitre peut donner lieu. C'est un aspect de l'étude du libre arbitre du juge mais un aspect seulement. Il faut donc aborder le libre arbitre au-delà de la seule question du pouvoir d'appréciation, tel qu'il est communément entendu.

39. Libre arbitre et pouvoir modérateur. Le libre arbitre du juge entretient également des liens étroits avec la notion de pouvoir modérateur. Il ne doit toutefois pas être réduit à cet aspect. Ce pouvoir a fait l'objet de nombreuses études doctrinales. L'un des premiers auteurs contemporains à s'être véritablement intéressé à la question est le doyen Cornu³. Le pouvoir modérateur du juge désigne la faculté judiciaire de déroger à la règle de droit normalement applicable en raison des conséquences manifestement excessives qu'elle provoquerait dans l'espèce jugée⁴. Si cette faculté interroge autant, c'est parce qu'elle heurte l'approche purement positiviste de la réalisation du droit. Elle repose sur l'idée que le droit n'est pas un système entièrement prévisible dans lequel la décision du juge obéit à un déterminisme fondé sur la normativité d'une règle objective, posée *a priori*. La règle n'est plus érigée « en dogme incontestable »⁵ mais souffre d'une possibilité d'être écartée par la seule décision d'un juge qui devrait en être la bouche. Modérer la règle, c'est la neutraliser. C'est refuser qu'elle commande le règlement d'un litige alors qu'elle est objectivement applicable. C'est donner au juge la possibilité de mettre en échec le droit applicable parce qu'il la considère inappropriée⁶. La faculté de modération est souvent critiquée car elle induit un contrôle du juge par la loi. Il lui est reproché « de donner libre-cours à l'arbitraire du juge, puisque celui-ci justifie la dérogation de la règle au gré des espèces par des critères qui l'inspirent, sans pour autant s'imposer dans l'avenir à d'autres affaires »⁷. Cette crainte que suscite le pouvoir modérateur

¹ N. Molfessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004 et not. C. Charruault, « À la frontière du pouvoir souverain : le contrôle léger », p. 125.

² V. sur ce point : G. Marty, « La distinction du droit et du fait, essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait », Sirey, 1929, n° 133.

³ V. G. Cornu, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, polycopié, Les cours de droit, 1970-1971.

⁴ V., à l'origine de cette définition : C. Brunet, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Th. Paris II, 1973.

⁵ P. le Tourneau, « Préface », in J. Fisher, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004, p. 11.

⁶ V. P. Théry, « La dispense en droit privé », *Droits*, n° 25, 1997, p. 59.

⁷ P. le Tourneau, *ibid.*

provient du fait qu'il repose sur une appréciation subjective du juge. Il est l'expression de l'intelligence du juge, au sens de « la faculté de comprendre, l'ouverture d'esprit, l'aptitude à recevoir les idées »¹. C'est parce que le juge estime, en conscience, que l'application d'une règle à l'espèce dont il est saisi aboutirait à une solution injuste qu'il décide de l'écarter. Le lien entre le libre arbitre et le pouvoir modérateur est ainsi établi. Pour autant, la question du pouvoir modérateur ne se confond pas avec celle du libre arbitre. Le pouvoir modérateur est un aspect du problème du libre arbitre du juge. C'est une expression, parmi d'autres, du rôle que jouent les choix du juge dans la réalisation du droit. Il doit donc en être question mais uniquement pour ce qu'il permet d'apprendre sur le rôle du libre arbitre dans l'acte de juger. Fondamentalement, le pouvoir modérateur du juge soulève un problème qui lui est spécifique. Le sujet qu'il soulève est celui du contrôle opéré par le juge sur les règles générales et impersonnelles à l'occasion d'un litige particulier. Cette faculté n'est qu'un remède à un mal plus général qui tient aux limites du droit objectif. Le pouvoir modérateur pose fondamentalement le problème du degré de normativité du droit² mais il intéresse aussi pleinement le sujet du libre arbitre du juge.

40. Libre arbitre et équité. La dernière notion, et non des moindres, avec laquelle le libre arbitre du juge doit être confronté est celle d'équité. L'équité est une notion « mystérieuse »³, à la fois « nulle part et partout »⁴. C'est une sorte de notion « indéfinissable »⁵ qui relève plus du sentiment ou de l'intuition que de la raison pure⁶. « Elle se sent. Elle ne se définit pas »⁷ écrivait le doyen Carbonnier. Il faut toutefois tenter d'y voir plus clair en la rapprochant de la notion de libre arbitre. L'équité serait un concept dual qui aurait un versant objectif et un versant subjectif. La conception objective, qui serait héritée de Cicéron⁸, a pour objet la recherche du bien commun. C'est un corpus de règles non écrites qui posent des normes de comportements ou des valeurs morales. C'est un ensemble de règles « inspirées d'une justice

¹ P. Fabreguettes, *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, LGDJ, 1914, p. 8.

² V. sur la normativité : F. Brunet, *La normativité en droit*, préf. E. Picard, 2012, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des thèses ».

³ A. Tunc, « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », in *L'hypothèse du non-droit*, XXX^e séminaire organisé à Liège les 21 et 22 oct. 1997, Liège, 1978, p. 281.

⁴ R. Cabrillac, « Préface », in C. Albiges, *L'équité en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, V.

⁵ H. de Page, *À propos du gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, Paris, Sirey, Bruxelles, Bruyant, 1931, p. 161.

⁶ Pour une étude des finalités de l'équité, v. : L. Bohl, *L'équité dans la jurisprudence administrative*, Th. Paris XI, 2000.

⁷ J. Carbonnier, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 99.

⁸ V. en ce sens : C. Albiges, *L'équité en droit privé*, op. cit., n° 16, p. 14. V. aussi : G. Ciulei, « Les rapports de l'équité avec le droit et la justice dans l'œuvre de Cicéron », *Revue historique de droit français et étranger*, Paris, Sirey, 1968, p. 646.

idéale »¹ constituant une sorte de droit « parallèle »² au droit positif si ce n'est supérieur. La conception subjective renvoie quant à elle à autre chose. Il s'agit davantage d'une « équité d'espèce »³ qui relèverait d'une perception subjective : ce qui est équitable pour un juge ne le sera pas toujours pour un autre. Envisagée ainsi, l'équité renvoie à la part de subjectivité du juge que comporte la réalisation du droit. Elle désigne « un sentiment intérieur invitant l'être à la clémence, à la bienveillance, à l'humanité envers autrui »⁴. « C'est la révélation de ce qui paraît juste à ses yeux et non point nécessairement de ce qui est objectivement légal »⁵. Cela induit l'idée que le droit objectif ne contient pas toutes les conditions de sa propre réalisation, qu'il ne se suffit pas à lui-même. L'équité subjective correspond à la notion d'*Epieikeia* que l'on trouve chez Aristote⁶. C'est un moyen de pallier les insuffisances du droit objectif, qu'il s'agisse de combler ses silences ou d'assurer son adaptation aux circonstances de chaque cas d'espèce⁷. Pour Aristote, l'équité est un moyen de refuser « d'absolutiser le règle de la loi »⁸. Cette conception se retrouve également chez Saint-Thomas d'Aquin⁹, dans ses *Sommes théologiques*¹⁰, sous le nom d'*Epikie*. Pour Saint-Thomas, l'équité est une vertu. C'est une façon de préserver un ordre moral qui dépasse le droit objectif, par essence incomplet et insuffisant. Alors que la loi suppose, par sa généralité et sa permanence, « une virtualité d'application à un nombre indéfini de cas »¹¹, l'équité est au contraire un retour au besoin particulier du litige. C'est « une justice dans le cas concret... une méthode casuistique portée vers l'individualisation et la recherche de la solution adaptée à l'espèce »¹². Elle permet une prise en compte des besoins des cas litigieux singuliers et contingents. L'équité se nourrit en cela de la vertu de prudence¹³. Selon cette conception, l'équité est en lien avec le libre arbitre du juge. C'est en usant de son libre arbitre que le juge peut parvenir à l'équité, à supposer que

¹ B. Jeanneau, « Le traitement de l'équité en droit français », *Trav. et rech de l'Institut de droit comparé de Paris*, tome XXXIII, 1970, p. 24.

² C. Albiges, *L'équité en droit privé*, *op. cit.*, n° 16, p. 15.

³ P. Forier, « Réflexions sur l'équité et la motivation des jugements », in *La pensée juridique de P. Forier*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 231.

⁴ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, LGDJ, 6^e éd., 2016, n° 42, p. 62.

⁵ R. Perrot, « Le rôle du juge dans la société moderne », *Gaz. Pal.* 1977, *Doct.*, p. 92.

⁶ V. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. R. Bodéüs, GF Flammarion, 2004, Livre V, p. 225 s.

⁷ L'opposition entre équité objective et subjective ne fait pas l'unanimité. V. par ex., remettant en cause la distinction : V. Bolard, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé : principes pour un exercice rationnel et légitime du pouvoir de juger*, Th. Paris I, 2006, nos 11 s., pp. 27 s.

⁸ P. Aubenque, « La loi selon Aristote », APD, Sirey, Rome XXX, 1985, p. 156.

⁹ V. A. Seriaux, *Droit et loi dans la pensée d'Aristote et de Saint-Thomas d'Aquin. La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique : droit et loi*, Actes du 5^e colloque de l'Association Française de Philosophie du Droit, 22 et 23 mai 1985, Aix-en-provence, PUAM, 1987.

¹⁰ Saint-Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, Ia, IIae, Q. 120, art. 1^{er}.

¹¹ J. Carbonnier, *Introduction. Droit civil*, Paris, PUF, « Thémis droit privé », 2002, 27^e éd. refondue, n° 5, p. 23.

¹² M. S. Zaki, « Définir l'équité », APD, Sirey, Tome XXXV, 1990, p. 87.

¹³ P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, PUF, Quadrige, 1993, p. 44 : « l'équitable devra posséder au plus au point la vertu de prudence (...) ».

ce soit possible¹. Mais il convient de ne pas confondre les deux termes. Le libre arbitre peut être le moyen au service d'une fin, l'équité. Réfléchir au libre arbitre du juge, c'est s'interroger sur la question de l'équité dans la réalisation du droit² mais c'est y réfléchir en son cœur, c'est-à-dire à partir de ce qui en constitue l'instrument principal.

B. Délimitation au regard de la notion de juge

41. Un « juge » ? La seconde étape dans la délimitation du sujet est la détermination du sens du mot « juge ». Si le terme est d'un usage courant, ses contours restent particulièrement insaisissables lorsqu'il est question de l'enfermer dans une définition précise. Il faut dire qu'il y a plusieurs façons d'aborder le terme juge. La première consiste à l'envisager à partir de l'action : est juge celui qui juge, c'est-à-dire selon la définition commune du mot. Selon le Larousse, le juge est « celui qui donne son opinion en bien ou en mal sur quelqu'un ou quelque chose ». Or, d'après cette acception, juger est à la portée de chacun. Cela constitue même le propre de l'homme. Est-ce à dire, dans ce cas, que nous sommes tous des juges ? À l'évidence, la notion ne peut être si large : « il en faut plus pour être un juge »³. Étymologiquement, il vient du latin *judex*, un dérivé de *judico* par association de *jus* et de *dico*, dire le droit. D'après le *Vocabulaire juridique* du doyen Cornu, le terme juge désigne « toute juridiction, quel que soit son degré dans la hiérarchie (juge de première instance, juge d'appel, juge de cassation), l'origine de son investiture (juge de l'État ou juge nommé par les parties), sa composition (collégiale ou non) ou même l'ordre auquel il appartient (juge administratif ou juge judiciaire, et au sein de l'ordre judiciaire, juge civil ou juge pénal, etc.)⁴. Pour en savoir plus sur la notion de juge, il faut déterminer ce qu'est une juridiction⁵. Or, il n'existe pas de définition consacrée de ce terme. Il fait l'objet de diverses approches qui ne coïncident pas parfaitement⁶. Cependant, il semble que la notion de juridiction puisse se trouver dans un socle commun de critères.

42. Critère matériel. Le premier critère est matériel. Il tient à la mission exercée par le juge

¹ V. M. Gutmann, « Le juge et l'équité. Enjeux philosophiques », *Revue d' Histoire de la Justice*, n° 11, 1998, pp. 141 et s.

² V. V. Bolard, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé : principes pour un exercice rationnel et légitime du pouvoir de juger*, Th. Paris I, 2006.

³ G. Wiederkehr, « Qu'est ce qu'un juge ? », in Mel. R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 580.

⁴ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11^e éd., 2016, v° Juge, p. 582.

⁵ V. J. de Sotto, « La notion de juridiction », *D.* 1956, chron. p. 45 ; R. Chapus, « Qu'est ce qu'une juridiction ? La réponse de la juridiction administrative », in Mél. C. Eisenmann, Cujas, 1975, p. 265.

⁶ R. Kovar, « La notion de juridiction en droit européen », in Mél. J. Waline, Dalloz, 2002, p.607

en tant que juridiction. Étymologiquement, le mot « juridiction » provient de l'association de deux termes latins : *juris* (le droit) et *dictio* (le fait de dire). Est une juridiction celui qui dit le droit ou plutôt qui a une fonction juridictionnelle, c'est-à-dire celle qui consiste à dire le droit. Juge et juridiction ont donc la même racine étymologique ce qui explique que les deux termes soient tenus pour synonymes¹. Dans cette acception, la qualification de juridiction « s'opère par un critère unique, celui de la nature de la mission poursuivie par l'organisme à qualifier »². Le juge est celui qui est saisi pour vérifier la conformité d'une situation aux règles de droit censées la régir³. Il peut s'agir d'un juge désigné par l'État mais aussi par les parties au litige, comme un arbitre qui est lui-même un juge⁴. Toutefois, ce critère n'est pas suffisant et doit être complété. Selon certains auteurs, la fonction juridictionnelle a un autre but. Le doyen Hauriou⁵ estime, par exemple, que l'intervention de la juridiction doit être justifiée par une finalité qui consiste à apurer l'ordre juridique des contestations qui peuvent naître entre les sujets de droit⁶. La fonction juridictionnelle tend vers un but d'apaisement. Le juge est l'organe qui intervient dans le but « de permettre et d'assurer la réalisation des droits nécessaire au bon fonctionnement de l'ordre juridique »⁷. Il doit être en mesure de mettre un terme à une situation de contestation et, plus précisément, de fixer une situation purgée de toute idée de conflit. Le juge est celui qui, dans un jugement⁸, dit le droit pour trancher un litige⁹. La recherche se concentrera sur les décisions qui sont prises par le juge en vertu de sa

¹ V. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° Juridiction, p. 588-589.

² O. Gohin, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? », in *La fonction de juger*, Droits, n° 9, 1989, p. 94. V. retenant ce critère : CE, 16 déc. 1955, *Époux Deltel*, Rec. p. 592 ; D. 1956, p. 44, concl. Laurent.

³ C'est un critère retenu par la Cour européenne des droits de l'homme qui considère que ne peut être qualifié de tribunal, au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, que l'« organe ayant reçu la mission de trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence » : CEDH, 22 oct. 1984, *Sramek c. Autriche*, § 36 ; 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse* § 64 ; 27 Aout 1991, *Demicoli c. Malte*, § 39.

⁴ Sur le rapprochement du juge étatique et de l'arbitre (rapprochement de statut et pas seulement de fonction) : T. Clay, *L'arbitre*, préf. P. Fouchard, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2001, nos 73 s, p. 56 s.

⁵ V. M. Hauriou, « Les éléments du contentieux administratif », Rec. Législ. Toulouse, 1905.

⁶ V. la définition de la contestation donnée par Hébraud : « tout incident juridique empêchant la réalisation spontanée des droits », Commentaire de la loi du 15 juillet 1944, D. 1946, L. 333, p. 334.

⁷ M.-C. Rivier, v° Juridiction, in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 703.

⁸ G. Kalinowski, « Des divers sens du terme “jugement” », APD, *Le procès*, T. 39, 1994, p. 123.

⁹ Cette définition inclut le cas dans lequel le juge doit uniquement se prononcer sur une demande qui est formulée. Il y a des hypothèses dans lesquelles il n'existe pas de litige entre plusieurs personnes mais où un plaideur formule une demande au juge afin que celui-ci se prononce en dehors de toute contestation. Une partie de l'activité des juridictions consiste à statuer, en l'absence de tout litige, sur des demandes « dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle » (C. pr.civ, art. 25). On parle alors de demande gracieuse et non plus contentieuse. Or, la personne saisie d'une telle demande est bien un juge car elle statue sur une demande tendant à changer la situation juridique du demandeur en statuant sur une prétention. Sur l'opposition du juridictionnel et du gracieux, v. : C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, Précis, 33^e éd., 2016, n° 1881, p. 1280.

fonction juridictionnelle¹.

43. Critère organique. Le second critère de la notion de juridiction est organique. Il tient aux qualités qu'il faut présenter pour que l'organe titulaire de la mission ainsi définie puisse être qualifié de « juridiction ». La première d'entre elles tient à la position du juge à l'égard des parties. Ce dernier « n'est pas seulement celui qui tranche un litige en disant le droit qui lui est applicable ; il doit être un tiers par rapport au litige »². C'est cette distance indispensable à l'égard des parties qui implique que le juge doit être à la fois indépendant et impartial, deux éléments essentiels du droit à un procès équitable prévu par la Convention européenne des droits de l'homme³. C'est ce qui explique qu'un juge ne puisse se saisir d'office d'un litige car cela indiquerait qu'il n'est pas étranger à l'affaire qu'il aura à connaître⁴. « L'indépendance et l'impartialité du juge ne sont pas de simples garanties de bonne justice, elles sont de l'essence même de la fonction de juge. On est en présence d'un juge véritable que s'il est en situation d'indépendance et d'impartialité, autrement dit s'il n'est en rien impliqué dans l'affaire qu'il a à juger »⁵. Par exemple, c'est sur le fondement de l'absence d'indépendance que la Cour européenne des droits de l'homme a refusé, dans un arrêt de grande chambre *Medvedyev c/ France* du 29 mars 2010, la qualité de « membres de l'autorité judiciaire »⁶ aux magistrats du parquet.

44. « Un » juge ? En définitive, il convient d'adopter une vision large du terme « juge » en considérant qu'il vise toutes les juridictions indépendantes et impartiales appelées à statuer sur une prétention, par application des règles de droit, afin de trancher un litige⁷. Cette délimitation du sujet appelle une précision. Ainsi circonscrite, l'étude semble recouvrir un

¹ Cette délimitation invite à s'interroger sur les décisions prises par le juge qui ne relèvent pas de sa mission juridictionnelle. Ce type de décisions fait partie d'une catégorie plus large appelée les « mesures d'administration judiciaire ». Ces actes se regroupent classiquement en deux sous-catégories. Il y a d'une part ceux qui n'ont qu'une vocation purement administrative. Ce sont des actes judiciaires car émanant d'un juge, mais qui n'ont pour seule finalité que d'assurer le bon fonctionnement de la justice en tant qu'institution. Il y a d'autre part les actes nécessaires au bon déroulement de l'instance, qui sont pris par le juge en charge de l'affaire, telles que les décisions qui fixent des délais ou déclarent close une instruction. Ceux-ci participent du règlement du litige par le juge saisi et font donc partie intégrante de la fonction juridictionnelle du juge. Il conviendra donc de les inclure dans le périmètre de la recherche au contraire des mesures purement administratives qui ne concernent pas le juge saisi en sa fonction juridictionnelle.

² S. Rials, « L'office du juge », in *La fonction de juger*, Droits, 1989, n° 9, p. 8.

³ V. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 9^e éd., 2016, nos 71 et s., p. 76 et s.

⁴ V., à titre d'illustration, le refus de permettre au tribunal de commerce de se saisir d'office pour connaître des procédures de liquidation judiciaire d'entreprises : CC, Décision n° 2013-372 QPC du 7 mars 2014.

⁵ G. Wiederkehr, « Qu'est ce qu'un juge ? », in Mel. R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 582.

⁶ CEDH, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, n° 3394/03, § 124. V. aussi, pour une confirmation : CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c. France*, n° 37104/06, § 57.

⁷ V. D. D'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préf. G. Wiederkehr, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1994.

champ très large, à tel point qu'il est d'emblée possible de douter de sa cohérence. Le mot juge est un mot qui recouvre une très grande diversité. Il n'y a pas « un » juge, il y en a une multitude. Il y a des juges professionnels et d'autres qui ne le sont pas. Il y a des juges de première instance, des juges d'appel, des juges de cassation. Ils n'appartiennent d'ailleurs pas tous au même ordre de juridiction. Il y a des juges administratifs, des juges judiciaires, des juges supranationaux. Au regard de cette très grande diversité, quelle est la pertinence d'une recherche sur *le* juge ? Au fond, qu'est-ce qu'un juge de proximité d'une petite ville peut avoir en commun avec les magistrats les plus gradés - les hauts magistrats - de la Cour de cassation ou du Conseil d'État ? Ces questions ne doivent pas dissuader d'entreprendre la recherche car, derrière la diversité des juges, il y a une unité. Les juges ont tous en commun une fonction ; une fonction qui est toujours la même, peu important le degré de juridiction ou l'ordre auquel ils se rattachent : ils tranchent des différends par application de règles de droit. Cette identité de fonction permet de dépasser la singularité des juges pour les aborder dans leur généralité. À bien des égards, c'est même nécessaire pour comprendre ce qui constitue le socle du phénomène. Assurément, il serait intéressant d'aborder le sujet à travers les situations particulières de chaque juge pour en saisir la spécificité. Par exemple, une étude sur le libre arbitre du juge de cassation constituerait sans doute un champ d'étude particulièrement fertile. En feuilletant un ouvrage relatif à la technique de cassation, il ne faut pas longtemps pour s'apercevoir que derrière certains mots ambigus se cache la volonté du juge de se préserver une part de liberté dans le contrôle opéré sur les décisions des juges du fond. Ainsi en est-il, notamment, du « moyen mélangé de fait et de droit »¹ qui est un moyen irrecevable dont on sait finalement peu de choses², excepté que la Cour de cassation refuse de contrôler le motif de cassation avancé par le demandeur³. Ainsi en est-il, aussi, du moyen de pur droit qui peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation, qu'il soit d'ordre public ou non. Le juge de cassation peut soulever d'office ce moyen pour casser la décision⁴ ou pour rejeter le pourvoi avec substitution de motifs⁵ sans qu'il ne soit toujours très

¹ V. X. Bachelier, M.-N. Jobard-Bachelier et J. Buk Lament, *La technique de cassation – Pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 8^e éd., 2013, p. 6.

² V. sur la définition du moyen : G. Bolard, « La matière du procès et le principe dispositif », in S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 9^e éd., 2017/2018, n° 221.44. Pour le professeur Bolard, un moyen comporte nécessairement des éléments de fait et de droit. Un moyen de cassation mélangé de fait et de droit intègre « des faits non retenus par les juges du fond ».

³ V. par ex. : Civ. 3^e, 1^{er} juill. 1971, n° 70-11.505 : le moyen mélangé de fait et de droit n'est pas recevable pour la première fois devant la Cour de cassation.

V. sur point : G. Marty, « La distinction du droit et du fait, essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait », Sirey, 1929 ; D. Louis, *La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé*, Th. Montpellier, 2014.

⁴ V. par ex. : Civ. 1^{re}, 19 mars 1996, n° 94-12.426.

⁵ V. par ex. : Civ. 2^e, 14 sept. 2006, n° 05-16.584, Rev. huissiers 2006, p. 46, obs. O. Salati.

simple de comprendre précisément ce qu'il recouvre. Le libre arbitre du juge joue sans doute un rôle important dans l'office du juge de cassation. Mais ces spécificités inhérentes aux fonctions attribuées à chaque juge ne doivent pas faire perdre de vue qu'avant de décliner le sujet en suivant ses ramifications, il faut d'abord l'envisager dans sa globalité pour en saisir l'essence.

45. Plan. Même à l'envisager dans sa plus grande généralité, le sujet ne semble pas pouvoir être abordé de façon univoque. Le libre arbitre du juge est un phénomène ambigu qui présente, comme Janus, un double visage. Il est au centre d'un jeu contrasté de sentiments et fait naître des impressions contraires.

Au *recto*, il renvoie à la part immaîtrisable de la fonction de juger, à une sorte de zone grise dans l'acte de juger. Le libre arbitre du juge, c'est un espace laissé vacant par les règles de droit objectives et impersonnelles, un espace qui lui permet d'exprimer ses choix dans l'élaboration du jugement. Or, les choix opérés en toute liberté ont une influence sur le litige. Ils aboutissent à faire suivre à une situation, un chemin plutôt qu'un autre. En termes philosophiques, on pourrait dire que le libre arbitre crée de nouvelles causalités : il influe sur une situation et relève en cela de la création. Le juge ne se contente jamais d'appliquer des solutions préétablies contenues dans les règles de droit qu'un autre que lui a élaborées. Le juge est « un homme d'art, un homme d'action »¹ : il ne relève pas les solutions, il les crée. Le libre arbitre, c'est la part de liberté qui intervient dans toute forme d'art. C'est un bienfait qui permet l'expression de l'art de juger (**Partie 1**).

Au *verso*, le libre arbitre du juge présente un visage plus sombre. Il fait planer sur le litige une ombre redoutable. Il dégénère en quelque chose d'inacceptable chaque fois qu'il aboutit à un dévoiement du rôle de la volonté du juge dans l'exercice de son office. Il arrive que le juge détourne la marge de liberté dont il dispose. Il peut faire des choix qui vont aboutir à mettre les plaideurs dans une situation préjudiciable. Dans ce cas, le libre arbitre revêt un caractère insupportable. Il conduit à priver les parties de ce dont elles pouvaient prétendre et, ce, par l'effet de la seule volonté du juge. Le libre arbitre du juge aboutit alors à une dérive : il exprime, non plus l'art de juger, mais l'arbitraire du juge (**Partie 2**).

¹ P. Bellet, « Intervention », in *La logique judiciaire*, Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, PUF, 1969, p. 120.

Première partie

L'art de juger

ou les bienfaits du libre arbitre

46. Part créative du jugement. « C'est une fonction proprement extraordinaire que la fonction de juger »¹. Il faut dire qu'il y a quelque chose de magique dans cette mission qui consiste à partir de la virtualité d'une règle objective et impersonnelle et de l'appliquer à la vie des gens pour dissiper les doutes et les querelles. Comment croire que cette réalisation du droit puisse se faire par un acte purement prévisible déniait au juge toute marge de manœuvre, toute autonomie ? Cette opération comporte une part d'indétermination, quelque chose qui relève de l'immaîtrisable, du mystère. Il en est ainsi parce que « juger, c'est nécessairement effectuer un choix, guidé certes par un raisonnement et des règles, mais aussi et surtout par la décision. Juger n'est rien d'autre qu'imaginer la bonne solution du litige »². Le jugement n'est pas un donné mais un construit. Il ne se coule pas dans des moules artificiels posés à l'avance. « L'action du juge a un caractère créateur, constitutif, et non pas seulement déclaratif »³. En tant que construction, le jugement est toujours un acte de création du juge. Il y a des constructions simples qui n'appellent pas beaucoup d'efforts et des constructions plus complexes qui nécessitent de se donner du mal. C'est à cette part créative de la fonction de juger que renvoie le libre arbitre du juge.

47. Part de contingence. Envisagé ainsi, le libre arbitre est l'instrument qui permet au juge d'exprimer son art de juger. « Le libre arbitre, c'est comme un acte de création souveraine, par lequel le moi, avant chaque position à prendre, vient décider en maître, en dehors de toute pression qui s'impose »⁴. Il invite à résister, sous prétexte du besoin de sécurité et de prévisibilité dans la réalisation du droit, à la tentation de réduire la marge d'appréciation du juge à son seul aspect perturbateur, c'est-à-dire à la crainte d'un juge qui substituerait sa propre volonté aux prescriptions de loi qu'il est censé appliquer. Le libre arbitre du juge est porteur de certains bienfaits pour les plaideurs car il renvoie à la part de contingence que comporte l'acte de juger. Or, il y a un lien entre la contingence et l'art. Ce lien a été envisagé dans les réflexions antiques sur le sens exact d'*ars* (en latin) ou de *tekhnè* (en grec). Pour Aristote notamment, l'art se caractérise par la création d'une œuvre, or toute création induit une part d'incertitude : « l'art aime le hasard autant que le hasard aime l'art »⁵, écrivait-il. C'est cette frange d'indétermination qui préside à la mise en œuvre de toutes les réalisations de l'Homme. La thèse présentée par Aristote dans *la Physique* est à cet égard fondatrice. En

¹ G. Bolard et S. Guinchard, « Le juge dans la cité », JCP G 2002, doct. 137, n° 25.

² G. Canivet et N. Molfessis, « L'imagination du juge », in Mél. J. Buffet, Montchrestien, 2004, n° 5, p. 133.

³ Rép. pr. civ., Dalloz, v° Jurisprudence, 2016, par L. Bach, n° 58, 2012.

⁴ R. Ottenhof, « L'école classique et le défaut d'individualisation », in *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, Toulouse, ERES, « Criminologie et sciences de l'homme », 2001, p. 53.

⁵ V. Aristote, *Éthique à Nicomaque* (IV^e. av. J.-C.), trad. R. Bodéüs, GF Flammarion, 2004, Livre VI, pp. 301 s.

avançant que « l'art, dans certains cas, parachève ce que la nature n'a pas pu accomplir »¹, le philosophe développe l'idée selon laquelle la nature ne se montrerait pas capable de porter à leur point de perfection les créations naturelles. Selon cette pensée, le propre de l'art humain est de prolonger l'œuvre imparfaite de la nature : c'est le cas du sculpteur qui discerne dans le bloc de marbre une image que son art va lui permettre de réaliser ou du médecin qui perçoit dans le malade une santé imparfaite que son art va lui permettre de restaurer. Il en est de même du juge qui perçoit dans le conflit une situation anormale à laquelle son art permettra de remédier. Le libre arbitre est le fondement de toute forme d'art, y compris de l'art de juger.

48. Esthétique du jugement. Entendu comme tel, le libre arbitre du juge participe d'une forme d'esthétisme du jugement². C'est ce qui fonde l'autonomie laissée au juge dans la conception du beau jugement. De prime abord, l'expression a de quoi surprendre. Comment faire entrer des considérations d'esthétisme dans l'œuvre du juge ? Il n'y a qu'à énoncer l'idée devant un profane du droit pour saisir le léger étonnement que provoque la formule. Pourtant, elle est au cœur de l'activité du juge. Il y a de beaux jugements comme il y a des jugements moches, des jugements ratés. C'est le libre arbitre du juge qui joue un rôle essentiel sur l'esthétisme du jugement. Il doit partir d'une situation litigieuse, par définition incertaine, pour parvenir au jugement le plus pertinent, au beau jugement. Or, sur ce point les réflexions sont pour le moins lacunaires, comme si on hésitait à se saisir de cette question. « Juger est une manière de juger, mais aussi une relation au monde, une façon d'agir, beaucoup plus que l'obéissance à des normes juridiques ; ce qui importe, c'est le vécu du juge, ses règles morales, sa capacité d'intuition, de création. Or, nos connaissances en ce domaine sont très faibles : on ne possède pas de traité de l'art de juger, on refuse de voir ce qu'il y a derrière l'acte de juger »³. Il faut passer dans les coulisses de l'activité du juge pour comprendre en quoi le libre arbitre participe de l'art de trouver une solution aux litiges.

49. Pour ce faire, il convient d'envisager l'acte de juger à partir du modèle syllogistique qu'il doit en principe respecter. Alors que le syllogisme est censé brider le juge, il n'empêche en rien l'expression de l'art de juger et, ce, à chacune de ses étapes. D'une part, les faits du litige – la mineure – ne s'imposent jamais au juge. Ce dernier ne se contente pas de les rapprocher

¹ Aristote, *Physique*, II, 8, trad. Pellegrin, Paris, GF, 2000, p. 152.

² Sur cette question, v. : G. Cornu, « Droit et esthétique », APD 1995, t. 40, p. 8.

J. Makowiak, *Esthétique et droit*, préf. M. Pieur, LGDJ, Bibliothèque du droit de l'urbanisme et de l'environnement, 2004, p. 36 s. ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Précis, 10^e éd., 2015, n° 29, p. 26-27.

³ D. Vivien, « Essai sur l'art de juger », *Revue administrative*, n° 310, p. 358.

mécaniquement d'une règle pour trouver la solution. Le traitement des faits litigieux est plus subtil et requiert bien plus d'attention. D'autre part, la détermination du droit applicable – la majeure – n'est pas non plus une activité passive. Elle repose sur une marge indispensable de liberté du juge qui permet l'identification de la bonne règle à appliquer. Si le libre arbitre du juge est un bienfait dans l'acte de juger, c'est parce qu'il manifeste l'art d'appréhender les faits (Titre 1) et l'art d'appliquer le droit (Titre 2).

Titre 1 : L'art d'appréhender les faits

50. Passivité apparente du juge. Dans la conception syllogistique de l'acte de juger, l'appréhension des faits litigieux est présentée comme une activité astreignant le juge à une certaine passivité. Il suffirait que le juge prenne connaissance des faits pour déterminer à quelle règle de droit ils renvoient et être en mesure d'en déduire une solution. Juger, écrivait Léon Duguit, « c'est constater l'existence soit d'une règle de droit, soit d'une situation de droit. (...) Toute décision juridictionnelle est un syllogisme : la majeure est le rappel de la règle de droit, la mineure est la constatation soit d'un acte soit d'un fait contraire à cette règle, soit d'une situation de droit née conformément à cette règle et la solution est une décision qui est la conclusion nécessaire et logique de la constatation. Le juge ne fait pas acte de volonté : il constate le droit et en tire la conclusion logique »¹. Le juge, ajoutait-il, « ne peut mettre sa volonté à la place de l'opération logique qui est dominée par une mineure et une majeure, suivant les lois de la pensée humaine »². Envisagée ainsi, l'appréhension des faits découle d'un acte mécanique ne laissant au juge aucune marge d'appréciation. Cette présentation de l'appréhension des faits astreint le juge à un rôle purement passif. Elle en fait une opération sans âme, purement mécanique, réduite à un enregistrement des éléments factuels fournis par les plaideurs.

51. Subjectivité de l'appréhension. La réalité de l'acte de juger est plus complexe. Le juge ne peut se contenter de constater des faits. Son travail va bien au-delà de cela. Il y a dans le traitement de ces faits une part plus grande d'incertitude qui tient en partie à la marge de liberté dont bénéficie le juge pour mener à bien sa mission. L'acte de juger induit « une part irréductible de subjectivisme avec laquelle les divers juges saisis du même point litigieux apprécient les faits de l'espèce »³. L'appréhension des faits litigieux est un exercice subtil, trop subtil pour être enfermé dans un cadre totalement neutre ne sollicitant à aucun moment le libre arbitre du juge. « Dans la masse brute des faits qui lui sont présentés, à travers les pièces du dossier, le juriste doit faire appel à tous les trésors de son imagination pour sélectionner les faits qui peuvent avoir une incidence sur la solution du litige »⁴. Cette appréhension ne peut

¹ L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, éd. Panthéon Assas, Albert Fontemoing, Paris, 1907, p. 241.

² L. Duguit, « L'acte juridictionnel et l'acte administratif », RDP, 1906, p. 450-451.

³ G. Basile-Bashini, *La prévention des contrariétés de jugements en droit judiciaire privé*, ANRT, 2001, p. 7.

⁴ R. Perrot, « Rapport de synthèse », in *La logique judiciaire*, Colloque des Instituts d'Études Judiciaires, PUF, 1969, p. 140.

être confiée qu'à un organe en prise avec la situation litigieuse car c'est la garantie de la prise en compte des « spécificités inhérentes à l'espèce »¹. Le libre arbitre du juge est une garantie. C'est ce qui permet à ce dernier de saisir les tenants et les aboutissants des aspects factuels du différend qui se joue devant lui en étant au centre du processus. Ce libre arbitre participe de la qualité de la décision qui doit être rendue pour mettre un terme au litige. Vecteur d'une bonne appréhension des faits litigieux, il est une condition du bien-juger.

52. Si le libre arbitre du juge est utile à l'appréhension des faits litigieux, la démonstration de cette utilité n'est pas chose aisée. Il s'agit ici de s'intéresser à ce que cette opération a de subjectif et, donc, à un aspect particulièrement fuyant. Comment prétendre faire rationnellement état de quelque chose qui relève des qualités intrinsèques du juge : son imagination, sa sagesse, sa lucidité ? La question pourrait très bien relever d'une étude de psychologie judiciaire voire de sociologie judiciaire. Pour autant, elle n'est pas étrangère à la technique juridique, en particulier au droit judiciaire qui régit l'activité de juger. Un certain nombre de règles procédurales ont pour vocation première d'assurer au juge une marge d'appréciation dans le traitement de ces faits. C'est à travers ces règles qu'il faut envisager le rôle du libre arbitre sur cet aspect de l'acte de juger. Le libre arbitre du juge est souvent sollicité pour parvenir à la meilleure appréciation possible des faits litigieux (Chapitre 1). Puis, une fois les faits appréciés, il est sollicité pour leur garantir une qualification juridique adaptée (Chapitre 2).

¹ C. Albiges, *L'équité*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, n° 198, p. 120.

Chapitre 1 : L'appréciation des faits

53. « Magma » de faits. L'appréhension des faits litigieux a trait à la faculté laissée au juge de les apprécier afin d'être en mesure d'élaborer un jugement éclairé. Etymologiquement, l'appréciation vient du latin *appretiatius* qui signifie par adjonction de *ad et pretium* : déterminer le prix, évaluer. L'appréciation renvoie en cela à une idée d'estimation. Ce rôle est au cœur de la fonction de juger. Le juge dispose d'une grande liberté dans cette estimation des faits litigieux. Il peut en prendre la mesure « afin d'en constater l'existence et en peser la portée, la gravité, la valeur, les caractères... »¹. Une telle opération ne peut faire l'objet d'une appréhension dénuée de toute liberté laissée au juge. Lors du procès, les parties exposent des faits bruts, sorte de « magma »² confus délivré pour informer le juge de la situation litigieuse. Ces faits ne se présentent pas toujours au juge de façon évidente et incontestable. C'est dans ce cas que le libre arbitre du juge révèle son importance et son utilité. Il permet d'opérer un contrôle concret et effectif des faits invoqués par les parties, reposant sur les besoins de chaque affaire. Il pourra estimer que tels faits allégués sont décisifs ou, au contraire, que d'autres ne sont pas susceptibles de fonder les prétentions émises.

54. Le libre arbitre du juge est alors un bienfait. Il favorise l'expression de l'intelligence du juge dans la compréhension des faits litigieux (Section 1). Puis, une fois compris, les faits litigieux doivent être évalués par le juge, à qui il appartient de déterminer leur degré de certitude. Le libre arbitre du juge est une donnée essentielle à la recherche de la vérité judiciaire (Section 2).

Section 1 : La compréhension des faits

55. Les lumières du juge. L'idée d'un juge devant absolument connaître du litige en toute neutralité, c'est-à-dire en se départissant de tout ce qui fait sa personnalité, est une idée fautive. Les faits qu'il suffit de relever n'existent pas ; il passe toujours sous le filtre du libre arbitre du juge. Bien sûr, il ne peut pas faire n'importe quoi avec les faits litigieux. Il doit les

¹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11^e éd., 2016, v° Appréciation, p. 76 : « la pesée laisse nécessairement à celui qui apprécie une certaine latitude (aggravée par sa subjectivité), d'où les expressions : pouvoirs, liberté, marge d'appréciation ».

² H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, préf. P. Roubier, rééd. présentée par M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2002, p. 50.

aborder de façon sérieuse et ne pas laisser libre court à son caprice. Mais, dans cette opération de compréhension des faits, son intelligence a toute sa place. Il est même souvent attendu de lui qu'il observe les faits sous le prisme d'une certaine subjectivité, qu'il apporte ses lumières personnelles pour éclairer les faits litigieux et bien les comprendre. Les lumières du juge ne proviennent pas uniquement de son statut de technicien du droit. Elles puisent leurs sources dans de ses qualités personnelles. S'il est rarement mis en avant, cet aspect de l'appréhension des faits n'a rien de nouveau. Depuis longtemps, les auteurs qui s'intéressent à ce qui constitue un bon juge¹ soulignent l'importance des vertus qui dépassent la seule connaissance des règles de droit. Le juge, écrit l'un de ces auteurs, « doit joindre aux qualités de cœur (...) les qualités de l'esprit »². Il lui faut « acquérir les connaissances nécessaires, pour bien s'acquitter d'un tel emploi, afin de pouvoir distinguer le vrai d'avec le faux, le point d'équité d'avec celui de rigueur et bien décider par jugement, plutôt que par rencontre »³. Autrefois, le chancelier D'Aguesseau avait insisté sur l'exigence de piété, à une époque où la religion était au centre des formations des juges⁴. Par la suite, Domat a expliqué que la crainte de Dieu est la qualité la plus essentielle « puisqu'elle est le fondement des autres et les comprend toutes »⁵. Le juge doit faire preuve « de force et de courage »⁶, d'amour de la vérité et s'éloigner « de l'avarice »⁷. Il y aurait donc, dans la pratique judiciaire, quelque chose qui ne tient pas seulement au savoir juridique du juge mais aussi à la finesse avec laquelle il doit comprendre les faits qui lui sont soumis. Cela s'applique à l'appréhension des faits du litige.

¹ Historiquement, la question du bon juge a surtout été traitée au cours des XVI^e et XVII^e siècle. Des textes attirent particulièrement l'attention en ce qu'ils dressent la liste des devoirs des juges et des qualités qu'ils doivent présenter pour assumer pleinement leur fonction si particulière :

Jean de Coras (1513-1572), *Des parties et office d'un bon et entier juge*, Lyon, 1605.

René de la Bigotière de Perchambault (1640-1727), *Du devoir des juges et de tous ceux qui sont les fonctions publiques*, (1693), 4^e éd., Paris, Chez Antoine Dezallier, 1695. Avec privilège du Roi (l'ouvrage est disponible sur la base Gallica.fr).

Jean Frain du Tremblay (1641-1724), *Essai sur l'idée du parfait magistrat où l'on fait voir une partie des obligations des juges*, Paris, Chez Pierre Emery, 1701, Avec approbation et privilège du Roi. Cet ouvrage est le plus explicite sur les qualités du juge idéal. On trouve notamment un chapitre 12 intitulé : « Que le parfait magistrat opine selon ce qu'il croit de plus juste quand il serait assuré d'être seul de son avis ».

D. Jousse, *Traité de l'administration de la justice*, Paris, Debure, 1771. Avec une vingtaine de pages consacrées aux devoirs du juge.

Sur toutes ses œuvres et le contexte dans lequel elles ont été écrites, v. F. Pitou, « Justice, morale et politique à la fin du XVII^e siècle », *Histoire, économie et société*, 2003, vol. 22, n° 4, p. 537 s.

² C.-J. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, 1762, Tome 2, v° Juges, p. 108.

³ *Ibid.*

⁴ D'Aguesseau, « Instructions sur les Études propres à former un Magistrat », in *Œuvres complètes*, vol. 1, Paris, Fantin et Compagnie, 1819.

⁵ J. Domat, *Le droit public*, Livre II, Titre IV, Sect. II.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

56. Les figures de juges. Comprendre les faits n'est pas une opération uniforme qui s'effectue toujours de la même façon. La variété des juges traduit la variété des qualités dont ils doivent faire preuve pour appréhender correctement le différend. Il existe de nombreux exemples de contentieux dans lesquels il est demandé au juge d'utiliser des vertus particulières, précisément ciblées par le droit. Une vue d'ensemble de l'organisation juridictionnelle permet de distinguer cinq grandes qualités qui sont sollicitées en fonction des spécificités du contentieux dont il doit connaître. Dans certains litiges, il doit faire preuve d'un esprit de concorde (§1), là où pour d'autres, on attend de lui qu'il exprime un savoir-faire (§2). Certains domaines sollicitent davantage son expérience (§3) ou sa sensibilité (§4). Il arrive, enfin, que le juge doive faire preuve de scepticisme en abordant les faits litigieux (§5). Sans être exclusives les unes des autres, ces figures démontrent l'importance du libre arbitre du juge dans la compréhension des faits en cause.

§1. L'esprit de concorde

57. Juge de paix. La première qualité qui est parfois attendue du juge dans la compréhension des faits du litige est l'esprit de concorde. Cette hypothèse renvoie aux cas dans lesquels le contentieux est confié à un juge particulièrement ouvert au rapprochement des parties, une sorte de juge notable « considéré comme un homme “raisonnable” et désintéressé, qui rend la justice par devoir, sur le modèle du christianisme social ou par passion, dans une perspective de bénévolat et d'engagement social »¹. Historiquement, la recherche de cette vertu du juge se manifeste par l'institution des juges de paix au cours de la période révolutionnaire. S'inspirant d'une forme de justice qui existait au XVIII^e siècle en Angleterre et aux Pays-Bas, la loi des 16 et 24 août 1790 a institué dans chaque canton, une juridiction composée à l'origine d'un juge élu. Au sein de ces juridictions étaient généralement choisies des personnalités du canton dont la réputation et les compétences permettaient de penser qu'elles seraient en mesure de régler la querelle par le rapprochement et la concorde des plaideurs. Il était institué des juges, bénéficiant d'une d'autorité sociale, capables de régler les conflits non pas uniquement par le biais de leurs seules compétences juridiques mais également par l'aura conférée par leur statut social.

58. Juge de proximité. Si les juridictions de paix n'existent plus sous cette forme aujourd'hui, la figure du juge notable n'a pas disparu. Ces juridictions portent simplement un

¹H. Michèle et L. Willemez, *La justice au risque des profanes*, PUF 2007, p. 9.

autre nom. Les juridictions de proximité instituées par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 traduisent ainsi cette même volonté de recourir à des juges émanant de ce qui est couramment appelé « la société civile ». La création de ces juridictions procède de l'idée d'un rapprochement entre le juge et les justiciables dès lors que le litige est de faible importance, au moins du point de vue pécuniaire. L'institution de ces juges de proximité visait à « offrir au justiciable un cadre judiciaire plus proche de lui, avec un juge ayant la stature du notable imprégné d'un souci de conciliation (...) »¹. Les études statistiques démontrent que les juges de proximité sont généralement des personnes ayant un certain âge et une expérience solide de la vie professionnelle. Ce sont essentiellement des avocats, des anciens magistrats, des cadres en entreprise, des policiers, des gendarmes, des notaires, des huissiers de justice, des enseignants ou encore des chefs d'entreprise². L'idée est d'instituer un juge apte à régler les conflits par son expérience autant que par l'application des règles de droit ; un juge susceptible de comprendre les faits litigieux à travers une philosophie particulière, celle d'une priorité donnée à la solution la plus apaisante pour les parties en cause³.

§2. Le savoir-faire

La deuxième vertu attendue du juge pour parvenir à une bonne compréhension des faits est le savoir-faire du juge. Certains juges sont institués pour le bénéfice des connaissances personnelles qu'ils ont acquises au cours de leurs carrières professionnelles.

59. Choix de l'arbitre. Ainsi en est-il de l'arbitre dont la personnalité est souvent un critère de choix essentiel pour les parties à l'arbitrage. « La qualité de l'homme est au centre de

¹ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, Lextenso éditions, coll. « Domat droit privé », 2012, 15^e éd, n° 117, p. 107.

² Pour les statistiques, v. R. Perrot, *ibid.*

³ Les juridictions de proximité ont été supprimées par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles. La suppression était initialement fixée au 1^{er} janvier 2013.

La loi n° 2012-1441 du 24 décembre 2012 relative aux juridictions de proximité a néanmoins reporté la mise en œuvre de cette réforme au 1^{er} janvier 2015, avant que la loi n° 2014-1654 du 29 décembre 2014, portant loi de finances pour 2015 ne repousse encore cette suppression au 1^{er} janvier 2017.

Il s'agit toutefois de supprimer les juridictions de proximité, mais non les juges de proximité. Ces derniers seront rattachés aux tribunaux de grande instance et conserveront une mission juridictionnelle, en devenant assesseurs ou en étant chargés de certains contentieux de masse. La logique reste donc la même et la figure du juge notable ne va pas disparaître avec la suppression des juridictions de proximité.

La loi n° 2016-2547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la Justice du XXI^e siècle, précise qu'au 1^{er} juillet 2017, en matière civile, les procédures en cours devant les juridictions de proximité seront « transférées en l'état au tribunal d'instance ». Elle ajoute qu'en matière pénale, « les procédures en cours devant les tribunaux de police et les juridictions de proximité supprimées sont transférées en l'état aux tribunaux de police territorialement compétents ».

l'œuvre de l'arbitrage »¹, de sorte que pour que l'arbitre la remplisse au mieux, les parties attendent de lui « qu'il présente lors de sa désignation des qualités personnelles »². En particulier, l'expérience professionnelle peut constituer un élément clé dans la désignation de la personne qui sera chargée de l'arbitrage. Certains auteurs perçoivent même, dans cet aspect, l'un des intérêts majeurs de l'arbitrage, une « terre de libertés »³ qui permet aux parties de choisir des arbitres « qui sont moins souvent des juristes que des connaisseurs de l'objet du litige »⁴.

60. Juges élus. C'est aussi le cas lorsqu'en dehors de l'arbitrage, le juge amené à trancher le différend est un juge élu. Dans certains cas, c'est la juridiction dans son ensemble qui sera composée exclusivement de juges élus qui ont acquis une expérience professionnelle en dehors de la magistrature. Dans d'autres, la juridiction associera des magistrats de carrière et des juges élus, en vertu du système de l'échevinage. Ces juges élus, appelés à connaître des litiges, ont pour particularité de maîtriser le contexte et les enjeux des faits litigieux. Il y a des litiges dont les caractéristiques exigent que le juge ait des connaissances solides du milieu socio-professionnel dans lesquels ils se forment. C'est un aspect qui se déduit de l'instauration de juridictions dans lesquelles les juges ne sont pas des magistrats professionnels mais des professionnels aguerris des domaines dans lesquels ils sont appelés à intervenir. Ce ne sont pas des juges de carrière mais des juges choisis par leurs pairs pour assurer ces fonctions avec un certain savoir-faire.

61. Juges consulaires. L'un des exemples les plus caractéristiques de cette recherche du savoir-faire du juge est celui de la juridiction consulaire, la plus ancienne des juridictions françaises⁵. Historiquement, cette institution a pour origine une juridiction créée par la République marchande de Gênes et de Venise pour régler les conflits entre marchands. Pour ce faire, il a été institué des juges consuls dont la particularité était d'être élus par les marchands de la place. Dans le préambule de l'édit de Charles IX de 1583, la philosophie de

¹ A. Bulöw, « Qualification professionnelle de l'arbitre », in *Qualification de l'arbitre international*, Symposium du Comité français de l'arbitraire, Rev. arb. 1970, p. 245.

² T. Clay, *L'arbitre*, préf. P. Fouchard, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des Thèses, 2001, n° 119, p. 378. L'auteur consacre quelques pages à ce qu'il nomme l'« arbitre-individu » et aborde l'importance de sa personnalité dans la mise en œuvre de sa mission.

V. aussi, sur ce qui fait un bon arbitre : F. Chartier, « L'arbitre », Gaz. Pal. 1992, 1, doct. 135.

³ P. Lalive, « Le choix de l'arbitre », in Mél. J. Robert, Montchrestien, 1998, p. 353.

⁴ T. Clay, *L'arbitre*, *op. cit.*, n° 473, p. 395. L'auteur rappelle que pour Domat, l'absence de connaissance du domaine litigieux devait être une cause d'autorécusation, v. : J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public*, A. Chevalier, Luxembourg, 2^e éd., 1702.

⁵ V. E. Matsumoto, *La juridiction consulaire dans la justice de l'Ancien Régime*, Th. Paris II, 2002.

ce système apparaissait nettement. Le Chancelier Michel de l'Hospital suggérait au Roi d'instituer des « juges et consuls de la ville » pour le « bien public et abréviation de tout procès et différends entre marchands qui doivent négocier ensemble et de bonne foi sans être astreints aux subtilités des lois et ordonnances ». Le but était clairement de solliciter le savoir pratique des juges en le choisissant au sein du milieu dans lequel les parties évoluent. Sous sa forme actuelle, la juridiction consulaire repose toujours sur la même idée. Sa composition s'explique en grande partie par la volonté du législateur de créer une juridiction composée de juges élus par leurs pairs, capables de comprendre le litige de façon particulière, c'est-à-dire pas uniquement en purs techniciens du droit mais en fonction de considérations plus personnelles. Dans ce type de contentieux, il ne suffit pas au juge d'être un bon juriste. Il doit également être ouvert au cas qui lui est soumis et aux spécificités du contentieux. Sa fonction de juge est centrée « sur la connaissance interne qu'il possède des règles du jeu et des acteurs propres au monde social dont il vient et qu'il a en charge de réguler »¹. Pour ce type de litiges, le meilleur juge est celui qui est rompu au milieu dans lequel ils naissent et qui sera par conséquent en mesure de traiter les faits à la lumière de son savoir-faire personnel. Le libre arbitre du juge est exploité pour permettre l'élaboration d'une décision mieux éclairée que si elle avait été prise par des juges ne possédant pas cette connaissance.

62. Conseils de prud'hommes. C'est une idée sur laquelle repose le recours au juge non-professionnel en matière de contentieux du travail. Les juridictions prud'homales sont constituées de juges élus dont le rôle est de concilier ou, à défaut, de juger les litiges individuels nés d'un contrat de travail. Cette juridiction est héritée d'une juridiction paritaire qui existait sous l'Ancien Régime pour traiter des litiges entre les fabricants de soie et leurs ouvriers. Supprimée par la Révolution, elle est réapparue à la faveur d'un voyage de Napoléon à Lyon. C'est une loi du 18 mars 1806 qui créa les Conseils de prud'hommes dans cette ville avant de généraliser ces juridictions en les étendant sur l'ensemble du territoire. L'originalité de cette juridiction est encore aujourd'hui de comporter des juges exclusivement élus par deux collèges : l'un représentant les salariés, l'autre les employeurs. Cette particularité s'explique en grande partie par la technicité des litiges qu'ils ont à trancher. Comme le relève le professeur Perrot, « dans un domaine où les usages, les conventions collectives et les coutumes professionnelles jouent un rôle essentiel, il est bon que les litiges du travail soient jugés par des professionnels ayant une parfaite connaissance de ces règles

¹ H. Michèle et L. Willemez, *La justice au risque des profanes*, PUF, 2007, p. 9.

particulières »¹. C'est ce qui explique qu'aucun magistrat de carrière ne siège dans les conseils de prud'hommes, sauf la nécessité de faire intervenir un juge départiteur en cas de partage égal des voix. Comme pour les juridictions consulaires, ce ne sont pas des magistrats de carrière qui sont institués mais des juges bénéficiant d'un savoir pratique. La résolution du litige requiert une compréhension particulièrement fine des faits. Il est attendu du juge prud'homal qu'il exerce son libre arbitre pour saisir la réalité des faits litigieux.

§3. L'expérience

63. Compétences spéciales. Certains juges sont institués pour bénéficier, non plus de leur savoir-faire mais des enseignements de la répétition des litiges. Il est attendu de certaines juridictions qu'elles développent, avec le temps, une capacité à connaître d'un type de contentieux particuliers. Contrairement à l'hypothèse précédente, il ne s'agit pas de solliciter des spécialistes d'un domaine déterminé mais plutôt de faire en sorte que le juge devienne progressivement un spécialiste, c'est-à-dire qu'il acquiert petit à petit l'expérience qui permettra une bonne compréhension des faits litigieux. Cette hypothèse n'est pas la plus répandue. Elle ne concerne qu'un nombre très restreint d'hypothèses mais cela la rend d'autant plus remarquable : un juge en particulier va être désigné pour toujours connaître d'un type de litige afin de « capitaliser » sur son vécu et d'enrichir sa compréhension des faits en cause.

64. Recours contre les décisions des AAI. Par exemple, la Cour d'appel de Paris est seule compétente pour connaître de certaines décisions rendues en première instance par des autorités administratives indépendantes spécialisées, communément appelées les AAI, dans des domaines de la vie des affaires. En particulier, la recherche de l'expérience du juge se manifeste dans le contentieux de la concurrence. L'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence prévoyait que les décisions du Conseil de la concurrence devaient faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'État. La loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 a transféré à la Cour d'appel de Paris, le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence², devenu l'Autorité de la concurrence à la suite de la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008. Il résulte de la

¹ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, Domat droit privé, 15^e éd., 2014, n° 151, p. 130.

² V. Ch. Bolze, « Le transfert du contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la Cour d'appel de Paris », D. 1988, chron. p. 169 ; I. Krimmer, « La gestion de la concurrence par la Cour d'appel de Paris : un nouvel ordre juridictionnel ? », JCP E 1991, I, 82.

combinaison des articles L. 420-7 et R. 420-5 du Code de commerce, que la Cour d'appel de Paris est également seule investie du pouvoir de statuer sur les appels formés contre les décisions rendues sur les litiges relatifs aux pratiques anticoncurrentielles. Aux termes de l'article L. 464-8 du Code de commerce, les décisions de l'Autorité de la concurrence peuvent faire l'objet, dans le délai d'un mois, d'un recours en annulation ou en réformation devant la Cour d'appel de Paris. La spécialisation de cette juridiction dans le contentieux de la concurrence a pour intérêt de confier à un juge unique, le soin de traiter des litiges qui relèvent d'une problématique dépassant le cas d'espèce à trancher. Ce choix peut s'analyser comme une volonté de garantir une cohérence dans le traitement de ce contentieux. Le but est de permettre au juge d'acquérir une certaine connaissance de ce type d'affaires qui nécessitent de comprendre les faits du litige en cause mais aussi de se projeter au-delà. C'est une appréhension particulière de l'affaire qui est attendue du juge. Il ne faut pas comprendre les faits uniquement pour ce qu'ils sont mais aussi pour l'impact que pourrait avoir la décision dans le domaine concerné. Il faut analyser les faits plus que les constater ; les mettre en perspective, ce qui n'est possible que si le juge dispose d'une expérience suffisante.

65. Analyse économique du droit. Cette recherche d'expérience du juge renvoie notamment au développement de l'analyse économique du droit. Apparue par l'effet de l'influence des auteurs néoclassiques américains¹, ce mouvement est resté relativement craint en France². Il peut irriter certains juristes français car, en plus de cacher un prétendu ultralibéralisme économique, il met en avant la marge de liberté dont dispose le juge dans l'application des règles de droit. Cette approche a toutefois connu un certain engouement sous l'impulsion de Guy Canivet lorsqu'il occupait le poste de Premier président de la Cour de cassation³. Ce mouvement consiste à promouvoir une mise en perspective du droit avec l'économie⁴. Le raisonnement du juge doit intégrer des considérations d'opportunité qui tiennent à l'impact, sur la vie économique, d'une solution adoptée dans le cadre du litige. Il s'agit là d'une tâche

¹ Plus précisément de l'école de Chicago : S. Harnay, A. Marciano et R. A. Posner, *L'analyse économique du droit*, éd. Michalon, 2003 ; Mackaay Ejan, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste, une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », RID éco. 1986, p. 43.

² V. sur ce point : H. Muir-Watt, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 37 ; M.-A. Frison-Roche, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », LPA, 19 mai 2005, n° 99, p. 15 ; A. Ogus et M. Faure, *Economie du droit : le cas français*, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 19 et s.

³ V. not. : G. Canivet, « Economie, droit et justice », Gaz. Pal. 9-10 mars 2005, n° 68 ; G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005 ; R. Encinas de Munagorri, « L'analyse économique est-elle une source du droit ? », RTD civ. 2006, p. 505.

⁴ A. Jeammaud, in T. Kirat et E. Serverin (dir.), « Le droit dans l'action économique », CNRS éd. 2000, p. 219 et B. Oppetit, *Droit et économie*, Archives de philosophie du droit, t. 37, Sirey, 1992.

difficile puisqu'il faut anticiper l'incidence économique de sa décision qui va potentiellement influencer l'état du droit positif. Le juge doit sortir du strict positivisme puisqu'il doit trancher un cas particulier tout en s'assurant de l'adaptation de cette solution aux réalités et aux besoins économiques. L'office du juge participe de l'efficacité¹ du droit car il est orienté vers les attentes de la pratique. Pour y parvenir, le juge doit être en capacité de développer cette analyse économique. Pour s'assurer de la qualité de ce travail du juge, le droit lui permet de se forger une expérience de cette logique particulière. Il lui donne les moyens de comprendre les litiges au regard des questions économiques qu'ils soulèvent. La centralisation du contentieux devant la Cour d'appel de Paris est une façon d'habituer le juge à orienter ses choix en fonction de postulats économiques. Le but est de tirer profit de cette expérience, par définition subjective car propre à une juridiction. C'est une façon de dire que tous les juges ne peuvent appréhender les faits litigieux en cause. La compréhension des faits repose en grande partie sur la finesse du juge et sa faculté à anticiper les conséquences juridiques de ses décisions. Certains auteurs ont mis en évidence l'intérêt d'une telle capitalisation d'expérience. Il a par exemple été écrit que « la Cour de Paris a pu développer une expertise en matière de droit de la concurrence pour lequel l'application du droit et l'analyse économique sont, plus qu'ailleurs, imbriquées et où le traitement des affaires suppose de mettre en œuvre des notions très spécifiques ainsi que des paramètres économiques complexes »². La production jurisprudentielle de la Cour d'appel de Paris comporte des exemples remarquables de décisions dans lesquelles l'analyse économique du litige est manifeste³. Cette mise en avant de l'expérience du juge illustre l'utilité du libre arbitre dans la compréhension des faits litigieux.

§4. La sensibilité

66. Humanité du juge. Certains faits litigieux nécessitent de faire l'objet d'une appréhension particulièrement humaine, presque un supplément d'âme du juge à qui il est demandé de ne pas aborder le litige sous un angle purement juridique. Il lui est parfois demandé de saisir la

¹ V. P. Hammje, L. Janicot et S. Nadal (dir.), *L'efficacité de l'acte normatif. Nouvelle norme, nouvelles normativités*, Lextenso, LEJEP, 2013.

² C. Arens, « L'application du droit de la concurrence par la Cour d'appel de Paris », AJCA 2016. 104. L'auteur souligne les « synergies d'expertises, ainsi que (les) échanges entre les magistrats tant sur la jurisprudence que sur les analyses techniques ».

³ V. par exemple un arrêt médiatisé de la Cour d'appel de Paris du 20 novembre 2014 dans l'affaire dite du « Cartel des farines » : Paris, 20 nov. 2014, Pôle 5, ch. 5-7, RG n° 2012/06826. V. le commentaire de L. Ponsard, « Cartel des farines : la Cour d'appel de Paris exclut la restriction de concurrence par l'objet », AJCA 2015. 28.

particularité de la situation et de prendre en compte toutes ses implications. Cette particularité nécessite des qualités d'écoute et une certaine délicatesse. Or, ces vertus ne relèvent pas de la technique juridique. Elles dépendent des dispositions personnelles du juge et de sa propension à comprendre la complexité inhérente au cas qui lui est soumis. Elle relève en cela d'un certain art de l'attention, c'est-à-dire de quelque chose qui s'exprime par une sensibilité exacerbée. Tout dépend alors du juge et de sa faculté à mettre ses qualités subjectives au service d'une bonne compréhension des faits. Cette subjectivité n'est pas synonyme de fantaisie. Elle est au contraire la garantie d'une compréhension du litige adaptée à la spécificité du contentieux.

67. Contentieux familial. En particulier, ce besoin d'humanité s'exprime nettement dans le contentieux familial. Ce contentieux est assurément un domaine à part. Il touche à ce que l'individu a de plus intime, de plus personnel. Le juge aux affaires familiales est le magistrat du siège chargé de trancher les litiges touchant au divorce, à la séparation pour les couples non-mariés, et aux questions relevant de l'autorité parentale. Successeur du juge aux affaires matrimoniales, le juge aux affaires familiales n'est pas un juge comme les autres. Il doit entrer dans l'intimité des gens pour régler des différends qui relèvent, le plus souvent, du domaine sentimental, au sens large du terme. Il n'est pas possible de traiter du retrait de la garde d'un enfant comme on traite d'une question relative à la répartition des dividendes entre associés. C'est ce qui explique que le traitement de ce contentieux soit adapté pour permettre au juge de saisir les faits litigieux non pas comme une machine, distribuant du droit dans une neutralité aveugle, mais comme un être humain doué de sensibilité. Le juge aux affaires familiales est autorisé à tenir ses audiences en tenue civile¹. Il est prévu que, pour ce type d'audience, le juge se présente en costume de ville dans son cabinet². Cette pratique pourrait paraître anecdotique mais elle ne l'est pas. Elle traduit une idée profonde. Si le costume judiciaire permet de dissimuler la subjectivité du juge, en dispensant le juge de son port, l'absence de costume permet de faire l'inverse. Il tend non pas à dépersonnifier la fonction du juge mais, au contraire, à la personnifier. Ce n'est pas tant le juge qui statue que la personne qui exerce la fonction. Ce sont les qualités intimes du juge qui sont sollicitées³. Il lui est demandé de

¹ Sur cet aspect, v. A. Garapon, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2010, p. 72.

² V. par exemple, la convention pour l'amélioration de la pratique de l'audition d'enfant signée par le TGI de Paris et le barreau de Paris, AJ fam. 2014, p. 18. Elle prévoit que l'audition se déroule en principe dans le cabinet du juge.

³ L'AJ famille a consacré un dossier à la « Parole de l'enfant », comprenant de nombreux articles sur la pratique de ces auditions. Certaines réflexions soulignent la particularité de cette audition et les qualités du juge qu'elle

procéder « en dehors de tout appareil »¹. Cet aspect de la juridiction des affaires familiales est remarquable, à tel point qu'il se dit que les avocats n'hésitent pas à élaborer des stratégies plus ou moins subtiles pour que leur affaire soit traitée par un juge plutôt qu'un autre². Ils s'interrogeraient par exemple sur l'opportunité de déposer leur demande à tel jour ou à tel autre. Dans certains pays, notamment anglo-saxons, cette stratégie aurait même un nom - le *judicial profiling* - mais il demeure difficile de trouver des applications concrètes tant elle est informelle.

68. Jurés populaires. La recherche d'une sensibilité du juge se retrouve également en matière pénale. Elle se manifeste dans des hypothèses où le législateur institue des juges qui sont en mesure de faire preuve d'une particulière humanité dans leur appréhension des faits litigieux. C'est de cette façon que peut s'analyser le recours aux jurés populaires dans la composition des juridictions. Héritage révolutionnaire, la participation occasionnelle de simples citoyens n'ayant pas le statut de magistrat témoigne d'une volonté d'abstraire certains litiges d'une compréhension purement technique. La raison d'être des jurys populaires est la quête d'un idéal de justice, celui d'une justice sensible et ouverte à la subtilité de certains cas litigieux. Les auteurs qui se sont intéressés à la question du jury populaire en droit pensent que son instauration par les révolutionnaires résulte d'une « séduction »³, « d'une attirance pour le système anglais qui permettait à chacun d'être jugé par ses pairs, pour une justice véritablement rendue par le peuple et non plus seulement en son nom »⁴. Le recours au jury scellerait « le contrat social dont il est le ferment »⁵. C'est pour assurer une représentation effective de la population qu'est parfois autorisée la participation de citoyens au processus juridictionnel. Mais, ce recours au « citoyen-juge »⁶ ne se conçoit pas seulement en termes de

mobilise. V. AJ famille, 2004-1, Dossier « La parole de l'enfant », spéc. M. Bruggeman, « L'audition de l'enfant en justice », avec un passage consacré au rôle du juge.

¹ Cette formule est contenue dans l'exposé des motifs de l'ordonnance n° 58-1301 du 23 décembre 1958 relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger. Il y était écrit que « le juge des enfants statue en dehors de tout appareil, en son cabinet. La protection de l'enfant peut ainsi s'organiser sans entraîner sa comparution, ainsi que celle de sa famille, à une "audience" revêtant toujours quelque solennité. Cette simplicité des formes permet au juge d'entrer en contact direct avec la famille, d'examiner avec elle la situation de l'enfant, d'entendre les suggestions des parents et de trouver ainsi plus aisément une solution susceptible de recevoir leur agrément ».

² V. Comment les avocats choisissent leurs juges, Le Figaro, 18 mai 2011 : <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2011/05/18/01016-20110518ARTFIG00704-comment-les-avocats-choisissent-leurs-juges.php>.

³ J. Pradel, « Le jury en France, une histoire jamais terminée », International Review of Penal Law, vol. 72, 2001, p. 175

⁴ G. Halard et K. Audureau, « Contribution à la connaissance des jurys criminels », RSC 2012, p. 523.

⁵ B. Weachter, « Le jury criminel à l'épreuve de la souveraineté populaire », LPA, 8 avril 1996, n°43, p. 9.

⁶ V. pour une approche très critique : F. Lombard, « Les citoyens-juges : la réforme de la cour d'assises ou les limites de la souveraineté populaire », RSC 1996, p. 773.

légitimité démocratique. Il est aussi un gage « d'ouverture, de pluralisme, d'universalité »¹ dans le traitement du litige. Le but est de permettre au juge d'aborder les faits litigieux avec sa sensibilité propre, comme s'il était important de se passer de connaissances juridiques pour comprendre certains différends. Le jury populaire devient la garantie « d'une justice plus raisonnable, car rendue par des gens ordinaires »², ce qui permettrait « de remédier au problème de la distance qui séparerait les magistrats professionnels, froids techniciens embourbés dans les arcanes juridiques, des citoyens normaux avec leurs problèmes normaux »³. C'est la subjectivité du juge qui est ici recherchée : chaque juré qui compose la juridiction doit appréhender le litige sans se départir de ce qui fait sa condition d'homme. Il doit utiliser son libre arbitre pour comprendre le cas litigieux qui lui est demandé de trancher.

69. Jury d'assises. Le recours au jury populaire trouve son terrain d'élection en matière criminelle⁴. La particularité de la Cour d'assises est d'être composée de juges professionnels – le président et deux assesseurs – et de six jurés qui sont des personnes désignées par la voie d'un tirage au sort⁵. Ces jurés, juges éphémères, sont censés participer à la détermination du sort de l'accusé. Cette composition originale, qui alimente une sorte de mythe des assises auprès du grand public⁶ et des praticiens, est le symbole d'une justice émanant du peuple pour le traitement des infractions les plus graves. La pratique a été instituée après la Révolution française pour permettre aux citoyens eux-mêmes de rendre la justice « au nom du peuple français »⁷. Le système tout entier a été conçu autour de l'idée de confier à cette représentation populaire le soin de déterminer, en fonction de leur intime conviction, si la personne poursuivie devait être déclarée coupable ou au contraire acquittée. C'est aussi la volonté de se libérer d'un juge pur technicien qui explique le choix qui est fait de recourir à des citoyens juges. L'appréhension des faits qui est sollicitée est différente, plus sensible, plus subjective.

70. Récusation des jurés. La place de la sensibilité du juré populaire se mesure à l'aune de la faculté de récusation prévue par le Code de procédure pénale au moment de l'ouverture des

¹ B. Weachter, *préc.*

² H. Halard et K. Audureau, « Contribution à la connaissance des jurys criminels », RSC 2012, p. 523.

³ *Ibid.*

⁴ Sur ce point, v. : W. Roumier, *L'avenir du jury criminel*, préf. A. Decocq, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, 2003.

⁵ Le nombre de jurés passe à neuf en cause d'appel : C. pr. pen., art. 296, alinéa 1^{er}.

⁶ Un mythe relayé par des récits célèbres de session d'assises. V. : A. Gide, *Souvenirs de la cour d'assises*, (1914), Gallimard, 1924.

⁷ F. Saint-Pierre, *Au nom du peuple français. Jury populaire ou juges professionnels ?*, Odile Jacob, 2013.

procès d'assises. Au sens large, la récusation est la procédure par laquelle un plaideur demande à ce qu'un juge s'abstienne de siéger, parce qu'il a des raisons de suspecter sa partialité¹. Dans certains pays, comme aux Etats-Unis, où le jury populaire occupe une place centrale dans le fonctionnement de la justice, cette sélection est quasiment érigée au rang de science². Il y a, là-bas, de véritables spécialistes de la récusation, le plus souvent des avocats, qui disent savoir quel type de jurés récuser en fonction de l'affaire en cause. On retrouve, dans une moindre mesure, cette idée en droit français. Lorsque les jurés sont désignés, les parties disposent de la possibilité de récuser discrétionnairement certains d'entre eux. La récusation confine alors au choix du juge appelé à statuer sur le litige. Devant la cour d'assises, le ministère public et l'accusé ont la possibilité de refuser à un juré le droit de siéger. L'article 297 du Code de procédure pénale précise que l'accusé ou son avocat d'abord, le ministère public ensuite, récusent « tels jurés qu'ils jugent à propos » et énonce ensuite que les motifs de la récusation « ne peuvent être exposés ». Les récusations sont péremptoires car il n'y a rien à y répondre. La seule limite fixée tient au nombre de récusations puisque l'article 298 du même Code prévoit que lorsque la cour d'assises statue en premier ressort, l'accusé ne peut récuser plus de quatre jurés et le ministère public plus de trois et lorsqu'elle statue en appel, l'accusé ne peut récuser plus de cinq jurés, le ministère public plus de quatre. La déclaration de récusation n'est soumise à aucune formalité. Il suffit juste de prononcer le mot « récusé ! » lorsque les noms des jurés sont tirés au sort. Le choix se fera en fonction du nom du juré, de sa profession, de son sexe, de son âge, de son lieu de naissance, voire tout simplement de son apparence physique. Cette possibilité de récusation est un aveu, celui de l'importance de la sensibilité du juré dans la compréhension des faits du litige.

§5. Le scepticisme

71. Incrédulité du juge. « Les juges, Madame, sont assez incroyables, ils sont payés pour l'être et je le suis ». C'est ainsi que Balzac fait parler le juge Popinot dans *L'interdiction*³. Par cette réplique, Popinot soulève une nécessité qui tient à l'aptitude dont le juge doit faire preuve. Cette incrédulité du juge renvoie au scepticisme qui est attendu du juge, lequel ne doit jamais céder à la tentation de se fier aux vérités apparentes. En philosophie, le scepticisme est

¹ Sur cette définition, v. : B. Meyer, « Récusation des jurés : comment vider un droit de sa substance ou la lui rendre... », AJ pénal 2006, p. 238.

² V. T. W. Wells, « La sélection du jury aux Etats-Unis », AJ pénal 2006, p. 249. J. Cedras, *La Justice pénale aux Etats-Unis*, Economica, PUAM, 1990, p. 71-72 ; A. Levasseur, *Droit des Etats-Unis*, Précis Dalloz, 2^e éd., 1994.

³ H. de Balzac, *L'interdiction*, GF Flammarion, 1992, p. 172.

une doctrine selon laquelle la pensée humaine ne peut déterminer la vérité avec certitude. Le principal objectif du scepticisme est de parvenir à la quiétude, en se tenant à l'écart des conflits du dogmatisme qui prétend parvenir à une vérité. Le sceptique pense que l'homme ne peut trouver de certitudes quant aux questions touchant les affaires humaines. Le monde reste en cela une énigme. Pour Montaigne, qui est un sceptique modéré, il faut lutter contre l'orgueil humain qui tend à rechercher des vérités absolues. Il faut douter et ne jamais prétendre proposer des vérités assurées mais seulement un témoignage subjectif. « Ce que j'opine, c'est aussi pour déclarer la mesure de ma vuë, non la mesure des choses »¹, écrit-il. Ce scepticisme du juge est nécessaire pour aboutir à une bonne compréhension des faits litigieux.

Sur le plan technique, cette exigence particulière se retrouve de deux façons.

72. Faits adventices. Elle s'exprime dans un premier temps de façon générale. Il est demandé au juge de se montrer sceptique à l'égard des faits que lui livrent les plaideurs. Il lui appartient de ne pas s'arrêter, dans son analyse du dossier, à ce qui est visible. Il doit aller chercher plus loin en explorant, au besoin, ce qui est inscrit entre les lignes, ce qui n'est pas flagrant mais qui requiert une certaine perspicacité. Le juge doit être sceptique en ce sens qu'il lui appartient de ne pas s'arrêter à l'apparence de vérité qui découle des faits spécialement allégués par les parties. Il arrive que les plaideurs livrent des faits sans en faire des éléments du raisonnement destiné à convaincre le juge. Ces faits, qu'Henri Motulsky appelait les « faits adventices »², sont une catégorie de « faits tirés du dossier »³. Ce sont les faits que le juge peut, de son propre mouvement, tirer du débat, même si les plaideurs n'en ont pas fait des arguments. Les faits litigieux sont en quelque sorte mis « dans le débat, dans le "panier", le "cageot" posé devant le juge par les parties »⁴ et celui-ci va pouvoir y puiser à son gré. Dès lors, parmi les faits livrés, « fut-ce en vrac »⁵, le juge devra déterminer de lui-même ceux qui

¹ Montaigne, *Les essais*, Livre II, 10, 389a.

² H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, chron., p. 235, n° 12.

³ Sur l'assimilation des faits adventices et des faits tirés du dossier, v. G. Bolard, « Les principes fondamentaux communs à tous les procès », in S. Guinchard et alii, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 9^e éd., 2017/2018, n° 221.53.

V. aussi : G. Bolard, « Les faits tirés du dossier », in Mél. J. Normand, Litec, 2003, p. 43.

⁴ J.C.I. Procédure civile, « Principes directeurs du procès – Office du juge – Fondements des prétentions litigieuses », 2015, par C. Bléry, n° 17.

V. à l'origine de cette image : C. Parodi, *L'esprit général et les innovations du Nouveau Code de procédure civile*, Paris 1976. V. aussi : M. Storme, « Le juge et son panier », in Mél. J. Héron, LGDJ, 2008, p. 473.

⁵ J. Héron et T. le Bars, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., 2015, LGDJ, Lextenso éditions, coll. « Domat droit privé », n° 276, p. 224. On constate que la formulation a changé d'une édition à l'autre de cet ouvrage. Dans la

lui semblent pertinents en ce qu'ils lui permettent de mieux comprendre le litige. C'est à cela que l'invite expressément l'article 7, alinéa 2, du Code de procédure civile : « parmi les éléments dans le débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués ». Il dispose d'une marge de liberté importante qui l'invite à se méfier des fausses évidences, à douter des faits mis en avant par les plaideurs en allant chercher des éléments de réponse dans ceux qu'ils ont négligés ou dans tous ceux qu'ils ont refoulés¹ volontairement afin de ne pas attirer l'attention. Le libre arbitre du juge joue ici un rôle essentiel. Ce dernier doit faire preuve d'une grande finesse dans sa compréhension du dossier pour identifier les faits adventices et les sortir du panier.

73. Juridiction du provisoire. La nécessité du scepticisme du juge s'exprime ensuite de façon plus spécifique, au regard de ce qui est attendu de certains juges qui doivent faire preuve d'une mesure particulière. Il est attendu d'eux qu'ils comprennent les faits litigieux avec précaution, sans prétendre établir les droits substantiels de chacun. Ces juges sont des sceptiques qui doivent douter lorsqu'ils doivent connaître de faits litigieux. Il leur faut renoncer à établir la vérité car leur office consiste à aborder le différend avec plus de retenue.

74. Juge des référés. Le cas le plus typique est celui du juge des référés. La juridiction des référés est une juridiction originale. Non saisi du principal, le juge des référés doit comprendre le litige au provisoire, c'est-à-dire sous un rapport particulier. Le fait que le juge des référés ne soit pas saisi au fond signifie qu'il doit comprendre les faits d'une certaine façon, plus précisément en faisant abstraction du principal, c'est-à-dire sans se prononcer sur le fond du droit ou le fond du litige. Comme le dit un auteur, il doit aborder le litige « par précaution »². Si les chefs de compétence de ce juge sont divers, le référé est un dispositif judiciaire qui permet toujours un examen rapide du contentieux. Du juge des référés, il est quasiment attendu l'impossible : sollicité par des plaideurs pressés qui souhaitent obtenir, sans attendre, une décision. Il lui faut juger vite tout en jugeant bien. Il doit comprendre tous les aspects factuels du litige sans prendre parti sur le fond du droit, le tout à l'issue d'une procédure sommaire entièrement tournée vers un objectif de célérité. C'est la difficulté de cette tâche qui explique que la juridiction des référés est dévolue aux présidents de juridiction.

4^e éd., les termes employés étaient les suivants : « (...) il faut savoir qu'au début du procès, il arrive fréquemment que les parties allèguent, comme en vrac, toute une masse de faits pouvant toucher de près ou de loin le procès », n° 260, p. 216.

¹ V. J. Beauchard, « La tendance au refoulement du fait dans le procès civil », in Mél. S. Guinchard, 2010, Dalloz, p. 587.

² Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, Th. Strasbourg, 1993, XXII.

Si le juge statue au « provisoire », ce n'est pas parce que sa décision est temporaire mais parce qu'il ne doit en rien préjuger du principal. Cette mission est délicate. Elle nécessite que le juge des référés fasse preuve d'une grande habileté dans la compréhension des faits litigieux. Il ne doit pas être idéaliste mais à la fois réaliste et prudent¹.

75. Réalisme. Réaliste, il doit l'être car il ne lui appartient pas de mettre un terme définitif au différend en déterminant les droits de chacun, mais de prendre la décision qui s'impose au moment précis où les parties le sollicitent et au regard des éléments actuels du litige. Alors que le juge saisi du principal établit une situation qui a vocation à être pérenne en se prononçant sur l'existence des droits subjectifs des parties, en matière de référé, « la saisine du juge le porte au contraire à faire abstraction des droits subjectifs pour ne retenir que l'opposition des intérêts »². C'est ce qu'exprime l'article 484 du Code de procédure civile lorsqu'il précise que le juge des référés « n'est pas saisi au principal ».

76. Prudence. Prudent, il doit l'être également car il est attendu de lui une intelligence particulière du litige. Il doit comprendre le litige au provisoire en se gardant d'empiéter sur le fond de l'affaire. Il lui faut saisir la subtilité de chaque cas afin de déterminer les mesures qui doivent s'imposer au regard de l'actualité de la situation. Le juge des référés est un juge de l'instant. Toute la difficulté de sa mission réside dans la nécessité de trancher entre des intérêts qui paraissent contradictoires mais qui sont de valeurs équivalentes. Une partie lui demande de faire annuler la tenue d'un spectacle pour des questions d'ordre public, l'autre arguera de son droit fondamental à la liberté d'expression. Une partie sollicitera sa réintégration dans un logement en arguant d'un défaut de notification du titre d'expulsion délivré à son encontre ; l'autre invoquera son droit de propriété sur l'immeuble³. « La sagesse des juges des référés »⁴ consiste alors « à dépasser ces conflits de valeur »⁵. Il ne s'agit pas de dire qui, du demandeur ou du défendeur, a tort ou a raison sur le fond. Sa mission est guidée par la nécessité de préserver un certain équilibre entre les intérêts en présence sans rien préjuger au principal. « Ce juge contraint d'appréhender ces démarches contradictoires avec sa propre personnalité apprend à prendre de la distance avec ses motivations profondes et

¹ N. Cayrol, « Réalisme et prudence du juge des référés », D. 2011, p. 904.

² N. Cayrol, « Réalisme et prudence du juge des référés », *loc. cit.*, n° 2.

V. aussi sur ce point : A. Gervais, « Quelques réflexions à propos de la distinction des “droits” et des “intérêts” », in Mélanges P. Roubier, Dalloz-Sirey, 1961, t. 1, p. 241.

³ Civ. 2^e, 7 juin 2007, n° 07-10.601, Bull. civ. II, n° 146 ; D. 2007. 1883 ; JCP G 2007, IV, 2431.

⁴ N. Cayrol, *loc. cit.*, n° 14.

⁵ *Ibid.*

parvient, non pas dans la hâte, dans le sens péjoratif du terme, mais avec la célérité qu'imposent les circonstances, à rendre une bonne justice »¹. Pour ce faire, le droit s'en remet à la personnalité du magistrat qui saura mobiliser toutes ses qualités pour bien appréhender le cas litigieux : « pour chacun, la prudence et le réalisme des décisions rendues dans des conditions délicates tiennent évidemment aux qualités éminentes des magistrats qui les ont arrêtées »². Il y a, dans la sollicitation de ces propriétés subjectives, la marque d'une confiance placée dans le libre arbitre du juge pour procéder à l'appréhension des faits.

77. L'examen de ces lumières attendues du juge dans la compréhension des faits litigieux souligne le fait que cette opération est subtile. Elle ne peut être dotée d'une automaticité ne laissant aucune place au libre arbitre. Tous les contentieux n'appellent pas le même regard. Si le libre arbitre du juge est sollicité, c'est pour assurer la compréhension la plus adaptée aux besoins du contentieux, une compréhension qui ne peut être le fait d'une machine à juger. Elle requiert une finesse d'analyse dont seul l'esprit humain sait faire preuve. À cet égard, le libre arbitre du juge doit être perçu comme une donnée positive, préservée par le droit, car elle renvoie à l'utilité de ses lumières personnelles dans la compréhension des faits.

78. Si la première étape du travail judiciaire consiste à comprendre les faits qui sont exposés par les parties, le juge doit ensuite en déterminer la valeur. Il ne doit pas croire les plaideurs sur parole. Il lui appartient de ne prendre en compte que des faits dont il a pris soin de vérifier l'existence. Pour lui permettre de mener à bien cette mission, le juge se voit doté d'une marge de liberté importante, ce qui témoigne du rôle essentiel joué par son libre arbitre dans la recherche de la vérité judiciaire.

Section 2 : La recherche de la vérité judiciaire

79. « **Plaisante justice qu'une rivière borne...** ». De prime abord, la place du libre arbitre du juge dans la recherche de la vérité n'est pas bien perçue car elle recèle un risque d'inégalité entre les plaideurs. Chacun connaît l'aphorisme de Pascal : « Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà »³. Ce que l'on dit moins,

¹ H. Le Foyer de Costil, « Le vol d'aigle du juge des référés », in Mél. P. Bellet, Litec, 1991, p. 378.

² Rép. proc. civ., Dalloz, v° Référé civil, par N. Cayrol, 2016, n° 4.

³ B. Pascal, *Pensées*, 230 (69), in *Œuvres complètes*, Gallimard, La Pléiade, 1998, p. 1154.

c'est que Pascal s'est inspiré de Montaigne¹ qui avait perçu la subjectivité que comporte l'établissement de la vérité². Ainsi était mise en exergue la part de subjectivité inhérente à la question de vérité au cours du procès, c'est-à-dire à la question de la preuve. L'établissement de cette vérité ne provient pas de l'application d'« un droit de recette mécanique »³. C'est l'expérience du cas litigieux qui permettra d'établir la véracité des allégations de chaque partie. « Il faut dans chaque cas des pesées délicates et, pour y procéder, des juges dignes de Saint-Louis sous son chêne »⁴.

80. Opinion du juge. La vérité proclamée par le jugement n'est jamais absolue⁵. Fort heureusement⁶, elle est relative en ce qu'elle est largement dépendante des choix du juge. C'est par l'appréciation des preuves que le juge pourra se forger une opinion sur ce qu'il considère comme étant la vérité. Or, les preuves procèdent d'une logique démonstrative⁷ et non d'une logique déclarative. La preuve n'est rien d'autre qu'un « mécanisme destiné à établir une conviction sur un point incertain »⁸. Elle est un moyen au service d'une fin : c'est le moyen de la conviction du juge. « Dès sa formation, la vérité judiciaire est, non pas absolue, mais cumulativement relative. Elle l'est car elle n'est jamais que l'expression d'un débat (...). Elle l'est aussi parce qu'elle est comparative et que, dans l'obligation où il est de statuer, le juge n'est pas en droit de suspendre sa décision jusqu'à ce qu'il accède à une

¹ Il est établi que Pascal était un lecteur attentif de Montaigne. Dans *De l'esprit géométrique*, Pascal exprime toute l'admiration qu'il a pour Montaigne, en qui il voyait un « maître dans l'art de conférer ».

V. sur ce point : M. Laurent Thirouin, « Pascal et l'art de conférer », Cahiers de l'Association internationale des études françaises, 1988, vol. 40, n° 1, p. 199.

² Dans les *Essais*, Montaigne écrit : « Que nous suivons les lois de notre pays, c'est-à-dire cette mer flottante des opinions d'un peuple ou d'un prince, qui me peindront la justice d'autant de couleurs et la reformeront en autant de visages qu'il y aura en eux de changements de passion ? Je ne puis pas avoir le jugement si flexible. Quelle bonté est-ce, que je voyais hier en crédit, et demain ne l'être plus, et que le trajet d'une rivière fait crime ? Quelle vérité que ces montagnes bornent qui est mensonge au monde qui se tient au-delà ? ». V. Montaigne, *Essais*, Livre II, Chap. XII, « Apologie de Raymond Sebond », coll. « La Pléiade », n° 14, 2007, p. 563.

³ A. Bénabent, « Observations finales », in, M. Mekki, L. Cadiet et M. Grimaldi, (dir.), *La preuve, regards croisés*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2015, p. 281.

⁴ *Ibid.*

⁵ V. sur le mythe de la vérité judiciaire : V. Bolard, « Preuve et vérité : rapport luxembourgeois », Ann. dr. luxembourgeois, 2013, p. 37.

V. aussi : G. Lardeux, « Preuve civile et vérité », in Mél. J.-L. Bergel, Bruylant, 2013, p. 911.

⁶ P. Hébraud, « La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge », Annales univ. sciences sociales de Toulouse, tome XXXVI, 1988, p. 404 : « On doit redouter aussi bien l'idéologie de la vérité absolue que celle du règne de la loi, car elles sont, aussi bien, l'une que l'autre, et souvent ensemble, le germe de tous les despotismes ».

⁷ V. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11^e éd., 2016, v° Preuve, p. 801 : « Démonstration de l'existence d'un fait (matérialité du dommage) ou d'un acte (contrat, testament) dans les formes admises par la loi » ; V. aussi sur cet aspect : L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. « Thémis », 2^e éd., 2013, n° 250, p. 839.

⁸ H. Levy-Bruhl, *La preuve judiciaire*, Paris, éd. Marcel Rivière et Cie. 1965, p. 15.

certitude parfaite, réduit à se prononcer en faveur de la meilleure preuve »¹. La vérité proclamée dans le cadre d'un procès ne sera jamais « que ce que le juge tiendra pour vrai »², de sorte qu'il serait bien prétentieux de penser qu'elle repose sur autre chose « qu'une conviction purement subjective, contingente et humaine »³. Cela suggère l'importance du rôle du libre arbitre du juge dans l'établissement de la vérité judiciaire.

81. L'utilité du libre arbitre se mesure à deux égards. Le juge doit pouvoir déterminer s'il est nécessaire de provoquer la production d'éléments de preuve pour parvenir à cette vérité (§1). Il doit aussi être en mesure de faire la part des choses entre les différents éléments de preuve invoqués par les plaideurs, en fixant la valeur qu'il convient de leur donner. Le libre arbitre du juge est indispensable à l'établissement de la force probante des éléments de preuve versés au débat (§2).

§1. La faculté de provoquer la production des preuves

82. L'art d'administrer la preuve. Les besoins probatoires n'apparaissent jamais clairement *in limine litis*. Ils dépendent en grande partie de l'évolution de l'instance et de l'émergence plus ou moins rapide de ce que le juge estime être la vérité judiciaire. Le recours au libre arbitre du juge permet de donner à la production des preuves une souplesse nécessaire là où un cadre rigide, quoique porteur de plus de prévisibilité, serait lacunaire. Le choix qui est fait est de solliciter la sagesse et la perspicacité du juge dans le but de parvenir à la meilleure décision possible. Le libre arbitre permet de mettre en œuvre « l'art d'administrer la preuve »⁴. Le juge doit être en mesure d'apprécier librement le caractère suffisant des preuves versées par les plaideurs. Il doit pouvoir en provoquer lui-même la production en cas de besoin (A). Le libre arbitre du juge est aussi nécessaire dans les contentieux qui appellent un rôle plus actif du juge dans l'information de la juridiction appelée à statuer. Son libre arbitre est indispensable dans les litiges qui donnent lieu à une instruction (B).

¹ G. Cornu, « Rapport de synthèse », in *La vérité et le droit*, Actes des conférences Journées canadiennes à Montréal, 1987, éd. Association H. Capitant, Economica, 1989, p. 6-7.

² J. Normand, *Le juge et le litige*, préf. R. Perrot, LGDJ, 1965, n° 291, p. 307.

³ *Ibid.*

⁴ J. Bentham, *Théorie des peines et des récompenses. Traité des preuves judiciaires*, Bruxelles, 1840, 3^e éd., Société belge d'édition, p. 242 : « Ainsi, l'art de la procédure n'est essentiellement que l'art d'administrer les preuves ».

V. aussi : S. Amrani-Mekki, « Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal, administratif) », in M. Mekki, L. Cadiet et M. Grimaldi (dir.), *La preuve : regards croisés*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2015, p. 111.

A. La production de preuves dans les procédures accusatoires

83. Procédure accusatoire. L'utilité du libre arbitre du juge dans la production des preuves se manifeste à travers la faculté qui lui est laissée de solliciter des éléments de preuve lorsque ceux qui ont été versés par les parties ne l'ont pas suffisamment éclairé sur les faits litigieux. Quel que soit le contentieux envisagé, le juge a généralement la possibilité de provoquer lui-même l'établissement de certaines preuves, à chaque fois qu'il l'estime opportun. Il jouit d'un pouvoir d'initiative qui lui permet de ne pas attendre qu'une partie le propose ou l'accepte pour ordonner la production d'une preuve. Dans les procédures accusatoires, s'il en est, le procès est peut-être la chose des parties¹ mais la vérité judiciaire est toujours la chose du juge². Bien qu'elle ne soit pas sans limite³, la marge de manœuvre dont il dispose est importante. Le plus souvent, le seul élément qui doit le guider dans la décision de provoquer la production d'une preuve est son appréciation de l'opportunité de l'élément en question dans la manifestation de la vérité judiciaire.

84. Rôle actif du juge. C'est le cas pour les procès de type accusatoire dans lesquels les parties ont en principe la charge de verser les éléments de preuve tendant au succès de leurs prétentions respectives. Dans ce type de procès qui portent sur des intérêts privés, le libre arbitre du juge pourrait dans l'absolu être exclu. Le juge pourrait se voir refuser tout pouvoir d'initiative quant à la décision de provoquer la production d'un élément de preuve car le procès en cause ne regarde finalement que les parties. Dans un tel système, le juge serait confiné à un rôle d'arbitre passif censé départager les plaideurs au terme d'une instance où son rôle se limiterait à veiller au respect des exigences procédurales. Ce n'est pourtant pas le choix qui est fait. Le droit français se caractérise par la volonté de doter le juge d'une liberté importante qui lui permet de ne pas subir passivement les choix effectués par les parties en

¹ V. le thème des cinquième rencontres de procédure civile organisées le 5 décembre 2014 à la Cour de cassation : L. Flise et E. Jeuland, *Le procès civil est-il encore la chose des parties ?*, IRJS éd., Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne- André Tunc, 2015.

² C'est ce que suggérait Motulsky lui-même : « Si l'on dit que le procès civil est "la chose des parties", cette formule ne peut s'entendre que réserve faite du respect dû à la valeur de la justice comme telle... Or c'est le juge qui est responsable de la valeur de justice » : H. Motulsky, *La réforme de Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès*, JCP G 1966, I, 1996, n° 4.

V. aussi : P. Hébraud, « La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge », *Annales univ. sciences sociales de Toulouse*, tome XXXVI, 1988, p. 379.

³ La faculté laissée au juge de provoquer la production d'éléments de preuve est généralement limitée par un principe de subsidiarité en vertu duquel le juge ne peut suppléer la carence des parties. En matière civile par exemple, l'article 146 du Code de procédure civile prévoit qu'« une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver ». Son alinéa 2 ajoute qu'« en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ».

termes de preuves. La charge de la preuve ne pèse pas uniquement sur les plaideurs en cause. Elle concerne aussi pleinement le juge qui doit lui aussi participer à la recherche de la vérité judiciaire¹.

Par exemple, dans le procès civil, qui est classiquement décrit comme la chose des parties en vertu du principe dispositif², le juge dispose de prérogatives dans l'établissement des éléments de preuve. Sur ce point, l'évolution contemporaine du droit a même consisté en un renforcement de son implication³. Le modèle du juge-arbitre instauré par le Code de procédure civile de 1806⁴ a laissé place à un système dans lequel le juge joue un rôle actif dans la révélation de la vérité judiciaire. Ce n'est donc plus tout à fait les parties qui ont seules la maîtrise de la matière litigieuse, c'est-à-dire la possibilité « de nourrir la contestation »⁵. Libéré de la « neutralité complète »⁶ à laquelle on a voulu l'astreindre, le juge s'est vu reconnaître, depuis la réforme du Code de procédure civile, une liberté de plus en plus importante dans l'établissement des éléments de preuve⁷. Il dispose désormais de la possibilité de diriger l'instance⁸. Il n'est plus « le muet du sérail qu'il était autrefois »⁹ mais joue un rôle moteur dans la recherche des preuves. Cette implication renforcée du juge repose

¹ V. sur l'essor des pouvoirs du juge civil dans l'administration de la preuve : N. Hoffshir, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2016, nos 55 s., p. 76 s.

² C'est à Henri Motulsky que l'on doit l'appellation « principe dispositif ». Selon l'auteur, dans le procès civil, les parties disposent du litige. Elles « sont maîtresses de la matière litigieuse » : H. Motulsky, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in *Ecrits et notes de procédure civile*, préf. G. Cornu et J. Foyer, Dalloz, 1973, p. 39.

Sur le principe dispositif, v. : F. Brus, *Le principe dispositif et le procès civil*, Th. Pau, 2014.

³ Cette évolution a bousculé les traditions. Dans l'ouvrage de procédure civile de Glasson et Tissier, les auteurs expliquent que « dans notre droit français, il est de tradition que c'est en principe, aux parties, non au juge de réunir les éléments de fait et d'apporter les preuves » : E. Glasson et A. Tissier, *Traité théorique et pratique de l'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, T.II., 3^e éd., Sirey, 1926, n° 593, p. 656.

⁴ Le Code de procédure civile de 1806 poursuivait le but affiché de réduire le rôle du juge dans le procès civil. Dans l'exposé des motifs de ce Code, le conseiller d'Etat Jean-Baptiste Treilhard souligna la force de cette idée se relevant les mérites d'un système qui devait assurer au procès « une marche fixe, qui ne permette pas l'arbitraire dans l'instruction, parce qu'il serait bientôt suivi de l'arbitraire dans le jugement ». « Exposé des motifs, par Treilhard », in P. Lepage, *Nouveau style de la procédure dans les cours d'appel, les tribunaux de première instance, de commerce et dans les justices de paix ou le Code judiciaire mis en pratique par les formules ; suivi de l'exposé des motifs présentés au corps législatifs par les orateurs du Gouvernement, et du texte de la loi d'après l'édition originale et officielle*, Paris, Chez Hacquart, 1806, p. 769.

⁵ V. la définition de cette maîtrise donnée par le professeur Bolard. G. Bolard, « Les principes directeurs du procès civil, le droit positif depuis Henry Motulsky », JCP G 1993, I, 3693 : « la maîtrise de la matière litigieuse, c'est le pouvoir de fixer les éléments du litige, de nourrir la contestation ».

⁶ S. Dauchy, « La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1806 », in L. Cadiet et G. Canivet (dir.), *De la commémoration d'un Code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Litec, 2006, p. 83.

⁷ V. G. Tarzia, « Les pouvoirs d'office du juge en matière de preuve », in *Mél. en l'honneur de R. Perrot Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Dalloz, 1996, p. 469.

⁸ V. P. Hébraud, « La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge », *Annales univ. sciences sociales de Toulouse*, tome XXXVI, 1988, p. 379.

⁹ R. Perrot, RTD civ. 2007. 178, obs. ss. Civ. 2^e, 12 oct. 2006, Bull. civ. II, n° 267.

sur la nécessité de ne jamais l'astreindre à être tributaire des choix des parties dans l'établissement de la preuve. Il est aussi une garantie de bonne justice pour les plaideurs. Lorsque Henri Motulsky appelait à une implication plus importante du juge au cours de l'instance, il justifiait sa proposition en relevant que le magistrat ne devait pas être « condamné à assister impuissant, à la victoire d'une cause qu'il sait mauvaise, uniquement parce que l'une des parties est mal défendue »¹. La passivité du juge « n'est certainement pas une garantie de bonne justice et l'expérience l'a démontré : elle favorisait les manœuvres dilatoires, ralentissait abusivement le cours de la justice et, ce qui est le plus grave, risquait de livrer l'un des plaideurs à la discrétion d'un adversaire moins scrupuleux, ayant uniquement pour souci de retarder l'issue du procès »². Au contraire, la participation active du juge dans l'établissement de la preuve vise à assurer un meilleur traitement de la querelle afin qu'il soit toujours en mesure de prendre une décision en toute connaissance de cause, c'est-à-dire sans que son appréciation du cas litigieux ne soit tronquée par l'insuffisance des éléments de preuve versés par les parties³. Parce que dans le procès civil, « chacun combat pour lui-même et nullement pour la vérité »⁴, l'intervention du juge a pour but de faire primer, sur le duel judiciaire, la recherche de cette vérité. S'il a l'obligation d'examiner les éléments de preuve qui lui sont soumis⁵, « la base fondant la conviction du juge ne se limitera pas nécessairement aux éléments de preuve présentés par les parties »⁶.

De nombreuses dispositions figurant dans le Code de procédure civile traduisent techniquement l'importance du recours au libre arbitre du juge quant à l'établissement de la vérité judiciaire.

85. Explications des parties. Le juge dispose de prérogatives générales qui lui permettent de provoquer lui-même les explications des parties sur les faits du litige lorsque certains points demeurent flous. L'article 8 du Code de procédure civile lui donne la possibilité d'« inviter » les parties à fournir les explications de fait qu'il estime utiles à la solution du litige. Cette invitation adressée par le juge n'en est pas vraiment une. C'est une sorte d'invitation forcée,

¹ H. Motulsky, *Écrits, Études et notes de procédure civile*, Dalloz, préf. G. Bolard, réed. 2010, p. 59.

² P. Efthymios, « Les pouvoirs d'office du juge dans la procédure civile française et dans la procédure civile grecque », RIDC, 3-1987, p. 705.

³ V. P. Hébraud, « Rapport introductif aux travaux du V^e colloque des IEJ », in *La logique judiciaire*, PUF, 1969, p. 25 : « Le droit ne se propose pas la recherche de la vérité dans la connaissance, mais celle de la justice dans l'action ».

⁴ J. Carbonnier, note ss. T civ. Lille, 18 mars 1947, D. 1947. 507.

⁵ Civ. 2^e, 10 déc. 1998, n° 96-22.023, Bull. civ. II, n° 297.

⁶ Rép. pr. civ., Dalloz, v° Preuve, 2016, par. F. Ferrand, n° 398.

« comme pour un repas de famille »¹. Le juge peut décider de solliciter ces explications afin d'éclairer certains aspects factuels du litige qu'il a encore du mal à saisir. En matière gracieuse, la marge de liberté du juge est encore plus importante puisqu'il peut procéder, même d'office, « à toutes les investigations utiles »², le législateur restant délibérément vague sur la nature de celles-ci. Dans tous les cas, ces initiatives sont laissées à sa libre appréciation.

86. Production forcée d'une pièce. Le juge bénéficie aussi de prérogatives plus spécifiques qui lui permettent notamment de provoquer la production forcée d'une pièce détenue par une partie ou par un tiers. En matière civile, la Cour de cassation s'en remet à la sagesse du juge qui dispose d'une simple faculté dont l'exercice est laissé à sa libre appréciation³. Elle considère que c'est dans l'exercice du pouvoir laissé par la loi « à sa discrétion » qu'un juge peut, sans être tenu de s'expliquer sur une telle demande, ordonner ou refuser la production d'une telle pièce⁴. C'est lui qui décide, sans même avoir à se justifier.

87. Mesures d'instruction. C'est dans le prononcé des mesures d'instruction que le recours au libre arbitre du juge est le plus remarquable, sans doute en raison de l'importance de ces mesures. Les mesures d'instruction sont des investigations menées sur décision du juge en vue d'établir la preuve de certains faits litigieux et d'éclairer le juge dans sa prise de décision. Elles sont variées et se distinguent selon qu'elles nécessitent l'intervention d'un technicien⁵ ou non⁶. Quelle que soit la mesure choisie, le juge dispose de la plus grande latitude dans le prononcé de ces mesures. Il peut décider librement, en fonction des circonstances de la cause, d'y recourir. C'est au seul juge qu'il appartient de provoquer une mesure d'instruction s'il estime devoir le faire pour établir la vérité judiciaire. Posant un principe général, l'article 10 du Code de procédure civile donne au juge « le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles ». L'article 144 du même Code précise, quant à lui, qu'une mesure d'instruction peut être ordonnée en tout état de cause « dès lors que le juge ne s'estime pas suffisamment informé sur l'affaire ». Parce que le juge est le mieux placé pour décider s'il convient ou non d'ordonner une telle mesure, il se voit conférer la plus grande

¹ R. Martin, « Un autre procès est-il possible ou est-ce interdit de rêver ? », RTD Civ. 1994, p. 557.

² C. pr. civ., art. 27.

³ V. par ex., retenant un pouvoir discrétionnaire : Civ. 1^{re}, 4 déc. 1973, Bull. civ. I, n° 336 ; Civ. 2^e, 10 févr. 1977, *ibid.* II, n°32 ; D. 1977. IR 264, obs. Julien ; 14 nov. 1979, D. 1980. 365, note Lemée ; Civ. 3^e, 24 févr. 1988, n° 86-1497, inédit : JCP G 1988, IV, 166 ; Com., 9 déc. 1980 : Bull. civ. IV, n°417.

⁴ Civ. 2^e, 16 oct. 2003, Bull. civ. II, n° 307.

⁵ V. C. pr. civ., art. 249 s. pour les constatations ; art. 256 s. pour la consultation et art. 263 s. pour l'expertise.

⁶ V. C. pr. civ., art. 179 s. pour les vérifications personnelles du juges ; art. 184 s. pour la comparution personnelle des parties ; art. 199 s. pour les déclarations des tiers.

marge de manœuvre. La seule chose qui doit le guider dans cette mission, c'est l'état de sa connaissance à l'égard du litige. Il peut refuser d'user de la faculté dès lors qu'il s'estime suffisamment informé¹. La Cour de cassation considère sur ce point que les juges du fond apprécient souverainement l'opportunité d'ordonner les mesures d'instruction demandées², certaines décisions ayant même été jusqu'à reconnaître un pouvoir discrétionnaire dispensant le juge du fond de toute motivation³. La liberté du juge est si grande qu'il a la possibilité de prononcer ces mesures d'office sans que les parties ne les aient sollicitées. Cette faculté est prévue à l'article 143 du Code de procédure civile qui dispose que les faits dont dépend la solution du litige peuvent, « à la demande des parties ou d'office », être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible. Sans cette marge de liberté, les parties auraient certes l'entière maîtrise de la question mais cela pourrait conduire le juge à statuer sur des faits à l'égard desquels il existe encore certaines incertitudes. Le recours au libre arbitre permet d'éviter cet écueil. Cela lui laisse la possibilité d'ajuster le nombre des mesures d'instruction aux besoins apparus au cours de l'instance. Or, ces besoins sont fonction de la pertinence des éléments versés par les parties, de sorte que leur détermination repose sur une analyse concrète. La marge d'appréciation dont il dispose est un élément de souplesse favorisant une adaptation aux nécessités de chaque cause. C'est d'ailleurs ce que suggère la possibilité qui lui est laissée de décider « à tout moment »⁴ d'accroître ou de restreindre une mesure déjà prononcée. Par exemple, en matière d'expertise, il résulte de l'article 232 du Code de procédure civile que, lorsque le juge estime le rapport d'expertise insuffisamment précis, il peut demander une expertise complémentaire⁵ ou étendre la mission de l'expert à des investigations qui n'étaient pas prévues dans sa décision initiale⁶.

88. « La prudence des magistrats ». Sur ce point, il est parfois demandé de respecter une certaine hiérarchisation entre certaines mesures. Ainsi, est-il invité à privilégier les mesures

¹ Com., 2 juin 1970, Bull. civ. IV, n° 184 ; 8 déc. 1981, Bull. civ. IV, n° 428 ; Soc., 5 mars 1987, Bull. civ. V, n° 107.

² V. Civ. 2^e, 26 juin 2008, Bull. civ. II, n° 156 ; BICC 15 nov. 2008, n° 1734 ; R. 2008. 332 ; D. 2008. AJ 1906 ; JCP G 2008, Actu. 487, obs. Salati.

³ V. Civ. 3^e, 10 févr. 2009, Procédures 2009, n° 105, note Perrot ; 8 févr. 2006, Bull. civ. III, n° 25 ; AJDI 2006. 385, obs. Rouquet ; Loyers et copr. 2006. Comm. 102, note Vial-Pedroletti ; Administrer juin 2006. 43, note Canu ; JCP E 2006, 2145, note Vial-Pedroletti ; Defrénois 2006. art. 38433, p. 1236, Chron. R. Libchaber ; Administrer juin 2007. 46, obs. Beddeleem.

Dans le même sens : Com., 25 avr. 2006, n° 04-19.656 ; Civ. 2^e, 8 avr. 2004, n° 02-18.838.

⁴ C. pr. civ., art. 149.

⁵ Civ. 1^{re}, 30 janv. 2007, n° 06-11.028, JCP G 2007, I, 200, obs. Jeuland ; Procédures 2007. Comm. 79, obs. Perrot ; Dr. et patr. janv. 2000, p. 103, obs. Amrani-Mekki.

⁶ Rouen, ord. 1er juill. 1983, Gaz. Pal. 1984. I. Somm. 47.

les plus simples et les moins onéreuses¹ ; autrement dit, de recourir aux mesures les moins « lourdes »². Mais, ces principes ne sont que des suggestions faites au juge, lequel reste maître de la décision de recourir ou non à la mesure qu'il décide de prononcer. Pour indiquer que cette décision relève de la seule perspicacité du juge, la Cour de cassation emploie une belle formule. Elle s'en remet à « la prudence des magistrats pour apprécier l'opportunité de faire usage de cette faculté selon les circonstances de la cause »³. Le juge pourra refuser une mesure d'instruction sollicitée par une partie en invoquant son manque de pertinence⁴, qu'il s'agisse de la preuve d'un acte ou d'un fait⁵. Cette « prudence » des magistrats visée par la Cour de cassation désigne une vertu, celle qui consiste à peser le pour et le contre de la mesure en question. Il est demandé au juge de faire la part des choses entre la mesure inutile qui ne ferait que retarder la progression de l'instance et la mesure utile à la manifestation de la vérité judiciaire. L'exercice de la faculté conférée au juge relève d'un choix délicat, subtil, qui ne peut se passer du libre arbitre du juge.

89. La nécessité de ce libre arbitre est plus nette encore dans les contentieux où le juge est placé au cœur de l'instruction de l'affaire. Dans ces hypothèses, le litige met en cause des intérêts trop importants pour que les plaideurs jouent les premiers rôles dans l'établissement de la vérité judiciaire. Lorsque le législateur prévoit ce type de procédures, dites inquisitoires, il accorde au juge « une confiance particulière »⁶ en l'investissant de la mission de mettre l'affaire en état d'être jugée. Un juge spécialement désigné se voit alors confier la liberté d'instruire le litige pour établir la vérité judiciaire.

B. La production de preuves dans les procédures inquisitoires

90. Procédure inquisitoire. Le juge bénéficie parfois d'une grande autonomie dans l'instruction des affaires. Cette idée se retrouve en particulier dans les contentieux inquisitoires qui instituent un juge *ad hoc*, spécialement chargé de recueillir des éléments de

¹C. pr. civ., art. 147 : « Le juge doit limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux ».

² Par exemple, l'expertise, qui est la mesure d'instruction la plus réglementée, obéit à une règle de subsidiarité par rapport aux autres mesures d'instruction exécutées par un technicien.

V. C. pr. civ., art. 263 : « L'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge ».

³ Civ. 2^e, 30 juin 1976, n° 75-10.033, JCP G 1976, IV, 282.

⁴ Civ. 1^{re}, 2 juill. 1974, Bull. civ. 1974, I, n° 212.

⁵ Civ. 2^e, 23 mars 1966, Bull. civ. 1966, II, n° 387 ; Civ. 1^{re}, 22 déc. 1981: Bull. civ. 1981, I, n° 396.

⁶ C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *Procédure civile*, 33^e éd., Dalloz, Précis, n° 439, p. 345.

preuve en vue d'éclairer la formation de jugement à qui il incombera de trancher. Le mot inquisitoire désigne, dans un sens étroit, le caractère d'un système de preuve dont le juge « a la maîtrise »¹ en ce qu'il repose sur ses initiatives.

91. Juge d'instruction. En matière pénale, cette mission est dévolue au juge d'instruction. Celui-ci se voit confier une mission essentielle qui consiste à établir la vérité des faits visés dans le réquisitoire introductif qui l'en a saisi. Son rôle est de recueillir les éléments relatifs à l'éventuelle participation des personnes mises en cause à la commission des faits litigieux et d'apprécier si ces éléments constituent des charges suffisantes pour que ces personnes soient traduites devant la juridiction de jugement compétente. Son office consiste à préparer, en vue du procès, un dossier complet qui éclairera la juridiction sur les faits litigieux. Il lui est demandé d'assurer le bon déroulement de l'information afin de permettre le meilleur traitement possible de l'affaire. Il dispose, pour cela, de « pouvoirs forts »² qui lui permettent de réunir tous les éléments concourant à la manifestation de la vérité afin que la formation de jugement puisse juger en toute connaissance de cause. Il est prévu que le juge doit se départir de tout préjugé et préserver la neutralité de l'information. Il instruit « à charge et à décharge », c'est-à-dire qu'il recueille tous les éléments en faveur et à l'encontre de la personne poursuivie. L'intervention du magistrat instructeur se caractérise par la grande liberté qui lui est laissée quant aux orientations qui seront prises tout au long de l'information. Il ordonnera les mesures d'instruction qui lui paraîtront utiles pour parvenir à faire toute la lumière sur les faits dont il est saisi. Cette marge de liberté est un gage de qualité de l'instruction car seul le cheminement de l'enquête peut lui permettre d'orienter son action. Il détermine, en conscience, les mesures opportunes pour instruire efficacement le dossier.

92. Marge de manœuvre du juge d'instruction. La place du libre arbitre du juge se retrouve à travers l'article 81 du Code de procédure pénale, lequel dispose que magistrat instructeur procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information « qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité ». Ce texte pose le principe selon lequel le juge d'instruction est libre de recourir aux actes d'information de son choix, dès lors qu'il se conforme au cadre légal qui lui est imposé. S'il agit sous le contrôle de la chambre de l'instruction, le juge dispose d'une liberté de décision étendue dans l'accomplissement de cette mission. Maître de

¹ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11^e éd., 2016, v^o. Inquisitoire, p. 553 : « Qui repose sur l'initiative du juge (...) ».

² J. Pradel, « Le rôle du juge dans la charge de la preuve. Approche comparée dans les systèmes de *Common law* et Romano-germanique », in Mél. G. Giudicelli-Delage, Dalloz, 2016, p. 829.

la conduite de l'information, le juge d'instruction maîtrise le déroulement de l'instruction. C'est lui qui oriente l'enquête et mobilise ses talents pour faire émerger la vérité. « La loi abandonne à sa conscience l'appréciation de l'utilité ou de l'opportunité des actes auxquels il procède ou fait procéder »¹, sauf l'obligation, lorsqu'il refuse d'ordonner une mesure requise ou sollicitée, de motiver ce refus dans une ordonnance. Il décide souverainement des moyens qu'il doit employer pour procéder aux actes d'instruction utiles à la répression de l'infraction visée aux poursuites et procède aux diverses opérations de son information dans l'ordre qu'il estime opportun. Il apprécie, également, le moment où son information lui semble complète et où le dossier peut être communiqué aux fins de règlement². En bref, sa marge de manœuvre est grande, ce qui traduit la volonté du droit de ne pas enfermer la méthode d'établissement des preuves dans un système rigide. Au contraire, le choix qui est fait est de ne pas déterminer à l'avance quelles vont être les orientations prises par le magistrat instructeur. Le libre arbitre du juge est un moyen de garantir l'efficacité de l'instruction³.

93. Indispensable à l'établissement des preuves, le libre arbitre du juge est également nécessaire à la détermination de la force probante des éléments versés au débat.

§2. La détermination de la force probante

94. Conviction du juge. S'il y a un domaine dans lequel le libre arbitre du juge joue un rôle primordial, c'est bien celui de la force probante. L'appréciation des éléments de preuve repose sur une approche rationnelle mais « n'est pas dénuée de subjectivité »⁴. La force probante est en quelque sorte la faculté d'un élément probatoire « à emporter la conviction du

¹ Rép. pén. et pr. pén., Dalloz, v° Instruction préparatoire, 2016, par C. Guéry, n° 58.

² Crim., 1^{er} déc. 1960, D. 1961. 385 ; Crim., 17 mai 1966, Bull. crim. n° 150 ; Crim., 3 févr. 1967, D. 1967. 341.

³ Le contentieux administratif fournit lui aussi une illustration de la nécessité du libre arbitre du juge dans l'instruction des affaires. Selon la formule du Conseil d'État, c'est le juge qui dirige l'instruction. Il lui appartient de prendre, si nécessaire, toute initiative, à la demande d'une partie ou même d'office, pour assurer la bonne information de l'affaire. Pour y parvenir, il se voit fournir des moyens d'investigation importants prévus aux articles R. 621-1 et suivants du Code de la justice administrative. Sa marge de manœuvre est donc particulièrement large comme en témoigne la jurisprudence du Conseil d'État qui considère que le juge doit prendre « toutes mesures propres à lui procurer les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction » : CE, 26 nov. 2012, *Mme Codière*, req. n° 354108.

La latitude que la loi lui concède dans la conduite de l'instruction permet au juge d'orienter son action en fonction de l'évolution réelle du processus, le but étant de parvenir à une connaissance suffisamment précise des faits litigieux pour parvenir à juger « en toute connaissance de cause » : CE 7 oct. 1983, *Mlle Limoge*, req. n° 35249, Rec. p. 403 ; CE 23 juin 2004, *El Jouay*, req. n° 258177 ; CAA Marseille, 25 mars 2010, *M. Lidouh*, req. n° 08MA02253.

Cette marge de liberté du juge dans la conduite de l'instruction permet de dire que, dans la procédure administrative, « le rôle principal y est joué par le juge lui-même » : J. Lapanne-Joinville, « La direction de la procédure devant les tribunaux administratifs », AJDA 1965, p. 324.

⁴ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, Thémis, 2015, n° 429, p. 451.

juge, une fois produit à l'instance »¹. Le vocabulaire de la philosophie va en ce sens en définissant la preuve comme une « opération amenant l'intelligence d'une manière indubitable et universellement convaincante (du moins en droit), à reconnaître la vérité d'une proposition considérée d'abord comme douteuse »². Elle renvoie à l'impact que va avoir la preuve produite sur l'esprit du juge. C'est en quelque sorte la mesure de l'effet d'un élément de preuve sur le for intérieur du juge auquel il est demandé de trancher le litige. En somme, la force probante, c'est la détermination, par le juge, de « la force de persuasion »³ d'une preuve. Le rôle essentiel joué par le libre arbitre s'explique par le recours à l'intime conviction du juge (A), un principe dont l'utilité se mesure à l'aune de la subtilité que requiert la détermination de la force probante (B).

A. Le principe de l'intime conviction

95. Systèmes possibles. Dans sa *Collection de jurisprudence* datant de 1768, Jean-Baptiste Denisart, procureur au Grand Châtelet, écrivait : « il y a deux sortes de preuves ; savoir celles que les lois veulent qu'on tienne pour sûres, et celles dont elles laissent l'effet à l'appréciation des juges ». Le premier système est celui dans lequel le libre arbitre du juge est exclu. La valeur de chaque preuve est fixée à l'avance : c'est le système de la preuve légale. Le but est alors de faire obstacle à la liberté du juge dans l'appréciation de la force probante. Ce système « commande au juge de tenir pour vrai des faits établis par certains moyens de preuve, sans faire entrer en ligne de compte son intime conviction »⁴. Selon certains auteurs, la preuve légale témoigne d'une certaine défiance à l'égard du juge⁵. La prédétermination de la force probante est érigée en obstacle à la subjectivité de son jugement. « Pour des raisons de simplicité et de sécurité, la loi fixe à l'avance la force probante de plusieurs procédés de preuves »⁶. Historiquement, il y a des périodes au cours desquelles ce système a été privilégié⁷. Durant le Moyen-Âge¹, cela s'expliquait par le caractère divin de la justice. Le

¹ P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale*, Defrénois, coll. « Droit civil », 3^e éd., 2009, n° 210.

² A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 17^e éd., 1991, p. 822, v° « Preuve ».

³ *Ibid.*

⁴ F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2015, n° 614, p. 501.

⁵ V. Aly A. Rached, *De l'intime conviction du juge : Vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle*, Th. Paris, A. Pedone, 1942, n° 51, p. 95. V. aussi : J. Normand, *Le juge et le litige*, préf. R. Perrot, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1965, n° 304, p. 323 et s.

⁶ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, *op. cit.*, n° 675, p. 655.

⁷ V. sur les liens entre système de preuve et culture : E. Jeuland, « Preuve judiciaire et culture française », *Droit et culture*, 2005-2, p. 149.

recours aux ordalies témoignait par exemple de la volonté de s'en remettre à Dieu pour évaluer l'existence des faits litigieux. Processus de justice divine², l'ordalie consistait à soumettre les parties à une épreuve dont l'issue, orientée par Dieu, déterminait le sens du jugement. Ce mécanisme avait une dimension probatoire. La preuve des faits en cause était déterminée par le résultat obtenu qu'il s'agisse des ordalies unilatérales³ ou bilatérales⁴. Un peu plus tard, à partir du haut Moyen-Âge, la pratique des ordalies fut peu à peu remise en cause mais l'idée d'une hiérarchisation des preuves allait se maintenir et se renforcer, sous l'influence de la scolastique. À une époque où les juristes redécouvraient l'œuvre de Justinien, les glossateurs ont entrepris une « théorie des preuves légales » censée répertorier l'ensemble des règles liant le juge dans l'appréciation des preuves pour l'amener à constater de façon totalement objective la *probatio plenissima*, c'est-à-dire la preuve complète⁵. « Cette doctrine savante entendait établir un droit rationnel de la preuve, en évitant l'arbitraire du juge (...) »⁶. Dès lors, le juge « n'affirme pas le fait parce qu'il est intimement convaincu de sa réalité, mais parce que l'ensemble des preuves produites équivaut à une certitude présumée légale »⁷. La conviction du juge est indifférente puisque « l'automatisme de la preuve est précisément l'effet recherché »⁸.

¹ La société Jean Bodin pour l'histoire du droit a consacré un ouvrage à la question de la preuve. L'une des parties de cet ouvrage porte sur la preuve au Moyen-Âge. V. en particulier : J.-P. Lévy, « L'évolution de la preuve, des origines à nos jours, Synthèse générale », *La preuve*, Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, éd. de la librairie encyclopédique, Bruxelles, 1965, p. 9.

² V. parlant de preuves « surnaturelles » : J.-P. Lévy, v° Preuve, in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 1195 s.

³ Par exemple, l'ordalie par le fer rouge, ou *ferrum candens*, consistait à porter à mains nues une barre de fer brûlante, sur neuf pas. Un bandage était ensuite appliqué sur la main puis dans un sac de cuir scellé par un juge. Pour déterminer si l'accusé était coupable ou innocent, il fallait vérifier trois jours plus tard l'évolution de la plaie. Si elle était belle, cela constituait une preuve de l'innocence du plaideur. Si elle était vilaine, cela établissait au contraire sa culpabilité.

L'ordalie par le fer rouge avait une variante avec de l'eau bouillante. C'était l'*aqua fervens* : l'accusé devait plonger son bras dans un chaudron bouillant, et ramener le caillou ou l'anneau béni qui y avait été plongé. Le bras brûlé était bandé et on vérifiait l'état de la plaie quelques jours plus tard.

⁴ L'illustration la plus connue de ces ordalies bilatérales est le combat judiciaire. Les deux parties s'opposaient dans un duel à mort et le vainqueur prouvait, par ce jugement divin, le bien-fondé de sa prétention.

V. sur ce point : A. Berbouche, « Le duel : la preuve et la réparation par les armes », *rev. hist. droit*, 2009, p. 571.

⁵ V. sur ce point, J.-P. Lévy, « Le problème de la preuve dans les droits savants du Moyen Âge », in *La preuve*, Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, éd. de la librairie encyclopédique, Bruxelles, 1965, p. 137.

⁶ J.-L. Halperin, « La preuve judiciaire et la liberté du juge », in *Communications*, 84, 2009, Figures de la preuve, num. dirigé par R. Mandressi, p. 21.

⁷ G. André, *Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles*, Th. Paris, 1910, p. 17.

⁸ J. Normand, *Le juge et le litige*, préf. R. Perrot, 1965, LGDJ, n° 292.

96. Évolution du système de preuve. Le système de la preuve légale a peu à peu été remis en cause, notamment à l'époque de la Révolution¹. En particulier, en matière pénale, la primauté reconnue à l'intime conviction du jury populaire a conduit à une évolution du système de preuve. Le droit français se dirigea vers un autre système qui garantit au juge un plus large pouvoir d'appréciation. C'est le système de la preuve morale, dans lequel le juge se voit reconnaître la possibilité d'apprécier librement la valeur qu'il convient d'accorder à chaque élément de preuve apporté au soutien d'une allégation. Ce système n'avait pourtant rien de nouveau. Il était déjà appliqué à Rome. Le droit romain confiait au juge le soin d'apprécier les preuves *ex sententia animi sui*², c'est-à-dire d'après sa propre conscience.

97. Primauté de l'intime conviction. Cette faculté repose sur la mise en avant du libre arbitre du juge. En général, c'est au juge qu'il appartient de déterminer en conscience le degré de persuasion d'une preuve. Il dispose d'une marge d'appréciation qui lui permet d'établir lui-même une sorte de hiérarchisation des preuves versées aux débats, en fonction des circonstances et du contexte dans lequel elles s'inscrivent. Il est alors impossible de savoir à l'avance quelle valeur sera reconnue à une preuve par le juge car la force probante n'est plus déterminée à l'avance. Une telle liberté laissée au juge s'explique par la nature même de l'opération d'appréciation des preuves. Cette appréciation peut se définir comme l'opération intellectuelle par laquelle le juge établit sa conviction quant à l'existence des faits allégués par les parties. Or, « c'est, semble-t-il, le juge qui est le mieux placé pour décider lui-même s'il est convaincu ou non par les preuves débattues devant lui »³. C'est ce qui explique que, dans la plupart des contentieux, le système de la preuve morale est érigé au rang de principe. Le juge se voit confier le soin de déterminer quelles sont les preuves qui méritent d'emporter sa conviction. C'est le cas en matière administrative⁴, sociale⁵, pénale⁶ ou encore, dans une

¹ Voltaire, dans son *Commentaire sur le Traité de Beccaria*, avait violemment critiqué ce système en le tournant en dérision. Il écrivait : « le Parlement de Toulouse admet des quarts et des huitièmes de preuves. On peut y regarder, par exemple, un oui-dire comme un quart, un autre oui-dire plus vague comme un huitième, de sorte que huit rumeurs, qui ne sont qu'un écho d'un bruit mal fondé, peuvent devenir une preuve complète ».

² La formule est tirée d'un rescrit de l'empereur Hadrien du II^e siècle.

³ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, op. cit. n° 675, p. 655.

⁴ V. H. de Gaudemar, « La preuve devant le juge administratif », *Dr. adm.* 2009, Etude, 12.

⁵ Soc., 27 mars 2001, *Dr. social*, 2001, p. 679. V. aussi : D. Boulmier, *Preuve et instance prud'homale*, LGDJ, Bibliothèque de droit social, 2002.

⁶ L'article 427 du Code de procédure pénale affirme : « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ». V. sur ce point : F. Desportes et L. Lazergues-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., Economica, 2015, n° 626, p. 423.

certaine mesure, en matière commerciale¹. Dans un tel système, la loi n'établit pas de solution quant à la force probante du mode de preuve, de sorte que le magistrat devient le seul juge de la force qu'il convient de leur donner. Il va pouvoir apprécier, parmi la diversité des preuves produites, quelles sont celles qui le convainquent le plus. Le juge a « la liberté de fixer telle force probante à tel élément de preuve »². Partant, « l'appréciation de la preuve est dominée par la liberté et donc par l'absence de contraintes juridiques définissant une méthode d'évaluation des preuves et, plus généralement, de raisonnement sur les preuves »³. Le juge peut être convaincu de la pertinence d'une preuve versée au débat ou, au contraire, estimer qu'elle n'apporte rien à l'émergence de la vérité judiciaire. Cette liberté du juge se manifeste à travers la notion d'intime conviction dans la détermination de la valeur des preuves qui lui sont fournies. Or, l'intime conviction, c'est le produit du libre arbitre du juge. C'est l'opinion que le juge se forme en son âme et conscience. Cela « ne signifie pas que le juge peut se prononcer sans preuve, mais que l'on ne demande pas de compte au juge sur la façon dont, à partir des preuves fournies, il est parvenu à une certitude »⁴. La mise en avant de l'intime conviction traduit le refus de se passer du filtre du juge. Elle exprime la volonté de s'appuyer sur son ressenti, sur la perception personnelle qu'il développera à l'égard de ces éléments probatoires. L'intime conviction, c'est le refus de lier le juge quant à son appréciation de la valeur d'une preuve. Ce n'est toutefois pas la possibilité de s'en remettre à de simples impressions : « l'intime conviction n'est pas une intime intuition dans la mesure où la conviction repose bien évidemment sur des preuves »⁵. Le juge doit analyser l'élément produit dans son for intérieur et déterminer quelle valeur il convient de lui reconnaître. L'illustration la plus éclatante de la confiance placée dans l'intime conviction est connue. Elle est donnée par l'article 353 du Code de procédure pénale applicable à la cour d'assises. La rédaction de ce texte est parfaitement claire : « la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de

¹ V. par ex. : C. Com., art. L. 110-3 : « à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens, à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ».

² C. Tournier, *L'intime conviction du juge*, préf. R. Bernardini, PUAM, 2003, n° 6, p. 23.

³ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, op. cit., n° 426, p. 443.

⁴ P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, 4^e éd., Armand Colin, 2002, n° 59, p. 37. Ce sont les auteurs qui soulignent.

⁵ J.-F. Renucci, « Intime conviction, motivation des décisions de justice et droit au procès équitable », D. 2009, p. 1059.

sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : " Avez-vous une intime conviction ? " ».

98. For intérieur du juge. Le recours à l'intime conviction présente une utilité remarquable. Il évite que la vérité judiciaire ne soit artificiellement imposée au juge. Refuser de reconnaître à l'avance la valeur des preuves présentées au juge, c'est affirmer que c'est à lui et à lui seul qu'il appartiendra de révéler quel crédit il convient de leur accorder. Il est regrettable que cette marge de liberté soit le plus souvent présentée comme un risque pour les plaideurs en ce qu'elle ferait reposer la détermination de la force probante sur une appréciation à géométrie variable, vecteur « d'une totale insécurité juridique et d'issues abandonnées, sinon à l'arbitraire du juge, du moins à son appréciation de l'espèce »¹. Au contraire, c'est la garantie d'une évaluation affinée, particulière, concrète, de chaque élément de preuve soumis au juge. Si l'intime conviction apporte effectivement son lot d'incertitude, « au sens où elle procède secrètement et ne se justifie pas, par définition même »², c'est une incertitude utile qui donne au juge la possibilité d'opérer une vérification concrète de la pertinence des preuves produites, en fonction notamment du contexte dans lequel elles s'inscrivent. Confiance est faite « à sa prudence et à sa perspicacité pour découvrir et consacrer la vérité »³.

99. L'utilité de l'intime conviction se manifeste surtout au regard des limites inhérentes à la preuve. « Chaque élément de preuve implique, dans sa spécificité, une marge d'incertitude (...) »⁴. Le travail du juge rejoint celui du philosophe « qui considère que la preuve absolue n'existe pas. C'est dire que l'acte de juger a toujours une part d'approximation, avec une marge irréductible d'appréciation subjective »⁵. Le rôle du juge n'est pas de rechercher la vérité objective⁶ mais plutôt d'établir une vérité contingente en usant de son libre arbitre.

¹ J. Cl., « Contrats et obligations, Preuve. Charge de la preuve et règles générales », par D. Guével, n° 21, 2014.

² Th. Fossier et F. Lévêque, « Le « presque vrai » et le « pas tout à fait faux » : probabilités et décision juridictionnelle », JCP G 2012, doctr. 427, n° 21.

³ J. Normand, *Le juge et le litige*, préf. R. Perrot, LGDJ, 1965, n° 292, p. 309. V. en ce sens : F. Gorphe, *L'appréciation des preuves en justice, Essai d'une méthode technique*, 1947, Librairie du Recueil Sirey, p. 25 et H. Solus, « Le rôle du juge dans l'administration de la preuve », in *Etudes sur le rôle du juge*, Trav. Ass. Capitant, Dalloz, Paris, tome V, 1949, p. 130.

⁴ C. Tournier, *L'intime conviction du juge*, préf. R. Bernardini, PUAM, 2003, n° 99, p. 108.

⁵ J.-F. Burgelin, « Introduction », in C. Puigelier (dir.), *La preuve, op. cit.*, p. 2.

⁶ V. V. Bolard, « Preuve et vérité : rapport luxembourgeois », Ann. dr. luxembourgeois, 2013, n° 17, p. 16.

B. L'utilité de l'intime conviction

100. Le principe de l'intime conviction est un outil commode qui permet de régler les problèmes de preuves qui peuvent se poser au juge. Il lui donne la faculté de trancher les contradictions entre différentes preuves de valeurs équivalentes en disant, *in fine*, quelle est celle qui doit l'emporter (1). Il lui permet aussi de dépasser l'absence de fiabilité parfaite des éléments de preuve en s'assurant de leur valeur (2). Enfin, il arrive que les preuves soient impuissantes à établir la certitude des actes ou faits juridiques invoqués par les parties. C'est au juge que revient le soin de dépasser cette incertitude en statuant en fonction de ce qui lui paraît, dans son for intérieur, le plus vraisemblable. Il aura alors recours aux présomptions (3).

1. La contradiction entre les preuves

101. « Labyrinthe » de la preuve. Lorsqu'un litige est soumis au juge, il oppose par principe une pluralité de parties, chacune étant censée fournir les preuves destinées à démontrer la réalité de leurs allégations. Le juge se trouve donc le plus souvent confronté à une concurrence de preuves. Aussi, parce que le juge est en prise directe avec la complexité du cas litigieux, son libre arbitre intervient dans le règlement de cette concurrence : « dans le labyrinthe de la preuve, le juge veille, examine tout dès que le doute naît »¹.

102. Dans le système de preuve morale. Cette contradiction renvoie aux hypothèses dans lesquelles il n'est pas prévu de hiérarchisation entre les preuves, c'est-à-dire dans un système de preuve morale. Dans ce cas, le degré de conviction de chaque élément de preuve n'est pas déterminé². Parce que le juge est le mieux placé pour décider lui-même s'il est convaincu par les preuves débattues au cours de l'instance, il dispose de « la liberté de décider de l'existence des faits contestés, selon sa propre conviction »³. La volonté du législateur est de ne pas contraindre le juge à prendre une décision qui serait fondée sur une force probante déterminée

¹ G. Darcy, « Le juge administratif et la preuve », in C. Puigelier (dir.), *La preuve*, éd. Economica, coll. « Etudes juridiques », 2004, p. 56.

V. : P. Truche, « Le doute sur le fait ou le problème de la preuve », in *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, p. 43.

² À cet égard, la doctrine française accuse un important retard comparé à certains pays voisins dans lesquels il est possible de trouver de la littérature sur cette question. Cela s'explique aussi par le fait que le législateur lui-même se désintéresse de la question. Le droit français ne définit pas le degré de conviction que le juge doit atteindre pour accepter un fait comme prouvé. Sur ce point, v. not. la notion anglo-saxonne du « standard of proof » : M. Brinkmann, « *The synthesis of common and civil law standard of proof formulae in the ALI/UNIDROIT principles of transnational civil procedure* », Rev. dr. unif. 2004-4, p. 875 et le concept germanophone du « Beweismass » : Rép. proc. civ. Dalloz, v° Preuve, 2016, par F. Ferrand, n° 483 et s.

³ J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, op. cit. p. 604.

à l'avance et potentiellement en contradiction avec la représentation que se fait le juge de la réalité des faits litigieux. Garant de la vérité judiciaire, il doit dire quelle est la preuve qui, selon lui, permet d'y aboutir.

103. Absence de contrôle. Le principe de l'intime conviction est en cela précieux, tellement précieux qu'il est interdit d'altérer la liberté d'appréciation laissée au juge. En particulier, alors que dans certains systèmes étrangers, les Cours suprêmes opèrent un contrôle poussé de la force probante conférée par le juge du fond aux preuves qu'il estime pertinentes¹, en droit français, lorsque les preuves s'établissent par tous moyens, la force de conviction qui s'y attache relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. En matière civile, la Cour de cassation se contente de procéder à un contrôle de la dénaturation. Elle veille à ce que le juge du fond ne fasse pas dire à un acte clair et précis autre chose que ce qui résulte de son contenu². En dehors de ce cas³, l'appréciation de la force probante échappe au contrôle de la Cour régulatrice et revient exclusivement au juge du fond en sa qualité de juge du fait. En matière administrative, le Conseil d'État adopte un vocabulaire très proche. Il considère qu'il appartient au juge « de former sa conviction sur les points en litige au vu des éléments versés au dossier par les parties »⁴ et reconnaît aux juges du fond la possibilité d'apprécier « la valeur probante des éléments de faits qui lui étaient soumis »⁵. Le juge ne saurait abandonner la faculté qui lui est reconnue d'apprécier lui-même la force probante⁶. Il ne peut s'en remettre à quiconque, même plus savant que lui⁷, sous peine d'encourir la censure des juridictions de cassation⁸ : « c'est au juge et au juge seul qu'il appartient de décider si la preuve est faite »⁹. Autre signe de l'importance de l'intime conviction, la liberté d'appréciation du juge sur les preuves est d'ordre public, de sorte qu'il ne peut y être dérogé par convention¹⁰.

¹ C'est notamment le cas en Allemagne où la Cour fédérale de Justice (*Bundesgerichtshof*) exige du juge qu'il parvienne à une « conviction personnelle à partir d'une probabilité à la frontière de la certitude » : C. féd. Justice (BGH), 3^e civ. 17 févr. 1970, BGHZ 53, 245, p. 256.

² V. X. Bachelier, M.-N. Jobard-Bachelier et J. Buk Lament, *La technique de cassation – Pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 8^e éd., 2013, p. 100 s., qui citent en exemple : Civ. 1^{re}, 24 sept. 2004, n° 03-16.400.

³ L'hypothèse est particulière, la détermination de la force probante et l'interprétation des actes sont deux opérations bien distinctes quoique liées. Sur ce point, v. : J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994, n° 676, p. 657.

⁴ CE, 26 nov. 2012, n° 354108.

⁵ CE, 9 avril 2000, n° 198413.

⁶ Civ. 1^{re}, 24 mars 1998, Bull. civ. I, n° 123.

⁷ V. pour un cas où le juge s'en remet à l'appréciation d'un expert : Com., 22 juill. 1964, Bull. civ. III, n° 398

⁸ V. not. : Civ., 3^e, 23 févr. 1972, Bull. civ. III, n° 130 ; 27 juin 1972, Bull. civ. III, n° 427 ; Com., 26 mai 1964, Bull. civ. III, n° 271.

⁹ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, op. cit., n° 675, p. 656.

¹⁰ Civ. 21 avr. 1958, D. 1958. 432 ; Civ., 2^e, 12 févr. 1964, Bull. civ. II, n° 129.

104. Tri de la preuve. Le libre arbitre du juge dans la détermination de la force probante permet d'opérer un tri « entre les diverses informations et indications dont il dispose »¹. Il peut dire quelles sont les preuves qui l'ont convaincu et quelles sont celles qui, à l'inverse, n'ont pas emporté sa conviction. Cette liberté d'appréciation est « un arbitrage plus qu'un arbitraire : elle renvoie le juge à l'exercice d'un choix entre des jeux concurrents d'hypothèses pouvant aboutir à des conclusions opposées »². Au fond, « ni la science ni l'expérience commune ne déterminent parfois d'une façon décisive la vérité matérielle et on doit choisir entre des preuves présentées qui s'excluent mutuellement. Alors, la solution acceptée est le critère de l'intime conviction »³.

105. Dans le système de preuve légale. L'utilité de l'intime conviction ne se limite pas au système de preuve morale. Elle se manifeste également dans les systèmes de preuves légales où le législateur choisit de déterminer à l'avance la valeur à accorder à tel ou tel instrument de preuve. En procédant de la sorte, il instaure une hiérarchie des preuves à laquelle le juge doit se tenir. Cette hiérarchie résulte de la force probante que la loi reconnaît à tel ou tel mode de preuve, les preuves parfaites étant dotées d'une valeur supérieure aux preuves imparfaites. La force conférée à la preuve écrite illustre par exemple cette logique de hiérarchisation par la prédétermination de la force probante ; « constituée avant que le litige ne naisse, sur un support qui s'altère peu, elle est l'instrument précieux pour déterminer le contenu d'un acte juridique »⁴. C'est la raison pour laquelle l'article 1359 du Code civil (art. 1341 anc.) dispose que les parties à un contrat doivent préconstituer une preuve écrite pour les actes supérieurs à 1500 euros. Il s'agit là d'une règle de recevabilité de la preuve puisque la preuve de cet acte ne pourra être rapportée d'aucune manière à défaut d'écrit. L'article 1382 du Code civil (art. 1353 anc.) renseigne toutefois les parties quant à la force probante de cet écrit puisqu'il lui confère une autorité supérieure à celle des indices, fussent-ils précis, graves et concordants, en prévoyant que les présomptions du fait de l'homme ne sont recevables que « dans les cas où la loi admet les preuves testimoniales », c'est-à-dire que dans les cas où la preuve est libre. Il en est de même s'agissant du témoignage puisque le législateur a prévu, et ce dès 1804, une supériorité de l'écrit sur la preuve testimoniale. L'article 1359 (art. 1341 anc.) du Code civil dispose, en son deuxième alinéa, qu'« il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit

¹ Rép. cont. adm., Dalloz, v° Preuve, 2016, par B. Pacteau, n° 172.

² E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, Thémis, 2015, n° 422, p. 438.

³ J. Wroblewski, « La preuve juridique : axiologie, logique et argumentation », in Ch. Perelman et P. Foirers (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 332.

⁴ J.-F. Cesaro, *Le doute en droit privé*, préf. B. Teyssié, éd. Panthéon Assas, 2003, n° 78, p. 113.

établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique ». L'écrit est doté d'une force probante supérieure au témoignage.

106. Subsistance de l'intime conviction. Bien qu'il procède à une prédétermination de la force probante, un tel système n'exclut pas le libre arbitre du juge, bien au contraire. Ce libre arbitre n'est pas moins incontournable dans le système de la preuve légale que dans celui de la preuve morale. « L'adoption d'un système de preuve légale, pour exclusif, ou tout au moins restrictif qu'il soit, de l'intime conviction du juge, est (...) loin de lui ôter tout pouvoir d'initiative dans la recherche de la vérité »¹. En posant à l'avance la valeur probante d'un élément de preuve, le législateur n'élimine pas le risque de contradiction. Le problème est que lorsque deux preuves de même valeur sont présentées au juge, il peut se trouver dans l'impossibilité de statuer dans la mesure où aucune des deux thèses ne peut logiquement l'emporter. Pour éviter cette difficulté, qui aboutirait ni plus ni moins à un déni de justice², le juge doit pouvoir déterminer lui-même la preuve qu'il convient de privilégier. Pour le dire autrement, le rapport de concurrence entre preuves dont la valeur est imposée au juge conduit à une résurgence du libre arbitre quant au choix de la preuve qui lui paraît la plus pertinente. Cette concurrence entraîne « un basculement d'une situation dans laquelle le juge est lié par la preuve à une situation dans laquelle il retrouve sa liberté d'appréciation »³.

Un exemple permet d'illustrer le propos. Aux termes de l'article 317 du Code civil, l'acte de notoriété fait foi de la possession d'état sauf à rapporter la preuve du contraire. Le libre arbitre du juge est ici exclu dans l'appréciation de la valeur de cet acte : il est lié par celui-ci et ne peut refuser de constater la possession d'état établie. Cependant, à supposer qu'une autre partie produise des éléments contredisant cet acte de notoriété, le juge peut trancher le conflit de preuves selon son intime conviction. Selon la Cour de cassation, il peut décider « par une appréciation souveraine de la force probante des pièces versées aux débats, que la preuve du contraire était, en l'espèce, rapportée »⁴. Le système de preuve légale ne fait qu'inverser le principe (la valeur est fixée à l'avance) et l'exception (le juge apprécie librement la force

¹ J. Normand, *Le juge et le litige*, préf. R. Perrot, LGDJ, 1965, n° 303, p. 322.

² V. *infra* n°s 341 s.

³ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, Thémis, 2015, n° 417, p. 430.

⁴ Civ. 1^{re}, 25 févr. 1997, n° 95-12.701, inédit.

probante) mais il ne peut se passer de la liberté du juge d'apprécier, au sein du dossier, quelles sont les meilleures preuves versées au débat¹.

107. Utile au dépassement des hypothèses de contradiction de preuves, l'intime conviction est aussi un moyen de pallier la faillibilité de certains éléments de preuve.

2. La faillibilité des preuves

108. Relativité des preuves. Le recours au principe d'intime conviction exprime une prudence nécessaire du droit à l'égard des preuves, une méfiance face aux vérités apparentes. Le libre arbitre du juge fait office de filtre. Le juge ne doit pas prendre pour acquis les preuves qui lui sont livrées même lorsqu'elles présentent un haut degré de certitude. La détermination de la force probante requiert, toujours, « une évaluation analytique et soignée des faits et des preuves »². Le libre arbitre du juge est indispensable car la preuve présente toujours un défaut majeur : « sa fiabilité n'est jamais absolue »³. C'est la raison pour laquelle un élément de preuve versé aux débats ne peut, en principe, être envisagé comme un élément incontestable sur le fondement duquel le juge devrait obligatoirement se prononcer. Ce dernier doit s'assurer de la pertinence de la preuve produite. La valeur d'une preuve s'apprécie non pas en fonction de sa nature intrinsèque, comme un élément isolé, mais en fonction de ce qu'elle apporte, selon son for intérieur, à la manifestation de la vérité judiciaire.

109. Faillibilité de l'aveu. L'exemple de l'aveu permet d'illustrer le propos. Quiconque est passé un jour par la première année des études de droit a appris que l'aveu est la reine des preuves. Il faut dire qu'avec l'aveu tout est dit ou presque. Il consiste pour une partie à reconnaître la véracité de faits qui ne lui sont pas favorables. Pour autant, même dans cette hypothèse, aucune certitude ne découle de ce mode de preuve. La confession d'un plaideur ne saurait dispenser le juge de remplir pleinement son rôle. Il lui revient de déterminer s'il

¹ Certains auteurs se sont intéressés plus en détail au raisonnement du juge à l'égard des preuves. Ils ont proposé une méthode d'appréciation applicable à tous les procès : V. R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil, Permanences et transformations*, préf. R. Savatier, Paris, LGDJ, 1955 et F. Gorphe, *L'appréciation des preuves en justice, essai d'une méthode technique*, Paris, Sirey, 1947.

² Berardi (1909), cité par F. Gorphe in *L'appréciation des preuves en justice, Essais d'une méthode technique*, Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 17.

³ E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, Thémis, 2015, n° 429, p. 446.

convient de lui accorder du crédit : la vérité sort de la bouche des juges, non de celle des parties. Par exemple, en matière pénale, l'article 428 du Code de procédure pénale dispose que « l'aveu comme tout élément de preuve est laissé à la libre appréciation des juges ». Dès lors, un juge qui estime douteuses les déclarations d'une partie peut tout à fait décider de les écarter¹, notamment si les échanges montrent que les déclarations sont contradictoires ou manifestement infondées. Cette marge d'appréciation du juge est essentielle. Bien que provenant d'une partie, l'aveu, comme tout témoignage², peut se révéler fragile et résulter de pressions psychologiques, d'une déficience mentale voire d'une mythomanie. Sans recours au libre arbitre, le juge serait lié par les déclarations effectuées, de sorte qu'il pourrait être placé dans une situation délicate consistant à statuer sur la foi de dires dont la véracité ne lui semble pas établie. Soumettre la détermination de la valeur de cet aveu à la libre appréciation du juge, c'est éviter les jugements erronés. En matière civile, la logique est la même, en particulier en ce qui concerne l'aveu extrajudiciaire. L'aveu est défini par l'article 1383 nouveau du Code civil³ comme « la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques ». Le texte ajoute qu'il peut être soit judiciaire ou extrajudiciaire. En vertu de l'article 1383-2 du Code civil (art. 1356 anc.), l'aveu judiciaire, qui est une déclaration que fait en justice la partie ou son représentant, « fait foi »⁴ contre celui qui l'a fait. En revanche, pour l'aveu extrajudiciaire, il est prévu à l'article 1383-1 que « sa valeur probante est laissée à l'appréciation du juge ». Ce dernier bénéficie d'un pouvoir souverain d'appréciation pour relever que le déclarant a commis une erreur dans ses déclarations. Les juges civils disposent, comme leurs homologues répressifs, « d'une liberté importante pour décider si l'aveu est avéré ou non »⁵, ce qui se justifie par la faillibilité de cet instrument de preuve⁶.

110. Le libre arbitre du juge est en la matière si important qu'il est préservé lorsque l'appréciation des preuves requiert des compétences qu'il n'a manifestement pas. Loin de

¹ Crim., 14 févr. 1941, Bull. crim. n° 4.

² Sur la corruptibilité du témoignage : M. le Roy, « Le contrôle de l'aptitude au témoignage », D. 1969, chron. p. 175.

³ Ce n'était pas le cas avant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Le Code civil se contentait de distinguer les types d'aveu. Les nouveaux textes se montrent de ce point de vue plus pédagogiques.

⁴ La réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 est intéressante sur ce point. En plus d'opérer une recodification, elle a modifié les termes de l'ancien article 1356. Alors que celui-ci disposait que « l'aveu fait *pleine foi* contre celui qui l'a fait », le nouvel article 1383-2 est quant à lui plus prudent. Désormais, l'aveu judiciaire « fait foi » contre celui qui l'a fait.

⁵ J.-F. Cesaro, *Le doute et le droit*, Université Panthéon-Assas, 2003, n° 86, p. 134.

⁶ V. P. Bouzat, *Traité théorique et pratique du droit pénal*, Dalloz, 1951, n° 1098, p. 744 : « Les progrès de la psychologie ont montré qu'il ne mérite pas tout le crédit qu'on lui prêtait jadis, et qu'il y a des aveux volontairement ou involontairement mensongers (...) ».

supprimer la marge d'appréciation du juge, ce type de preuve laisse au juge le dernier mot. Cette situation renvoie à deux types de preuves : les preuves techniques et les preuves scientifiques.

111. Preuves techniques. La première catégorie vise le cas des preuves obtenues par l'intervention de techniciens. Ce type de preuve peut être ordonné par le juge ou, plus rarement, imposé par la loi. Plus spécifiquement, il s'agit de la preuve établie au moyen d'expertise, une mesure d'instruction présente dans tous les contentieux et qui peut être utilisée lorsque le juge a besoin de solliciter les lumières d'un technicien pour l'éclairer sur les faits litigieux. Alors que l'autorité technique de l'expert pourrait conduire à prendre pour acquis les conclusions auxquelles il est parvenu, il n'en est rien. Le juge conserve sa marge d'appréciation pour établir la force de la preuve obtenue. En matière civile par exemple, cela provient expressément de l'article de l'article 246 du Code de procédure civile qui dispose que le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions de l'expert¹. Il est notamment admis que le juge n'est pas tenu de suivre les conclusions d'un rapport d'expertise. D'après la Cour de cassation, il doit rechercher dans le rapport d'expertise tous les éléments de preuve de nature à établir sa conviction sans être tenu de suivre les experts dans leurs conclusions. Il lui appartient de rechercher dans le rapport d'expertise tous les éléments de preuve propres à établir sa conviction² mais il n'est jamais lié par ce rapport. Il peut opérer une sélection, au sein du rapport, des renseignements qu'il estime pertinents³ car la Cour de cassation lui reconnaît la possibilité d'apprécier de façon souveraine, l'objectivité, la valeur et la portée des éléments qu'il contient⁴. Il peut donc refuser de suivre les conclusions de l'expert dès lors que son intime conviction diffère de la solution qui découle du rapport, à charge pour lui de préciser dans sa décision les motifs extérieurs à l'expertise qui ont forgé sa conviction⁵. Cette prudence à l'égard du contenu du rapport lui rappelle qu'il doit aborder les preuves techniques avec précaution car il peut, comme toute autre preuve, se révéler faillible.

¹ Civ. 11 juill. 1899, DP 1900. I. 395 ; 6 juill. 1908, DP 1908. I. 468 ; Civ. 1^{re}, 7 déc. 1999, n° 97-19.262, Bull. civ. I, n° 337.

² Civ. 2^e, 14 déc. 1983, Bull. civ. II, n° 202.

³ Civ. 1^{re}, 20 févr. 1968, JCP G 1968, II, 15495, note Savatier.

⁴ Civ. 3^e, 27 juin 1972, Bull. civ. III, n° 427.

⁵ Com., 16 déc. 1963, Bull. civ. III, n° 387 ; Civ. 1^{er}, 8 mai 1961, Bull. civ. I, n° 231 ; Civ. 3^e, 23 mars 1968, Bull. civ. III, n° 222.

Une illustration de l'utilité du libre arbitre du juge est donnée par une espèce tranchée par la Cour de cassation dans un arrêt du 14 décembre 1983¹. Dans cette affaire, il était question d'un accident de la route occasionnant la mort du conducteur d'un véhicule. La veuve de ce dernier avait prétendu que l'accident résultait des vices dont le véhicule avait été affecté à la suite de réparations mal effectuées par un garagiste sur le véhicule quelques temps avant le drame. La demanderesse prétendait que l'accident avait été causé par la défaillance du système de direction du véhicule qui n'avait pas répondu aux sollicitations du conducteur. Alors qu'une expertise judiciaire avait conclu clairement à l'existence d'un lien direct entre l'accident et les réparations mal effectuées par le garagiste sur le système de direction du véhicule, les juges du fond avaient décidé de ne pas retenir la responsabilité du garagiste. Pour ces derniers, les conclusions du rapport d'expertise ne concordaient pas avec les longues traces de ripage qui avaient été constatées sur la route empruntée par le véhicule au moment de l'accident. Les juges avaient estimé en conscience que le rapport d'expertise, quoique affirmatif sur la responsabilité du garagiste, n'établissait pas la preuve d'un lien causal entre les vices du véhicule et le dommage subi. La valeur de la preuve ne s'imposait pas d'elle-même, fut-elle le fruit d'un rapport technique.

112. Preuves scientifiques. C'est aussi le cas – et c'est peut-être plus remarquable encore – lorsque les preuves versées aux débats sont de nature scientifique. Le plus souvent, la force probante de la preuve scientifique ne découle pas d'une règle de droit particulière imposant, comme pour les preuves légales, une hiérarchie des instruments de preuves. Bien sûr, les preuves scientifiques tiennent généralement une place privilégiée en ce qu'elles sont certainement l'instrument le plus fiable de la vérité judiciaire. Cela explique la faveur avec laquelle ce type de preuve est appréhendé². Il faut dire qu'elles induisent un plus grand degré de certitude que les procédés plus classiques. *A priori*, la « vérité scientifique »³ a un caractère plus certain que celle qui découle des modes traditionnels de preuve tels que les témoignages, les écrits ou les déclarations des parties. Les preuves scientifiques se caractérisent selon les termes d'un auteur « par leur pouvoir de conviction inégalé »⁴. Le juge y trouve un soutien

¹ Civ. 2^e, 14 déc. 1983, Bull. civ. II, n° 202.

² La Cour de cassation a par exemple considéré que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder : Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n° 98-12.806, Bull. civ. I, n° 103, D. 2000. 731, note T. Garé, JCP G 2000, II, 10409, concl. Petit, note Monsallier-Saint-Mieux ; Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, n° 02-18.943, Bull. civ. I, n° 218, D. 2006, panor. 1200, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; Civ. 1^{re}, 14 juin 2005, n° 03-12.641, Bull. civ. I, n° 253, RTD civ. 2005. 584, obs. Hauser, RJPJF 2005-11/36, note Garé.

³ G. Dalbignat-Deharo, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, préf. L. Cadiet, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2004.

⁴ J.-R. Demarchi, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, LGDJ, 2012, n° 34, p. 22.

important. Cette preuve contient généralement des éléments d'information décisifs qui dépassent le cadre de ses compétences. Pour autant, le juge n'est pas lié par les éléments de preuve obtenus aux moyens de procédés scientifiques. L'établissement de leur force probante reste soumis à l'intime conviction à laquelle parvient le juge dans son for intérieur. Cela s'explique par le fait que leur avantage est, en même temps, leur principale faiblesse. La vérité scientifique n'est pas une vérité absolue : « elle est relative, esclave des conditions, explicites ou tacites, dans lesquelles elle fut établie »¹. Dès lors, ces preuves « ne sont pas des preuves parfaites ni infaillibles, et les défauts et erreurs humaines dans les procédures qui permettent de les recueillir ou de les conserver sont d'autant plus inquiétants que la foi conférée en elles est justement très - trop ? - grande »². Pour pallier cette faillibilité, la liberté d'appréciation du juge doit être garantie car c'est ce qui lui donne la possibilité de déterminer lui-même la force qu'il convient de leur attribuer³. Malgré leur haut degré de certitude, les preuves scientifiques ne constituent pas une vérité imposée : si le juge y voit la preuve d'un fait, c'est parce qu'il en aura décidé ainsi.

113. Exemple des délits routiers. La matière pénale témoigne de cette place laissée au libre arbitre du juge. Aux termes de l'article L. 234-1 du Code de la route, le fait de conduire un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique caractérisé par un taux d'alcool dans le sang égal ou supérieur à 0,80 grammes par litre de sang est puni de deux ans d'emprisonnement et de 4500 euros d'amende. La constatation de cette infraction passe par une caractérisation scientifique du taux d'alcoolémie dans la mesure où elle découle d'une analyse sanguine réalisée par un technicien de laboratoire. Dans cette hypothèse, le juge peut paraître « aliéné par le savoir livré par le technicien »⁴ puisqu'il n'a *a priori* d'autre choix que de prendre acte des résultats de ces analyses pour livrer son verdict. Pour autant, l'appréciation de la force probante de la preuve rapportée ne saurait lui échapper. La Cour de cassation a considéré que les résultats des analyses qui ont été pratiquées pour déterminer le taux alcoolique sont soumis à l'appréciation des juges du fond qui conservent, aux termes de l'article 427 du Code de procédure pénale, « le droit de décider d'après leur intime conviction, en se fondant sur les preuves qui leur sont apportées au cours des débats et contradictoirement débattues devant

¹ J. Hamburger, *De l'art de raisonner en biologie et en médecine*, Diogène, 1987, n° 138, p. 43.

² C. Ambroise-Castérot, « Préface », in J.-R. Demarchi, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, LGDJ, 2012. . VIII.

³ Sur l'incertitude scientifique et la preuve, v. : M. Hautereau-Boutonnet, « Quelle place pour le risque de la preuve en droit de l'environnement ? », in M. Mekki, L. Cadiet et M. Grimaldi (dir.), *La preuve : regards croisés*, Dalloz, 2015, p. 85.

⁴ G. Deharo, « L'articulation du savoir et du pouvoir dans le prétoire », *Gaz. Pal.*, 21-22 sept. 2005, doct., p. 4.

eux »¹. La marge d'appréciation du juge est une garantie contre le risque d'erreur que pourrait induire une foi aveugle placée dans la preuve scientifique.

114. Rejet du « culte » scientifique. Cette position rappelle que, sauf exception², la preuve obtenue ne reste qu'un élément de conviction à disposition du juge³. La prise en compte des deux premières analyses sanguines réalisées aurait pu conduire à la condamnation d'une personne innocente. La marge d'appréciation du juge est une garantie contre les erreurs de jugement, de sorte qu'il importe que le degré d'efficacité de la preuve scientifique ne puisse menacer la primauté du principe d'intime conviction. Ce qui compte, ce n'est pas la valeur apparente de la preuve obtenue, c'est la conviction à laquelle est parvenu le juge au regard de cette preuve. Refuser de se passer du libre arbitre du juge, c'est refuser de céder à une forme de culte du scientifique. Cela préserve du risque d'accorder « une foi aveugle dans la preuve scientifique alors même qu'elle demeure, nonobstant son haut degré de fiabilité, faillible et imparfaite »⁴. Pour se prémunir contre « l'illusion d'une vérité scientifique »⁵, le juge reste souverain dans l'appréciation de la force probante. Il doit conserver « le dernier mot sur la fiabilité de la vérité scientifique et de son opportunité dans la perspective de la solution judiciaire »⁶. En définitive, la préservation du libre arbitre du juge dans la preuve scientifique est le fondement de l'aptitude au doute du juge. Si la preuve doit être utilisée par le juge qui peut y trouver un soutien dans l'établissement de la vérité judiciaire, il est indispensable qu'il conserve la maîtrise de la détermination de la force probante car la preuve n'indique jamais

¹ Crim., 7 juin 1988, Bull. crim. n° 258. Dans cet arrêt, un prévenu était poursuivi pour conduite d'un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique. L'analyse du prélèvement sanguin effectué sur sa personne avait révélé un taux d'alcoolémie de 1, 10 gramme par litre et l'analyse de contrôle un taux de 1, 08 gramme par litre, ce qui était supérieur au taux admissible. Toutefois, une troisième analyse pratiquée au moment de son admission a révélé un taux de 0, 36 gramme par litre qui correspondait aux différentes déclarations du prévenu. Les juges du fond avaient estimé qu'au regard des résultats de ces analyses, l'existence d'un doute sur la culpabilité du prévenu devait justifier sa relaxe. Réaffirmant le droit du juge de se décider d'après son intime conviction en se fondant sur les preuves qui lui sont apportées au cours des débats, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi qui contestait la décision d'appel.

² Par exemple, en matière contraventionnelle, si, en principe, un procès-verbal rédigé par un membre de la police judiciaire ou par un fonctionnaire chargé de constater une infraction ne vaut qu'à titre de simple renseignement, la loi attribue parfois une force probante particulière à certains procès-verbaux. En premier lieu, la loi peut prévoir que le procès-verbal vaudra jusqu'à preuve contraire et la loi régit alors les conditions dans lesquelles cette preuve contraire pourra être rapportée (le plus souvent, par l'écrit et le témoignage). En second lieu, la loi peut préciser que le procès-verbal vaudra jusqu'à inscription de faux. Le contenu du procès-verbal ne pourra être contesté que par la mise en œuvre de la procédure d'inscription de faux. V. sur ce point, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2012, *La preuve*, p. 221.

³ Crim., 29 juin 1960, Bull. crim. n° 345.

⁴ J. Demarch, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, préf. C. Ambroise-Castérot, LGDJ, 2012, n° 34, p. 22.

⁵ C. Ambroise-Castérot, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité », AJ pénal 2005, p. 261.

⁶ G. Dalbignat-Deharo, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, préf. L. Cadiet, L.G.D.J., 2004, n° 472.

que des « probabilités »¹, plus ou moins forte. Cette aptitude à douter de tout élément de preuve se révèle être une garantie des droits des parties² car elle permet au juge de ne pas prendre les preuves versées pour acquises mais, au contraire, de toujours interroger leur pertinence. Or, on sait, depuis Bossuet, que « c'est une partie du bien juger que de douter quand il faut »³.

115. Le « gatekeeper ». À cet égard, les enseignements du droit comparé sont intéressants. Le droit français se rapproche de quelques droits étrangers dans le rôle de « contrôleur » qui est assigné au juge à l'égard de la preuve scientifique. Dans certains pays, ce rôle du juge est mis en valeur. Par exemple, la Cour suprême des Etats-Unis a rendu un arrêt *Daubert v. Merrell* par lequel elle a érigé le juge en *gatekeeper*, c'est-à-dire en « gardien », « de la fiabilité des preuves scientifiques »⁴. Ce rôle a conduit à élaborer un système dans lequel la validité des preuves scientifiques est analysée au cours d'une instance spécifique. En droit australien, il existe un mécanisme similaire qui se manifeste à travers la pratique du *hot tub* qui se conçoit comme une audience consacrée à une audition de l'expert ayant produit un rapport dans le cadre de l'affaire en cause. Au cours de cette audience, les avocats des parties interrogent le technicien, ce qui permet au juge d'éclairer la vérité scientifique et de se forger une conviction sur la pertinence de la preuve scientifique. On retrouve en droit français la même idée d'analyse et l'évaluation de la force de conviction d'une preuve scientifique.

116. Preuves par ADN. Cette prudence à l'égard de la preuve scientifique est salutaire, en particulier dans les domaines où la science ne permet pas d'établir avec certitude les faits. C'est le cas, notamment, en matière de sciences humaines⁵ comme dans certaines sciences dures. La preuve génétique représente une avancée remarquable dans la recherche de la vérité judiciaire. Mais elle reste sujette aux conditions matérielles ou temporelles dans lesquelles elle a été établie. Elle n'est pas à l'abri d'une manipulation destinée à tromper le juge ou aux

¹ M.-C. Nagouas-Guérin, *Le doute en matière pénale*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2002, n° 320, p. 224. L'auteur montre en substance que le doute est favorable à la manifestation de la vérité judiciaire.

² V. not. pour le doute comme garantie des droits de la défense : H. Motulsky, « le droit naturel dans la procédure civile : le respect des droits de la défense », in Mél. Paul Roubier, éd. Dalloz et Sirey, 1961, tome II, pp. 177-178.

³ Bossuet, *De la connaissance de Dieu et de soi-même*, Paris, Librairie de Firmin-Didot, 1881, I, 16.

⁴ Cour suprême US, *Daubert v. Merrelle Dow Pharmaceuticals Inc.*, 509 US 579 ; 113 S. CT 2786. V. sur ce point, R. Encinas de Munagorri, « La recevabilité d'une expertise scientifique aux Etats-Unis », RIDC, 3-1999, p. 621.

⁵ La psychiatrie, par exemple, est une discipline qui permet au technicien d'émettre un avis qui ne saurait constituer une vérité irréfutable. L'expert psychiatre émet un avis mais le juge doit toujours avoir la faculté d'apprécier la valeur des conclusions auxquelles est arrivé le psychiatre.

confusions purement matérielles qui peuvent l'induire en erreur. Les exemples de cette faillibilité de la preuve génétique sont très nombreux¹. Des illustrations sont même restées célèbres.

Au Royaume-Uni, un homme atteint de la maladie de Parkinson était accusé d'être l'auteur d'un cambriolage. Alors qu'il ne pouvait se déplacer seul et qu'il disposait d'un alibi, il fut condamné sur la foi de l'ADN trouvé sur le lieu du cambriolage, à plus de 300 kilomètres de son domicile. La police s'était appuyée sur l'analyse de six segments de son empreinte génétique qui correspondait à l'ADN trouvé. Il y avait alors une chance sur trente-sept millions pour que l'analyse se révèle erronée. Une contre-expertise, effectuée à la demande de son avocat sur quatre autres segments de son ADN, a pourtant révélé qu'il s'agissait de ce que les scientifiques appellent un « faux positif ». Le mythe de l'infaillibilité de la preuve par l'ADN venait de montrer ses limites².

Autre exemple : aux Etats-Unis, la très médiatique affaire Josiah Sutton concernait un jeune homme condamné à vingt-cinq ans de prison pour viol sur la foi d'une analyse ADN. Après avoir passé quatre ans et demi en prison, à la suite de preuves versées par une société privée, il fut établi que le laborantin ayant procédé à l'analyse avait mal effectué ou interprété les résultats obtenus. Un audit du laboratoire a par la suite été ordonné et l'employée incriminée fut interdite d'entrer toute donnée génétique dans la base nationale du FBI³.

117. Outre la nécessité de reconnaître au juge la possibilité d'écarter des preuves jugées inopérantes quant à l'établissement de la vérité judiciaire et d'admettre celles qui l'ont convaincu, l'utilité de l'intime conviction se manifeste lorsque le juge est dans une situation où il ne peut trancher le litige faute de certitude dans l'établissement des faits litigieux. La meilleure solution est alors d'adopter une démarche pragmatique : il faut solliciter le libre arbitre du juge pour lui permettre de dépasser l'impossibilité d'établir la preuve. Le libre arbitre du juge, c'est sa faculté à recourir aux présomptions judiciaires pour dépasser l'impossibilité d'établir la preuve d'un fait.

¹ V. pour une étude globale : H. de Valicourt de Séranvilliers, « La preuve par l'ADN et l'erreur judiciaire », l'Harmattan, 2009.

² Sur cette affaire, v. O. Ribaux, *Police scientifique : le renseignement par la trace*, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2014, p. 117.

³ V. sur cette affaire, Le Monde, « Les limites des fichiers génétiques de la police », le 22 déc. 2003 (en ligne).

3. L'impossibilité d'établir la preuve : le recours aux présomptions judiciaires

118. Vraisemblance. Dans son ouvrage *Science et technique en droit privé positif*, François Gény a montré qu'au cours du procès, la vérité est souvent inaccessible, de sorte que le droit doit se contenter d'une grande probabilité car il ne peut accéder à la certitude. Il écrivait : « l'évidence est chose extrêmement rare, sinon inouïe, dans l'ordre des valeurs que représente la mise en œuvre pratique de la justice. Et, comme celle-ci, qui tend à l'ordre, ne peut procéder que sur des bases fermes, elle devra se les constituer elle-même par le moyen du probable et plausible, dont toute direction de conduite doit le plus souvent se contenter »¹. Pour dépasser l'impossibilité d'établir la preuve d'un fait, le juge se voit reconnaître la liberté de statuer en passant outre l'imperfection de sa connaissance sur les faits du litige. Pour ce faire, il ne va pas statuer sur ce qu'il croit être vrai mais sur ce qui lui semble le plus probable. Et qu'importent alors les incertitudes persistantes tant que la vérité judiciaire est proclamée : la fin du litige justifie les moyens employés. Le juge pourra pallier l'incertitude existante sur la réalité des faits litigieux en s'appuyant sur une vraisemblance² qu'il estimera suffisante pour emporter sa conviction.

119. Présomptions. C'est par l'établissement de présomptions que le juge peut fixer la vérité lorsqu'il est confronté à l'impossibilité de déterminer avec certitude l'existence d'un fait litigieux. Jusqu'à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, le Code civil fournissait une définition générale des présomptions en son ancien article 1349. Elles étaient définies par ce texte comme « des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu »³. La définition a malheureusement disparu du Code⁴ mais l'idée subsiste. Les présomptions consistent à considérer un fait comme établi à partir de la preuve d'un autre fait. Le raisonnement suivi est donc inductif⁵. La présomption est une fiction qui consiste à tenir un fait pour établi dès lors qu'il accompagne un autre événement qui, lui, est clairement

¹ F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, Paris, 1921, t. III, p. 266.

² P. Kinsch, « Entre certitude et vraisemblance, le critère de la preuve en matière civile », in Mél. G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 455.

³ La réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 a substitué à cette définition une approche plus générale.

⁴ Désormais, l'article 1354 distingue les présomptions selon leur effet : « la présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve.

Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée ».

⁵ Pour le lien entre syllogisme et logique, v. F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd. 2015, n° 26, p. 23.

déterminé. Autrement dit, « si le second est établi, il est très probable que le premier se soit produit »¹. La présomption n'est pas la vérité figée, c'est une vérité en mouvement ; la « tentative d'accès à la vérité judiciaire »². Elle repose sur l'idée que, parce que « l'évidence est une chose extrêmement rare dans le cours de la justice »³, il est nécessaire, « de transformer les hésitations en certitudes, en se fondant sur ce qui arrive dans l'ordre normal des choses »⁴.

120. Présomptions judiciaires. La loi distingue deux catégories de présomption : celles qui sont établies par la loi et celles qui sont établies par le juge. Celles qui émanent du juge sont appelées présomptions judiciaires ou présomptions du fait de l'homme. La présomption judiciaire consiste pour le juge à déterminer une conclusion qu'il va tenir pour vraie tout en sachant que sa véracité est incertaine. Les présomptions sont des conjectures qui ne convainquent pas absolument mais que le juge pose parfois par commodité. Elles consistent à tirer un fait inconnu de faits connus, à tenir pour vrai « un fait qui est établi sur la preuve de fait voisins »⁵. « Dans cette forme, la présomption est une opération intellectuelle qui fait place au procédé de l'induction »⁶. Le juge bénéficie d'une marge d'appréciation lui permettant d'établir sa conviction sur la foi de simples indices qu'il a pu recueillir au cours de l'instance. Si elle ne confère pas au juge une liberté sans borne⁷, la présomption judiciaire présente quelque chose de subjectif. Elle est fonction de l'analyse et des impressions développées par chaque juge à l'examen des preuves produites. Il s'agit d'une liberté bénéfique qui évite que l'impossibilité d'établir la véracité des faits invoqués par les parties ne soit un prétexte au déni de justice. Le juge ne peut se retrancher derrière l'absence de certitude découlant de la production d'un élément de preuve pour refuser de statuer. Sur ce point, la Cour de cassation a une position constante. Elle considère que « le juge ne peut refuser de statuer en se fondant sur l'insuffisance des preuves qui lui sont fournies par les parties »⁸. Il permet au juge de passer outre l'impossibilité d'établir la certitude d'un fait en fondant sa conviction sur ce qui lui paraît non pas le plus certain mais le plus probable.

121. « Prudence et lumières du magistrat ». Le libre arbitre du juge dans l'établissement des présomptions judiciaires est protégé comme le démontre la formule qui était contenue

¹ Rep. civ., Dalloz, v° Preuves (1° modes de preuves), 2016, par J.-L. Mouralis, n° 665.

² C. Tournier, *L'intime conviction du juge*, préf. R. Bernardini, PUAM, 2003, n° 280, p. 254.

³ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, (1951), préf. D. Deroussin, Dalloz, 2° éd., 2005, n° 13, p. 114.

⁴ *Ibid.*

⁵ L. de Gastines, *Les présomptions en droit administratifs*, préf. J.-L. de Corail, LGDJ, 1991, p. 53, n° 114.

⁶ J.-L. de Corail, « Préface », in L. de Gastines, *Les présomptions en droit administratif*, LGDJ, 1991, XII.

⁷ V. *infra* n° 122.

⁸ Civ. 2°, 21 janv. 1993, Bull. civ. II, n° 28.

dans l'ancien article 1353 du Code civil relatif aux présomptions du fait de l'homme. Ce texte, que Jean Carbonnier lui-même a qualifié de « merveilleux »¹, précisait que ces dernières étaient expressément abandonnées « à la prudence et aux lumières du magistrat ». L'utilisation de ces mots était révélatrice de la confiance accordée à la subjectivité des appréciations du juge. Le mot « lumières » suggère que c'est le for intérieur du juge qui est sollicité, c'est-à-dire sa propre appréhension des faits de l'espèce. Quant au mot « prudence », il renvoie à sa faculté à bien délibérer. C'est au juge, directement confronté à la diversité des situations litigieuses, qu'il appartient d'établir ces conjectures. Depuis la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, les termes employés ont changé. Ils sont moins beaux, moins poétiques. Mais ils expriment toujours la même idée. Le nouvel article 1382 du Code civil dispose que « les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen ».

122. « Effet créateur » des présomptions. Parce qu'elle dépend de l'appréciation qu'il développera de la situation litigieuse, l'élaboration des présomptions judiciaires emporte un « effet créateur »² : c'est le juge qui doit dire le probable. Tout dépendra du lien plus ou moins étroit qui décidera d'établir entre le fait connu et le fait inconnu. C'est une opération intellectuelle, une œuvre créative de l'esprit. Deux juges disposant des mêmes éléments factuels ne poseront pas toujours les mêmes présomptions. Le juge se servira des indices produits par les parties au litige pour tenir pour vrai un fait dont il ignore la véracité. La liberté d'appréciation du juge est indispensable même s'il se voit donner quelques instructions. L'article 1382 nouveau du Code civil prévoit *in fine* que le juge ne peut établir les présomptions que « dans les cas où la loi admet les preuves testimoniales » sauf lorsque l'acte est attaqué pour cause de dol ou de fraude. Le même texte dispose également que les présomptions établies par le juge présentent trois qualités : la gravité, la précision et la concordance. Les présomptions sont graves lorsque le magistrat peut tirer du fait connu le fait inconnu, comme conséquence presque nécessaire ; précises, lorsqu'au lieu d'être applicables à plusieurs faits, elles se rapportent directement au fait qu'il s'agit d'établir ; et concordantes, lorsqu'elles ont un rapport entre elles et ne se contredisent pas. Le juge dispose, dans le respect de ces critères, d'une grande marge d'appréciation dans l'établissement des

¹ J. Carbonnier, « Préface », in *L'interprétation des faits en droit. Essai d'une mise en perspective cybernétique des "lumières du magistrat"*, LGDJ, 1988.

² C. Tournier, *L'intime conviction*, préf. R. Bernardini, PUAM, 2003, n° 84, p. 92.

présomptions. La jurisprudence est même allée jusqu'à admettre que les juges fondent leurs décisions sur un indice unique « si celui-ci leur paraît de nature à établir la preuve nécessaire »¹. Certains auteurs ont souligné la « dangerosité »² du mécanisme qui découle de sa « souplesse »³. L'imperfection de ces dernières tiendrait « à ce que la relation entre le fait connu qui sert d'indice et le fait inconnu est susceptible d'interprétation par le juge »⁴. Cette marge d'interprétation est pourtant nécessaire. Ce n'est pas une imperfection, c'est une garantie. L'établissement des présomptions judiciaires requiert autre chose qu'une connaissance du droit. Le juge doit faire preuve d'une grande perspicacité et d'une forte capacité d'analyse pour dépasser les doutes qui subsistent quant à la manifestation de la vérité judiciaire. D'ailleurs, ce n'est pas un hasard si les juridictions de cassation refusent d'opérer un contrôle de la pertinence de ces présomptions, laissant cette question à l'appréciation souveraine des juges du fond⁵. Il y a quelque chose d'immaîtrisable dans l'établissement cette opération qui exprime un art du juge dans l'évaluation des faits litigieux, une évaluation qui n'est jamais aussi complexe à mettre en œuvre que lorsqu'elle s'appuie sur des incertitudes.

123. Exemple du contentieux de l'hépatite B. La nécessité de cette faculté du juge de statuer au moyen de présomptions judiciaires peut être illustrée à travers un exemple concret fourni par le contentieux relatif à la vaccination contre l'hépatite B. Il n'existe, pour l'heure, aucun *consensus* dans la communauté scientifique pour établir le lien de cause à effet entre cette vaccination et l'apparition chez le patient traité de la sclérose en plaque. Il n'en demeure pas moins que certains patients atteints de cette maladie demandent réparation en arguant que l'administration de ce vaccin est à l'origine de la maladie. Le juge saisi est confronté à l'impossibilité d'établir avec certitude la preuve du lien entre l'apparition de la maladie et le vaccin. Pour autant, il lui est demandé de statuer en dépit de cette absence de certitude. Pour pallier cette lacune, il est autorisé à raisonner sur la base d'indices qui sont susceptibles d'emporter sa conviction quant à la caractérisation des faits litigieux. Certains juges ont considéré que l'absence de prédisposition du patient, au regard des antécédents familiaux notamment, et le court laps de temps entre l'administration du vaccin et l'apparition de la sclérose en plaque démontraient que la maladie pouvait être attribuée à ce vaccin⁶. À l'inverse, d'autres juridictions ont estimé que l'écoulement d'une période de deux ans entre la

¹ Civ. 1^{re}, 5 févr. 1991, n° 89-13.584, Bull. civ. I, n° 48 ; D. 1991, Jur. p. 456, note J. Massip.

² V. Le Balch, *Les présomptions en droit social*, ANRT, 1999, p. 145 s.

³ *Ibid.*, p. 147.

⁴ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 5^e éd., 2000, n° 1636, p. 609.

⁵ La solution est qui plus est ancienne : Req., 31 juill. 1877, S. 1878, I, 422 ; 9 nov. 1898, D. P., 1899-I-103.

⁶ V. par ex. : Lyon, ch. civ. 1^{re}, 22 nov. 2007, n° 06/02450.

survenance de la maladie et la vaccination démontrait qu'il s'agissait d'une simple coïncidence¹. Dans les deux cas, les juges se sont prononcés selon la conviction qu'ils ont pu se forger au regard des preuves versées. Le juge doit bénéficier d'une marge de liberté pour évaluer les indices dont il dispose pour établir ce qui lui semble être le plus vraisemblable. Sans la possibilité d'établir des présomptions, il serait contraint de statuer uniquement dans un sens puisque l'absence de certitude quant à la caractérisation des faits litigieux le conduirait à rejeter la prétention.

Conclusion du chapitre 1 :

124. Le libre arbitre du juge est omniprésent dans l'appréhension des faits litigieux. Le juge se voit toujours accorder un espace de liberté qui lui permet de développer l'appréhension la plus adaptée et la plus circonstanciée des faits à prendre en compte pour l'élaboration du jugement. Ce libre arbitre n'est pas seulement présent, il est surtout utile.

125. D'une part, en ce qui concerne la bonne compréhension des faits du litige. Le recours au libre arbitre du juge permet la prise en compte des dimensions les plus subtiles de chaque cas d'espèce dont il est saisi. Il exprime les bienfaits de la subjectivité du juge. Le juge doit mettre à profit son savoir personnel, ses qualités propres. Le libre arbitre du juge est un gage de qualité de la décision : c'est un moyen de parvenir, non pas simplement au traitement des faits mais, plus fondamentalement, au meilleur traitement possible. C'est ce qui permet d'affiner la compréhension des faits en fonction de la singularité du contentieux dans lequel ils s'inscrivent.

126. D'autre part, en ce qui concerne l'établissement de la vérité judiciaire. Le juge joue un rôle essentiel dans la réunion des éléments de preuves. En lui donnant la liberté d'en provoquer lui-même la production, le droit entend s'assurer de la bonne information du juge saisi du différend. Le but est de lui permettre de statuer en toute connaissance de cause, sans l'enfermer dans une connaissance parcellaire ou incertaine des faits litigieux qui serait due à l'insuffisance des preuves versées par les parties. Le recours au libre arbitre est une façon de

¹ V. Civ. 1^{re}, 29 mai 2013, n° 12-20.903, Bull. civ. I, n° 116 ; CE 2 févr. 2005, *Min. Défense c/ Thiebaut*, req. n° 257238 : rien n'interdit au juge de faire usage de « son pouvoir souverain d'appréciation, de puiser dans l'ensemble des renseignements contenus au dossier une force probante suffisante pour former sa conviction » et décider en conséquence que la preuve doit être regardée comme établie.

garantir à ce dernier une véritable emprise sur la vérité judiciaire. La mission du juge n'est pas d'inscrire sa décision dans une pure contemplation d'un élément de preuve, quel qu'il soit. Le juge conserve une faculté d'évaluation de la preuve produite, quand bien même cette preuve serait dotée d'une fiabilité particulière. Les éléments de preuve ne sont « que les prémisses d'un raisonnement judiciaire »¹, des éléments factuels à partir desquels le juge va se forger une opinion quant à la réalité du fait prouvé. La liberté d'appréciation du juge devient alors une garantie pour le justiciable car il en résulte que le jugement rendu est conçu comme le fruit d'une véritable réflexion et non comme un simple acte de transcription d'un élément versé au débat. La place occupée par le libre arbitre du juge renseigne aussi sur son office. Elle suggère que son rôle ne saurait se limiter aux seuls aspects juridiques du litige mais qu'il est bien plus riche. « À la maxime *jura novit curia*, il faudrait adjoindre la réplique *facta novit cura* : le juge est d'abord un juge du fait, un juge de la preuve »².

127. Une fois parvenu à une bonne compréhension des faits litigieux, le juge ne peut s'arrêter en si bon chemin. La compréhension et l'appréciation des faits du litige trouvent leur prolongement dans l'opération de qualification juridique, une opération à laquelle le libre arbitre du juge donne toute sa profondeur.

¹ G. Dalbignat-Deharo, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, préf. L. Cadiet, LGDJ, 2004, n° 199, p. 173.

² G. Cornu, « Rapport de synthèse », in *Les rôles respectifs du juge et des techniciens dans l'administration de la preuve*, X^e colloque des IEJ, Poitiers, 26 et 28 mai 1975, PUF, 1976, p. 120.

Chapitre 2 : La qualification des faits

128. Virtualité de la règle. La qualification des faits litigieux est au cœur de l'office du juge. Véritable « plaque tournante du droit »¹, la qualification permet de raccrocher une situation de fait à une notion juridique afin d'en appliquer ensuite le régime². C'est une étape indispensable à la réalisation du droit. Une règle de droit, aussi précise soit-elle, ne peut produire ses effets par elle-même. Elle a besoin du soutien du juge, qui en assure la mise en œuvre concrète. Pour ce faire, il doit déterminer si, au regard des circonstances de l'espèce, les conditions de son application sont réunies. C'est ainsi que s'opère le passage de la virtualité de la règle à son application concrète. Réaliser le droit, enseignait Motulsky, c'est rechercher si le fait social à examiner donne ou non lieu à un droit subjectif, s'intègre ou non à une règle de droit³. C'est cette recherche que l'on nomme classiquement la qualification⁴.

129. Traduction juridique des faits. La qualification est « un pont entre le fait et le droit »⁵. C'est la traduction des faits dans le langage du droit⁶. Envisagée ainsi, la qualification juridique des faits litigieux ne peut être abordée comme une simple opération de catégorisation. Elle constitue une opération bien plus subtile. Elle consiste « à mettre en équation juridique les données concrètes de l'espèce »⁷. Il ne s'agit pas d'un exercice de description mais d'un exercice de réflexion. Le passage du fait au droit ne se réalise pas au moyen d'un simple exercice de contemplation, comme si la volonté du juge y était étranger. La vision « puriste »⁸ de la qualification des faits, libérée de la subjectivité du juge, ne résiste pas longtemps à la profondeur de cette opération. Le pseudo idéal de la qualification s'exerçant « dans le registre discursif de la neutre et plate description, n'est qu'un mythe »⁹. La traduction juridique des faits est un travail de l'esprit qui ne peut se concevoir sans l'appui

¹ P. Jestaz, « La qualification en droit civil », in *La qualification*, Droits n° 18, 1993, p. 46.

² V. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, Lextenso, 3^e éd., 2015, n° 99, p. 93.

³ V. H. Motulsky, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préf. P. Roubier, 1948, réed. présentée par M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2002.

⁴ « Donner à un fait, à un objet, le nom qui lui revient légalement, c'est procéder à sa qualification » : J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, (1955), PUF, coll. « Thémis droit privé », 27^e éd., 2002, n° 23, p. 67.

⁵ F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, 1957, LGDJ, n° 685.

⁶ C'est un exercice de « traduction du fait social » dans le langage du droit : H. Motulsky, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé*, préf. P. Roubier, Sirey, 1948, p. 24.

⁷ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 5^e éd., 2000, n° 56, p. 24.

⁸ O. Cayla, « La qualification, ou la vérité du droit », *Droits*, 1993-18, p. 6.

⁹ *Ibid.*

du libre arbitre du juge. Ce dernier dispose d'une marge de liberté, d'un « pouvoir de qualification »¹, qui lui sert à mettre en œuvre son art de qualifier les faits.

130. Cet art s'exprime de deux façons. D'une part, le juge doit établir lui-même la qualification des faits en fonction de l'analyse qu'il aura développée du cas d'espèce (Section 1). D'autre part, le juge peut décider de modifier des qualifications précédemment posées lorsque cela lui paraît opportun (Section 2).

Section 1 : L'établissement de la qualification

131. Opération intellectuelle. À mi-chemin entre le fait et le droit², la qualification résulte de l'appréhension juridique des situations concrètes. C'est est une « opération intellectuelle d'analyse juridique »³ et non le résultat d'une simple déduction. Cette appréhension induit aussi une anticipation de la solution à laquelle souhaite aboutir le juge. Le travail de ce dernier consiste à examiner les faits et à les qualifier, deux opérations « au cours desquelles mûrit l'intuition de la solution juste »⁴. Si la qualification ne peut se réduire à une opération mécanique, c'est parce qu'elle est « de l'ordre du faire, de l'agir » et qu'elle possède « un caractère dynamique, non statique »⁵. Elle suppose toujours un effort du juge, un effort d'appropriation du fait. La qualification juridique est « une interprétation du fait »⁶. En plus de lui donner « une dimension humaine »⁷, cette marge d'appréciation démontre que la

¹ H. Croze, *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, Th. Lyon III, 1981, p. 421 s.

² V. C. Xavier, « La qualification des faits est-elle une question de fait ou de droit ? », in Mél. J. Boré, Paris, Dalloz, 2007, p. 511.

³ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11^e éd., 2016, v^o Qualification, p. 837.

⁴ P. Jestaz, « La qualification en droit civil », *Droits*, 1993-18, p. 46.

⁵ C. Vautrot-Schwarz, *La qualification juridique en droit administratif*, préf. D. Truchet, LGDJ, Bibliothèque de droit public, n^o 31, p. 20.

⁶ M. Troper, v^o Interprétation, in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadrige Dicos Poche, éd. Lamy, PUF, 2003, p. 845.

Les concepts visés par la loi sont toujours suffisamment abstraits « pour laisser au juge une marge d'appréciation, c'est-à-dire d'interprétation des faits » : Th. Ivainier, « L'interprétation des faits en droit », *JCP G* 1986, I, 3235, n^o 33 ; *L'interprétation des faits en droit. Essai d'une mise en perspective cybernétique des 'lumières du magistrat'*, préf. J. Carbonnier, LGDJ, 1988. Dans cette thèse, l'auteur propose une véritable méthode d'interprétation des faits. Dans la préface qu'il lui a consacré, Jean Carbonnier fait le parallèle entre ce travail et *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé* d'Henri Motulsky.

Sur la question, v. aussi : E. Rude-Antoine, « L'interprétation des faits en droit, l'approche de Jean Carbonnier. Réflexions sur le processus de l'acte de juger », in R. Verdier (dir.), *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre*, Presses universitaires Paris-Ouest, 2012, pp. 407 s.

⁷ E. Gallardo, *La qualification pénale des faits*, Th. Université d'Aix-Marseille III, 2011, n^o 6, p. 5.

qualification procède d'une « démarche libre de l'esprit »¹, qu'elle implique une part de subjectivité. La qualification juridique des faits du litige n'est jamais posée *a priori*. Par définition, elle ne peut être qu'un exercice concret qui s'effectue à l'occasion de chaque litige particulier. C'est uniquement après avoir analysé les faits du litige que le juge sera en mesure de dire s'ils méritent ou non de revêtir telle ou telle qualification juridique.

132. Le libre arbitre du juge est à cet égard indispensable, ne serait-ce parce que le droit est dans l'incapacité d'établir à l'avance et pour chaque cas d'espèce, les qualifications qui doivent s'imposer. Le libre arbitre est ce qui permet au droit de faire face à la diversité des faits litigieux (§1) et à l'ambiguïté qu'ils présentent parfois (§2).

§1. L'appréhension de la diversité des faits

133. Catégories juridiques. Parce que la qualification vise à rattacher des faits ou plus généralement des situations à des catégories juridiques, le juge doit être en mesure d'établir un lien entre des catégories abstraites et des faits ou actes qui sont à l'inverse très concrets. Les parties livrent les éléments factuels qui fondent leurs allégations et c'est ensuite au juge que revient le soin de dire dans quelle catégorie juridique ils s'intègrent. Il y a dans la qualification juridique une casuistique indépassable, un empirisme qui requiert que le juge fasse usage de son libre arbitre (A). Dans certains cas, la liberté d'appréciation du juge est même particulièrement étendue. Il en est ainsi lorsque la qualification nécessite un rattachement des faits à des catégories juridiques conçues de façon délibérément ouvertes, ce que l'on nomme classiquement les standards (B).

A. La casuistique de la qualification

134. Expérience du cas litigieux. La traduction juridique des faits repose sur une casuistique sans laquelle cette opération ne serait qu'artificielle. Le juge doit procéder à la qualification des faits du litige au regard des circonstances sans que cette dernière ne puisse lui être imposée. C'est en partant du cas que le juge sera en mesure de se prononcer sur le point de savoir si les faits entrent dans une catégorie juridique déterminée. Les faits litigieux sont d'une telle diversité qu'il est impossible de prévoir à l'avance la qualification que doit revêtir telle ou telle situation. L'opération appelle un véritable questionnement concret du juge et ne

¹ F. Rigaux, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, préf. J. de la Balle, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de Louvain, Bruylant, 1966, n° 29, p. 42.

s'impose jamais à lui de façon évidente, d'où la nécessité de préserver la liberté du juge de se prononcer, au cas par cas. C'est la garantie d'une qualification sans préjugé qui provient d'un examen attentif de l'espèce que le juge doit trancher. Le processus ne peut être mené à bien que par l'expérience du cas litigieux¹. C'est ce qui explique que les juridictions de cassation refusent le plus souvent de contrôler la qualification retenue par les juges du fond à l'occasion des litiges dont ils ont été saisis. Elles s'en remettent à leur appréciation souveraine chaque fois que la qualification juridique est insusceptible de généralisation. La qualification nécessite alors, pour le juge, de s'interroger, au regard des éléments dont il dispose, sur l'appartenance des faits litigieux à la catégorie visée par la loi. Elle ne peut être emprisonnée dans des définitions statiques, parfaitement prévisibles, car cela procéderait d'une simplification abusive. L'intervention du libre arbitre du juge dans l'établissement de cette qualification évite le piège des fausses évidences, tenues pour vraies *a priori*.

135. Lien de causalité. Par exemple, lorsque le juge de la réparation doit établir le lien de causalité, il doit appréhender les faits pour savoir s'il est possible de les faire entrer dans cette catégorie juridique. Il doit dire si un fait peut être qualifié de « causal », au sens où il a participé à la réalisation d'un dommage. Cette opération requiert une analyse particulièrement fine du cas litigieux. Le juge doit déterminer si, selon lui, il existe un lien de cause à effet entre le fait en question et le dommage subi². Or, cette détermination n'est pas chose aisée. Elle n'apparaît pas toujours au juge de façon flagrante. Celui-ci devra se projeter dans une situation par hypothèse passée pour tenter de savoir si un tel lien est caractérisé. D'après l'expression d'un auteur, son travail consistera à retracer rétrospectivement, le « cheminement du mal »³. Ce travail est particulièrement complexe car la causalité est par définition une abstraction qui tend à démêler une situation litigieuse potentiellement complexe en déterminant si tel fait a joué tel rôle dans la survenance du dommage. Le juge se voit confier une tâche difficile : « heureux celui qui a pu pénétrer les causes secrètes des choses » observait le poète latin Virgile. Pour établir le lien causal, le juge doit effectuer un choix : il exprime une opinion fondée sur les éléments situationnels. C'est sans doute ce qui explique que les auteurs ont multiplié les théories de la causalité pour rationaliser ce problème, sans

¹ V. F. Blanchard, « Vers une théorie de la qualification juridique. Les socles épistémologiques de la catégorisation », in D. Boursier et P. Mackay (dir.), *Lire le droit, Langue, Texte, Cognition*, coll. « Droit et Société », LGDJ, 1992, p. 223.

² G. Marty, « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile », *RTD civ.* 1939, p. 685.

³ N. Dejean de la bâtie, in C. Aubry et C. Rau, *Responsabilité délictuelle*, t. VI-2, 8^e éd., 1989, Litec, n° 393.

qu'aucune n'emporte l'adhésion¹. Le libre arbitre du juge est peut-être trop important pour que cette question soit placée dans le carcan d'une théorie unique. La causalité matérielle, purement objective et scientifique, ne suffira jamais. La seule qui soit possible est la causalité juridique, subjective et empirique², qui repose sur une appréciation du juge³. La causalité est largement affaire de « sentiments »⁴. Le juge ne constate pas qu'un fait est causal ; il l'établit en fonction de son analyse de la situation⁵.

S'il est toujours nécessaire à la qualification, le libre arbitre du juge voit son rôle renforcé dans des hypothèses où la marge d'appréciation du juge est accrue. C'est le cas lorsque la qualification renvoie à des standards.

B. Le recours aux standards

136. Qualifications floues. Les standards⁶ correspondent à ce qu'un auteur a nommé les « qualifications floues »⁷. Elles constituent un « type de disposition indéterminée »⁸ qui induisent une incertitude. Elles laissent un « sentiment de flou »⁹ assumé. Il s'agit toujours pour le juge de déterminer si un ensemble de faits entre dans une catégorie visée par la règle de droit. C'est donc bien de qualification dont il s'agit. Dans ce cas, les critères de qualification ne sont pas précisément mesurables dans une unité qui serait admise dans tous les cas litigieux. « Abandonnant au juge le soin de les préciser »¹⁰, le droit fait en sorte que l'appréhension de ce critère repose sur une variabilité nécessaire et assumée. Le standard

¹ Dans un célèbre article, le professeur Esmein écrivait : « Tout ce qui méritait d'être dit à ce sujet a déjà été dit de nombreuses fois, ainsi qu'un grand nombre de paroles qui ne méritaient pas d'être dites... L'abondance stupéfiante de la littérature sur le sujet du lien de causalité va à l'encontre même du dessein qu'elle se propose et ne fait qu'ajouter de la fumée au brouillard ». Il ajouta, non sans humour : « le brouillard est tel que je reprends tout de même la plume et rallume mes phares » : P. Esmein, « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », D. 1964, p. 295.

² V. Rép. civ., Dalloz, v° Responsabilité (en général), n° 51, 2016, par P. le Tourneau,

³ En 2005, la Cour de cassation a consacré un cycle de conférences à la question de « l'incertitude de la causalité » (en ligne). Dans ce cycle, de nombreuses interventions ont porté sur le rôle du juge dans l'établissement du lien causal et (implicitement) de la place de son arbitraire dans cette opération. V. not. : F. G'ssell Macrez, « L'incertitude portant sur l'existence de la causalité dans les faits » (en ligne).

⁴ P. Esmein, *loc. cit.*, n° 7 : « il n'est pas douteux que c'est le sentiment du rapport plus ou moins étroit entre la faute et l'accident qui entraîne les décisions des juges ».

⁵ V. soulignant la place de l'intuition du juge dans la qualification : R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, préf. M. Waline, LGDJ, 1957, n° 421, p. 430.

⁶ V. Al. Sanhoury, « Le standard juridique », in Mél. Gény, Sirey, 1934, t. 2, p. 144 s.

⁷ H. Croze, *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, Th. Lyon III, 1981, pp. 640 s.

⁸ S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard, essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, thèse, LGDJ, Paris, 1980, p. 3, n° 2.

⁹ F. Lafay, *La modulation du droit par le juge*, PUAM, 2006, Tome I, n° 118, p. 82.

¹⁰ G. Khairallah, « Le raisonnable en droit privé français, développements récents », RTD Civ. 1984, n° 6, p. 443.

exprime « l'aptitude du droit à se mouvoir »¹. Il se caractérise par « le vague, le flou qui lui est inhérent, ou si l'on préfère, par un certain “tour” générique d'où la notion tire sa virtualité d'application à une série infinie de cas »². Cette absence de contenu clairement défini requiert une évaluation affinée, propre à chaque situation litigieuse.

137. Adaptabilité de la qualification. Les exemples de standards sont très nombreux et se manifestent dans tous les contentieux, sans exception. Les bonnes mœurs³, la bonne foi⁴, l'intérêt de l'enfant⁵, le bon père de famille⁶, la cause réelle et sérieuse de licenciement, l'urgence⁷, le motif grave⁸, etc. Il serait impossible de dresser un inventaire exhaustif de ces notions-cadres. L'essentiel n'est du reste pas là. Ce que démontre l'existence de ces standards, c'est que, dans chacune de ces hypothèses, il est prévu un critère de qualification souple qui permet au juge d'appréhender la situation litigieuse avec suffisamment de liberté pour s'interroger sur les faits qui lui ont été exposés. Le standard traduit le besoin d'une appréciation à géométrie variable. C'est l'imprécision de la notion qui permet une prise en compte de la spécificité de chaque cas d'espèce, là où il serait improductif de prédéterminer ce que recouvre une telle formule. Pour le dire autrement, le recours au standard exprime le refus d'une qualification construite sans le soutien du libre arbitre du juge. Finalement, l'imprécision des notions floues constitue leur force. Elle donne à l'opération de qualification « un caractère d'adaptabilité aux faits qui permet de faire reculer le risque de vide juridique, en évitant que des situations restent en dehors du champ du droit »⁹. Il faut donc accepter que certaines qualifications soient protéiformes et ouvertes et qu'elles appellent une appréciation concrète qui laisse au juge une sphère de liberté. D'ailleurs, la marge d'appréciation dont il dispose reste incontournable même dans les hypothèses où les juridictions de cassation affinent les contours du standard pour baliser son contenu.

¹ J. Carbonnier, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, P. 99.

² S. Balian, *Essai sur la définition dans la loi*, Th. Paris II, 1986, p. 100.

³ Par ex., C. civ., art. 6.

⁴ Par ex., C. civ., art. 1104 nouv.

⁵ Par ex., C. civ., art. 371-1.

⁶ Devenu la personne normalement diligente depuis la loi n° 2014-873 du 4 août 2014.

V. par ex., C. civ., art. 1301-1 nouv.

⁷ La Cour de cassation abandonne classiquement aux juges du fond l'appréciation de l'urgence en matière de référé : Civ. 3^e, 1^{er} avr. 1992, n° 90-14.291, Bull. civ. III, n° 111 ; Civ. 1^{re}, 22 avr. 1997, n° 95-15.769, Bull. civ. I, n° 120.

⁸ V. pour le motif grave justifiant le rapport d'une ordonnance de clôture apprécié souverainement par le juge du fond : Civ. 2^e, 19 juin 1974, Bull. civ. II, n° 200 ; Com., 17 janv. 1989, JCP G 1989, IV, 103. Même solution pour le motif grave justifiant le non-renouvellement d'un bail commercial : Com., 22 mars 1961, Bull. civ. III, n° 150 ; Civ. 3^e, 2 oct. 1996, inédit ; RJDA 1996, n° 1443.

⁹ S. Frossard, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, préf. J.-M. Béraud, LGDJ, Bibliothèque de droit social, 2000, n° 39, p. 36.

138. Exemple de la « faute grave ». Ainsi en est-il en droit du travail où le standard de la « faute grave » a été précisé par la Cour de cassation. Cette dernière définit la faute grave comme « un fait ou un ensemble de faits imputables au salarié qui constitue une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations professionnelles d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis »¹. Cet effort tient en réalité plus de la reformulation que de la définition. L'adjectif « grave » devient une violation des obligations « d'une importance telle » qu'elle rend « impossible » le maintien du salarié. En définissant le standard, « elle remplace une formule floue par une autre »². Il est donc possible par la reformulation du standard « de limiter la part d'indétermination du standard. Mais jamais de la supprimer »³. Le libre arbitre du juge est en quelque sorte consubstantiel à ces notions floues, ce qui est une bonne chose : « tenter de supprimer totalement cette part d'indétermination reviendrait à nier à une notion la qualité de standard puisqu'on chercherait à substituer la rigidité de la sécurité juridique absolue à la souplesse permettant au droit d'appréhender des situations diverses et variées »⁴. Le risque qui existe alors est de voir le juge analyser différemment des comportements relativement proches ; or, cette critique n'est pas dirimante « car en réalité, toute comparaison est impossible »⁵. Si l'on admet que chaque litige est tenu pour spécifique, alors il faut convenir que l'opération de qualification des faits au regard d'un standard l'est tout autant. Il n'y a aucun litige identique à un autre.

139. Exemple de la violation grave des devoirs et obligations du mariage. Un autre exemple, tiré du droit de la famille, démontre qu'il n'est pas souhaitable de supprimer le libre arbitre du juge dans la qualification des faits. Aux termes de l'article 242 du Code civil, le divorce pour faute peut être sollicité par un époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune. Il appartient au juge saisi de déterminer si le comportement visé correspond à une violation grave ou renouvelée de ces devoirs et obligations. Tout dépend des faits litigieux et des circonstances qui les entourent. Un juge a pu décider que le seul adultère d'ordre « intellectuel » constitue une violation suffisamment grave pour entraîner le divorce pour faute. Il s'agissait alors d'une femme qui avait entretenu

¹ Soc., 26 févr. 1991, RJS 1991, n° 448.

² S. Frossard, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, op. cit., n° 51, p. 45.

³ P. Oriane, « Les standards et les pouvoirs du juge », RRJ 1988, n° 4, p. 1066.

⁴ S. Frossard, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, op. cit., n° 52, p. 46.

⁵ X. Bachelier, M.-N. Jobard-Bachelier et J. Buk Lament, *La technique de cassation – Pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 8^e éd., 2013, p. 126.

une relation épistolaire avec un évêque. Le juge a considéré que le ton des lettres échangées trahissait une relation affectueuse n'ayant pas lieu d'être entre ces deux personnes¹. À l'inverse, un autre juge a pu considérer qu'une relation cette fois physique avec une autre personne que le conjoint ne peut être qualifiée de violation grave des devoirs et obligations du mariage, dès lors que ce comportement relève d'un choix de vie commun du couple². À rapprocher les deux décisions, la relation physique avec un tiers devient moins « grave » selon le critère légal que la relation intellectuelle. Dans le même ordre d'idées, il a été jugé que la conversion d'un époux aux Témoins de Jéhovah ne constitue pas en soi une violation grave des devoirs et obligations du mariage³. Un juge a pu retenir une solution inverse dans une affaire identique, à ceci près cette fois que l'époux avait refusé de fêter Noël !⁴ Tout dépend donc des circonstances et de la façon dont le juge les appréciera. Ces exemples montrent que tout dépend du contexte et des circonstances dans lesquelles le comportement en cause a été adopté. Il faut donc permettre au juge d'aborder cette opération de qualification sans *a priori* et de développer une analyse concrète de la situation de fait.

140. Pour dépasser la diversité des cas litigieux, le juge doit pouvoir dire, lorsque plusieurs qualifications apparaissent possibles, celle qui doit l'emporter. Il doit également pouvoir faire face à des situations dans lesquelles plusieurs qualifications sont possibles. Il arrive fréquemment que les faits soient susceptibles d'une « interprétation multivoque »⁵, que plusieurs qualifications soient à première vue possibles. Le libre arbitre du juge permet de faire face, non plus à la diversité, mais à l'ambiguïté des faits litigieux.

§2. L'appréhension de l'ambiguïté des faits

141. Ambiguïté des faits. L'ambiguïté désigne le caractère d'une chose qui est susceptible de recevoir plusieurs sens ou de faire l'objet de plusieurs analyses. Le terme convient parfaitement aux situations litigieuses qui mettent en concurrence plusieurs qualifications juridiques. L'étymologie du mot « qualification » exprime cette idée de cumul. Il provient du verbe latin *qualificare* qui signifie « dire lequel parmi plusieurs ». Son sens premier exprime donc une idée de choix entre plusieurs possibilités. Qualifier, c'est choisir, parmi la diversité

¹ Chambéry, 29 mai 1984, JCP G 1985, II, 20347, note R. L.

² Pau, 6 févr. 2006, Dr. fam. 2006, n° 165, note Larribau-Terneyre.

³ Montpellier, 7 nov. 1994, JCP G 1996, II, 22680, note Bruguière.

⁴ Amiens, 3 mars 1975, D. 1975, p. 706, note Géraldy.

⁵ B. Pacteau, *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, préf. J.-M. Auby, Travaux de recherches de la faculté de Droit et de Science politique de l'Université de Clermont I, 1977, p. 206-207.

de qualifications envisageables, celle qui sera retenue pour appréhender les faits litigieux. L'hypothèse d'une pluralité de qualifications n'est pas rare en pratique en raison, notamment, de la profusion des règles de droit. Il arrive que plusieurs qualifications soient possibles pour saisir les mêmes faits litigieux. Or, il n'est pas toujours possible de se satisfaire d'une pluralité de qualifications. C'est le cas lorsqu'il est impossible d'appliquer simultanément les règles de droit qui découlent de chacune d'elles. Sans le pouvoir accordé au juge de choisir celle qui doit l'emporter, aucune décision ne pourrait être rendue. Le libre arbitre permet de régler une difficulté en tranchant ce qu'un auteur a appelé les « convergences »¹ de qualifications, c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles plusieurs qualifications sont envisageables. Son rôle consistera à partir de la diversité des possibles pour parvenir à l'unité d'une seule et même qualification (A). Le libre arbitre du juge permet aussi de traiter, non plus la simple convergence mais les véritables concours de qualifications. Le juge doit parfois dépasser l'abondance de qualifications en fonction de considérations de pure opportunité en écartant la qualification authentique (B).

A. Les convergences de qualifications

142. Convergences de qualifications. Les cas de convergences visent les hypothèses dans lesquelles les qualifications se recoupent en apparence, c'est-à-dire après un examen général des faits d'espèce. Dans ce cas, la situation factuelle se situe, *a priori*, à la frontière de plusieurs catégories juridiques. L'hypothèse est celle dans laquelle plusieurs qualifications peuvent saisir une même situation concrète. L'opération de qualification devient alors très subtile et nécessite que le choix soit fait par quelqu'un qui est en prise avec les faits du litige. Il faut s'en remettre aux choix du juge qui, confronté à la diversité des qualifications, dira quelle est celle qu'il faudra privilégier.

143. Contrats spéciaux. Des illustrations de l'importance de la marge de liberté du juge dans le choix de la qualification peuvent être trouvées dans de multiples domaines du droit. C'est le cas en droit des contrats spéciaux. Chaque contrat spécialement régi par le Code civil a une nature spécifique et peut être identifié grâce à des critères déterminés. Cependant, les frontières entre les différentes qualifications ne sont pas toujours très nettes. Certains contrats

¹ A. Jeammaud, *Des oppositions de normes en droit privé*, Th. Lyon, III, 1975, p. 628.

présentent, dans leurs éléments constitutifs, des similitudes qui rendent parfois complexe l'opération de qualification¹.

144. Contrat de bail et du contrat de prêt à usage. Ainsi en est-il du contrat de bail et du contrat de prêt à usage. Le bail est défini par l'article 1709 du Code civil comme « un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer ». Ces éléments caractéristiques sont donc au nombre de trois : la mise à disposition d'une chose, la contrepartie de cette mise à disposition et enfin une durée déterminée. Quant au prêt à usage, anciennement appelé *commodat*², c'est, selon l'article 1875 du même Code, « un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à charge pour le preneur de la rendre après s'en être servi ». L'article suivant ajoute que ce contrat est « essentiellement gratuit ». Ce contrat se caractérise par la mise à disposition d'une chose et la gratuité de cette mise à disposition. Le prêt à usage et le bail ont donc en commun d'être des contrats par lesquels une partie s'engage à reconnaître à une autre, un droit de jouissance sur une chose. Ils se distinguent fondamentalement sur la contrepartie de la jouissance garantie : l'un est un contrat conclu à titre gratuit, l'autre à titre onéreux. Envisagées ainsi, ces deux qualifications ne posent pas de problème particulier. Chaque fois qu'il est saisi d'un litige relatif à la mise à disposition de la chose, le juge n'aurait qu'à vérifier l'existence d'une contrepartie pour déterminer la qualification du contrat conclu. Selon l'existence ou non d'un caractère onéreux de la convention litigieuse, elle sera qualifiée de bail³ ou de prêt à usage⁴. Le problème est qu'il existe de très nombreuses situations dans lesquelles la contrepartie de la jouissance n'est pas clairement stipulée par les parties au contrat. La partie bénéficiaire va s'engager à faire quelque chose pour le débiteur sans reconnaître directement qu'il s'agit d'une contrepartie. Dans ce cas, voici des contrats de mise à disposition d'une chose au cours desquels le bénéficiaire s'engagera au paiement d'une contrepartie. Distinctes en théorie, les qualifications de bail et de prêt à usage convergent, au point qu'il devient bien délicat de les distinguer.

¹ F. Labarthe, « Les conflits de qualification (Éléments de réflexion à partir de la distinction entre contrat d'entreprise et d'autres contrats) », *in* Mél. B. Bouloc, Dalloz, 2007, p. 539.

² La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification du droit a supprimé le mot « *commodat* » de certains articles du Code civil. Notamment, à l'avant-dernier alinéa de l'article 1874 et à l'article 1875, le mot : « *commodat* » est supprimé ; au premier alinéa de l'article 1879, le mot : « *commodat* » est remplacé par les mots : « prêt à usage ».

³ Pour un bail rural : Civ. 3^e, 14 janv. 2004, n° 02-12.663, Bull. civ. III, n° 6 ; RDC 2004, p. 708, obs. Seube ; Civ. 3^e, 17 oct. 2007, n° 06-18.503, Bull. civ. III, n° 179 ; D. 2007. 2732 ; AJDI 2008, p. 598, obs. Prigent ; RD rur. 2007, p. 356, note Roussel ; JCP N 2008, 1066, note Barbiéri.

⁴ Civ. 3^e, 13 mars 2002, n° 00-17.707, Bull. civ. III, n° 60.

145. Appréciation de la contrepartie. Les faits pouvant être ambigus, le juge n'a d'autre choix que d'apprécier si, selon lui, la contrepartie mise à la charge du bénéficiaire, laquelle ne prend pas toujours la forme d'un paiement d'une somme d'argent¹, constitue bien le paiement d'un loyer susceptible de conférer à la situation envisagée la qualification de bail. Le législateur ne peut dépasser cette ambiguïté en prévoyant à l'avance quelles sont les contreparties suffisantes pour entraîner la qualification de bail et quelles sont celles qui ne le sont pas. Il ne peut se passer d'une appréciation libre du juge. Ce dernier doit pouvoir procéder au cas par cas, suivant les circonstances de la cause et suivant la conviction à laquelle sera parvenu le juge. Ce dernier doit estimer s'il est convaincu par l'une de ces qualifications ou par l'autre. Son arbitrage est nécessaire compte tenu de la proximité des deux qualifications. Un même type de service mis à la charge de l'emprunteur a pu être qualifié, selon les cas, de véritable contrepartie justifiant la qualification de contrat de bail ou, au contraire, de simples conditions d'entrée dans les lieux permettant la qualification de prêt à usage. Par exemple, la réalisation de travaux importants a été envisagée comme une contrepartie dans certains cas² alors que dans d'autres espèces, des travaux de moindre ampleur ont été perçus comme une simple condition³. Cette appréciation ne peut être faite à l'avance. Sauf à construire un système artificiel, il est impossible dire de façon totalement prévisible quels sont les travaux qui sont des contreparties suffisantes à la qualification de bail et quels sont ceux qui ne le permettent pas. La convergence des qualifications nécessite que le juge se prononce au gré des espèces afin de saisir la spécificité de chaque cas litigieux. Sans le libre arbitre du juge, le choix de la qualification à retenir dépendrait de critères posés à l'avance, ce qui ne permettrait pas de prendre en compte la réalité des faits. Le libre arbitre du juge, c'est la garantie d'une forme de réalisme dans le choix de la qualification à retenir.

146. Qualifications alternatives. Le rôle du libre arbitre du juge se retrouve également sur le terrain pénal. C'est le cas en particulier pour les qualifications pénales dites « alternatives » qui renvoient au cas d'un seul et même fait correspondant à plusieurs traductions juridiques qui s'excluent mutuellement. Dans cette hypothèse, retenir l'une d'entre elles implique d'exclure toutes les autres. Le concours de qualifications se mue alors en un véritable conflit. Par exemple, des violences qui entraînent le décès d'une personne peuvent être qualifiées de

¹ Le prix peut revêtir différentes formes. Il peut consister en une somme payée périodiquement mais peut également être en nature et prendre la forme d'un service rendu en contrepartie : Civ. 3^e, 10 nov. 2009, n° 08-17.892, inédit ; LPA 2010, n° 51, p. 9, obs. Raffy ; Civ. 3^e, 3 mai 2012, n° 11-10.509, inédit.

² Civ. 3^e, 9 avr. 2013, n° 12-15.478, inédit.

³ Civ. 3^e, 5 mai 2004, n° 03-10.042, inédit.

violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner et d'homicide involontaire mais ce sera soit l'un soit l'autre, les deux qualifications étant strictement incompatibles. De même, la conduite sous l'empire d'un état alcoolique¹ et la conduite en état d'ivresse manifeste² sont également des qualifications qui procèdent de la même action mais qui se révèlent inconciliables. La Cour de cassation interdit logiquement dans de telles hypothèses que les qualifications se cumulent mais, pour autant, elle ne fournit aucun critère précis pour trancher de telles convergences. Il incombe au juge de résoudre le problème de ces qualifications alternatives en procédant à une analyse des faits en cause. Il doit se prononcer librement, à l'issue d'un examen très précis des conditions chacune des qualifications en conflit. Seule une étude concrète des circonstances de fait permet de retenir la qualification appropriée. La résolution de ce problème nécessite, par exemple, de sonder l'intention de l'agent infractionnel. Le juge dispose de plusieurs options et doit trancher en fonction de la conviction qu'il a acquise à l'examen des circonstances de faits.

147. Exemple de l'infraction de vol. L'étude de l'infraction de vol révèle l'utilité du libre arbitre dans la qualification. Un conflit de qualifications peut notamment opposer la qualification de vol à celle de destruction ou de dégradation de chose mobilière. Le choix entre les deux qualifications dépendra de l'analyse, par le juge, de ce qu'a été l'intention de l'agent. Si le juge considère que l'intention n'a été que de porter atteinte à l'intégrité physique de la chose, c'est la qualification de destruction, dégradation ou détérioration qui devra s'imposer. À l'inverse, si à l'atteinte à l'intégrité physique de la chose s'ajoute la volonté de priver le propriétaire de son droit de propriété sur celle-ci, c'est la qualification de vol qui sera retenue par le juge. Dans une affaire, une personne avait pris la liberté de couper trois stères de bois dans un fonds voisin. Elle fut jugée par une cour d'appel, coupable d'une contravention pour coupe de bois et de haie qui était à l'époque prévue à l'article R. 40, 8° du Code pénal. Un pourvoi a été formé par le propriétaire du fonds et la Cour de cassation a retenu que l'abattage avait été effectué par le prévenu dans le but d'utiliser pour son compte les arbres ou arbrisseaux coupés, de sorte que les faits devaient être appréhendés sous la qualification de vol³.

¹ C. route, art. L. 234-1, I.

² C. route, art. L. 234-1, II.

³ Crim., 10 févr. 1965, Bull. crim. n° 44, Gaz. Pal. 1965.1, 413.

148. Le libre arbitre du juge est indispensable à un règlement éclairé des convergences de qualifications juridiques. Il participe d'une meilleure qualité de la décision rendue. Cela se confirme lorsque plusieurs qualifications apparaissent réellement en concours. Le juge devra en choisir une parmi plusieurs. Ce choix n'est pas purement technique. Il est parfois être guidé par des considérations de pure opportunité.

B. Les concours de qualifications

149. Qualifications simultanées. Il existe des hypothèses dans lesquelles l'ambiguïté des faits litigieux aboutit à ce que plusieurs qualifications soient simultanément possibles. Il ne s'agit pas uniquement d'une convergence de qualifications comme pour l'hypothèse précédente¹ mais d'un véritable concours de qualifications : une même situation de fait entrera dans plusieurs qualifications juridiques. De tels concours aboutissent le plus souvent à une impasse car chacune des qualifications appelle l'application de règles de droit particulières, ce qui peut aboutir à un problème de conflit de normes. Dans ces hypothèses, c'est le plus souvent au juge qu'il appartient de faire la part des choses. Il doit retenir, parmi les qualifications, celle qui doit l'emporter sur les autres même si elles sont toutes possibles. Le libre arbitre du juge occupe une place importante dans la gestion de cette abondance

150. Choix imposé. Il faut souligner d'emblée que, dans certains domaines, le concours dépend de critères objectifs, déterminés à l'avance, qui ne laisse rien au hasard. C'est le cas en matière pénale. Lorsqu'un fait matériel unique correspond à plusieurs incriminations, cela constitue un concours idéal d'infractions. Par exemple, un fait constituant l'infraction d'exercice illégal de la médecine² peut aussi relever de la qualification d'escroquerie³ et d'abus de confiance⁴. Dans ce cas, il n'est pas possible de cumuler les qualifications dans la mesure où il n'y a qu'un seul fait. Le droit pénal impose au juge des critères de sélection précis : il doit choisir la qualification la plus sévèrement sanctionnée⁵ et si les qualifications donnent lieu à la même sanction, il privilégie l'incrimination la plus spéciale.

151. Choix « raisonné ». Cependant, il ne faut pas en conclure que le libre arbitre n'est jamais présent dans ces hypothèses de pluralité de qualifications, y compris en matière pénale.

¹ V. *supra* nos 142 s.

² C. santé publ., art L. 4161-1 à L. 4161-6.

³ C. pén., art. 313-1 s.

⁴ C. pén., art. 314-1 s.

⁵ Crim., 13 janv. 1953, Bull. crim. n° 12.

Le règlement des concours de qualifications ne dépend pas toujours de considérations purement juridiques. Il est aussi parfois le résultat de ce qu'un auteur a nommé « un choix raisonné »¹ du juge. Le règlement des concours véritables de qualifications provient d'un arbitrage du juge, lequel se prononce à la lumière de considérations propres à l'espèce. Il ne prend pas seulement en compte les conditions de l'une ou l'autre des qualifications, mais aussi leurs effets. Il ne s'agit pas de la manifestation de son bon plaisir car le juge a toujours l'obligation d'expliquer son choix et de montrer que la qualification retenue s'impose techniquement. Il s'agit de la faculté d'imposer la qualification qu'il estime la plus opportune et la plus judicieuse. Le juge va déterminer, par un acte de connaissance, les diverses qualifications possibles puis adoptera, par un acte de volonté, celle qui doit l'emporter. Le choix ne provient pas d'une détermination purement technique mais procède d'une appréciation pratique fondée sur sa conviction de la nécessité concrète d'adopter telle qualification plutôt que telle autre. La qualification retenue devient alors un véritable jugement de valeur de la part du juge. Pesant les avantages et les inconvénients de toutes les qualifications possibles, il sélectionne celle qui lui paraît la plus opportune.

152. Exemple en droit de la vente. Le droit de la vente témoigne de la place de ces choix raisonnés du juge, notamment en ce qui concerne la qualification de vices cachés. Il arrive que le bien acquis par l'acheteur ne lui procure pas toute la satisfaction qu'il attendait. Aussi se retournera-t-il, dans ce cas, contre son vendeur pour faire valoir que la chose qu'il a obtenue ne correspondait pas à ce qu'il attendait en concluant le contrat. Techniquement, cette insatisfaction peut donner lieu à une diversité de qualifications susceptibles de se chevaucher ou de se recouper. En effet, l'article 1641 du Code civil dispose sur ce point que le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus. C'est la garantie des vices cachés. En parallèle de cette action en garantie des vices cachés, l'acheteur dispose également d'une garantie de délivrance conforme par laquelle le vendeur s'engage à délivrer à l'acheteur une chose correspondant aux stipulations du contrat conclu. Cette action est régie par les délais de prescription de droit commun et permet au créancier de solliciter l'exécution forcée de l'obligation, voire la résolution du contrat ou encore l'allocation de dommages-intérêts. Une autre voie est exploitable, celle des vices du consentement : lorsque l'existence

¹ V. S. Frossard, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, préf. J.-M. Béraud, LGDJ, Bibliothèque de droit social, 2000, n° 1, p. 2.

des vices affectant l'usage de la chose a été cachée à l'acquéreur, les faits litigieux peuvent être appréhendés sous la qualification d'erreur sur les qualités substantielles de la chose ou encore sous celle de dol par réticence.

153. Choix en opportunité. Confronté à la diversité des qualifications, le juge doit en choisir une en particulier, dans la mesure où la qualification retenue détermine le régime juridique applicable. Ce choix peut être guidé par des données purement pratiques et doter le problème de la résolution des conflits de qualifications d'une forme de pragmatisme. Entre alors en jeu la volonté du juge de parvenir à un résultat déterminé en privilégiant une qualification plutôt qu'une autre au regard des conséquences qu'il souhaite obtenir. Le juge commence par déterminer la solution à laquelle il souhaite aboutir et cherche ensuite la qualification la plus adaptée à ce résultat. La qualification n'induit plus une réflexion à partir de la règle de droit objective dans le but de vérifier son application aux faits mais un raisonnement inverse. Le juge part de la solution qu'il veut atteindre « puis remonte à la règle de droit qui peut lui permettre d'arriver au résultat escompté »¹. La qualification est un élément du « syllogisme régressif »² : le juge fixe la fin avant de déterminer les moyens. Le choix de la qualification se fait, aussi, en fonction de considérations d'opportunité.

Par exemple, les délais pour agir sont très disparates en matière de vente. Ils sont relativement courts en ce qui concerne la garantie des vices cachés : deux ans à compter de la découverte du vice affectant la chose. Ils sont sensiblement plus longs en ce qui concerne les autres qualifications : cinq ans à compter de la découverte du vice du consentement en ce qui concerne le dol ou l'erreur et cinq ans également à compter du jour de la délivrance³. Ces différences de délais peuvent influencer le choix du juge. L'action en garantie des vices cachés doit être intentée dès lors que le défaut en cause entre bien dans la catégorie des vices cachés. La Cour de cassation reconnaît une sorte de primauté en faveur de la qualification des vices cachés. Elle considère que celui à qui est ouverte l'action en garantie des vices cachés

¹ E. Jeuland, v° Syllogisme judiciaire, in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1271.

² Sur ce point, v. J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, PUF, coll. « Thémis droit privé », 27^e éd. refondue, 2002, n° 9, p. 36 : « bien souvent à l'inverse du syllogisme classique, où ils (les juges) devraient descendre de la règle de droit à la décision concrète, ils commencent par poser la décision concrète qui lui paraît humainement désirable, et s'efforcent de remonter ensuite jusqu'à une règle de droit. C'est le *syllogisme régressif*. Les choses ont toujours dû se passer ainsi, depuis qu'il y a des juges, et qui pensent. À voiler le processus psychologique, on s'exposerait, dès le départ, à prêter au droit une rigidité qui n'est pas dans les faits ».

V. aussi sur le syllogisme inversé : L. Cadet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. « Thémis droit », 2^e éd., 2013, n° 21, p. 87.

³ C. civ., art. 2224.

doit emprunter cette voie et donc agir dans le délai imparti¹. Le problème est qu'il arrive souvent que le délai laissé à l'acquéreur soit manifestement écoulé lorsqu'il décide d'intenter l'action. Cela justifie alors que le juge choisisse délibérément d'ignorer la qualification de vices cachés pour lui en préférer une autre afin de contourner cet écueil.

Un arrêt illustre cette idée². L'affaire concernait une vente relative à un immeuble à usage d'habitation qui fut conclue alors que le bien faisait l'objet d'une interdiction d'habiter vieille de quarante ans. Le vendeur déclare dans l'acte de vente qu'il n'existe aucun obstacle, ni aucune restriction d'ordre légal ou contractuel à la libre disposition du bien vendu. Quelques années après la vente, les acheteurs se voient signifier, par le préfet, une mise en demeure de respecter l'interdiction d'habiter prononcée par arrêté préfectoral. Les acheteurs se retournent alors contre le vendeur. Hors délai pour agir sur le terrain de la garantie des vices cachés, ils ont agi en nullité de la vente pour dol. Sur ce fondement, ils réclamaient la restitution du prix et le paiement de dommages et intérêts. Le vendeur prétendait quant à lui qu'une telle demande ne pouvait prospérer dans la mesure où, dès lors que la chose objet de la vente est atteinte d'un vice rédhibitoire, seule l'action en garantie des vices cachés peut être invoquée. Or, puisque les acquéreurs ont agi dans un délai qui ne pouvait être considéré comme bref au sens de l'article 1648 du Code civil, ce fondement exclusif ne pouvait leur permettre d'obtenir satisfaction.

L'analyse des faits plaidait effectivement en sa faveur. La situation pouvait être appréhendée sous la qualification de vices cachés dans la mesure où il s'agissait d'un défaut occulte de la chose vendue qui la rendait impropre à l'usage auquel elle était destinée ou qui en diminuait tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou en aurait donné un moindre prix, s'il l'avait connu. Le problème est qu'en l'occurrence, si les faits avaient été appréhendés sous cette appellation, le demandeur aurait vu son action déclarée irrecevable puisque l'action n'avait pas été introduite dans un bref délai. C'était sans compter sur l'imagination du juge saisi qui décida d'appréhender les faits litigieux, non pas sous la qualification de vices cachés comme cela aurait dû être le cas, mais sous la qualification de dol. Ici, le juge avait estimé que le dol était constitué par la réticence du vendeur qui s'est gardé de révéler à l'acheteur l'existence de cet arrêté d'interdiction d'habiter. Saisie du litige

¹ Civ. 3^e, 4 oct. 1995, Bull. civ. III, n° 216 ; Civ. 3^e, 5 nov. 1997, Bull. civ. III, n° 195 ; Civ. 3^e, 15 mars 2006, Bull. civ. III, n° 72.

² Civ. 3^e, 29 nov. 2000, n° 98-21.224, Bull. civ. III, n° 182 ; D. 2001. IR 177 ; CCC 2001, n° 41, note Leveneur.

par le vendeur qui prétendait que les faits litigieux devaient être qualifiés de vices cachés afin de bénéficier de la prescription de l'action, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi. Elle a pour cela considéré que les juges du fond étaient fondés à retenir que l'absence de déclaration par le vendeur d'une telle situation était constitutive d'une réticence dolosive de nature à vicier le consentement de ses acquéreurs, de sorte que l'action n'était pas soumise au bref délai de l'article 1648 du Code civil. En l'occurrence, les juges du fond n'ont pas choisi la qualification de dol en considération de simples éléments de technique juridique. Ce choix s'explique par des considérations d'opportunité alors même que, comme l'a relevé un auteur, « la qualification de vice caché ne semblait pas pouvoir être contestée au cas particulier »¹. Il faut dire que traditionnellement, l'immeuble impropre à sa destination est considéré comme étant atteint d'un vice caché². Du reste, la Cour de cassation a elle-même déjà admis que l'existence d'un arrêté d'interdiction d'habiter dont l'acquéreur n'a pas eu connaissance était constitutive d'un vice caché au sens de l'article 1641 du Code civil³. Or, en l'espèce, le choix de cette qualification aurait abouti à l'irrecevabilité de la demande des acquéreurs, faute d'avoir respecté le bref délai imposé dans le cadre de l'action en garantie des vices cachés. Aurait-il fallu se contenter de les débouter et refuser au juge la possibilité d'opter pour une qualification qui permettait encore l'exercice d'une action ? Le vendeur s'en serait sorti à très bon compte... Quant aux acheteurs, ils auraient acquis une maison inhabitable en raison du seul silence de leur co-contractant. La méconnaissance volontaire de la qualification de vices cachés au profit de la qualification de dol apparaissait opportune car elle permettait au juge de sauver l'action des acquéreurs.

154. Justice de la qualification. Cette marge de manœuvre laissée au juge dans le choix de la qualification ne peut être assimilée à une décision purement capricieuse. L'opportunité n'est pas l'opportunisme. Le libre arbitre du juge permet au juge de s'adapter aux besoins de la cause. Cette situation pose une question fondamentale. Sans ce libre arbitre, le système juridique serait-il meilleur ? La justice serait-elle mieux rendue ? Un système qui imposerait une stricte hiérarchisation entre les qualifications ne servirait aucunement la qualité des décisions de justice. Au-delà de la *justesse* de la qualification, qui est toujours attendue, il y a la *justice* de la qualification, ce qui est autre chose. Dans le cas où plusieurs qualifications

¹ F. Cohet-Cordey, « Dol par réticence dans la vente d'un bien immeuble en l'état », AJDI 2001, p. 1020, Obs. ss. Civ. 3^e, 29 nov. 2000, *préc.*

² Civ. 3^e, 3 mai 1989, Bull. civ. III, n° 102 ou encore, s'agissant de l'inconstructibilité d'un terrain : Civ. 3^e, 27 avril 1977, Bull. civ. III, n° 184.

³ Civ. 3^e, 8 juin 2000, Dr. et patrimoine 2001, p. 85, obs. P. Chauvel.

sont objectivement possibles, le juge doit avoir la possibilité de privilégier une qualification qui permet encore l'action contre le vendeur¹. Il n'y a rien de despotique dans ce choix. Comme l'écrivait le doyen Carbonnier, « lorsque le droit positif met deux moyens à la disposition d'un même individu, le sens le plus élémentaire de ce double don est le cumul. Si le législateur a agi délibérément, que sa volonté soit faite. Si c'est par inadvertance, ce n'est pas un mal qu'un peu de désordre vienne dénoncer la surabondance des lois »². Invitant au respect de la « sainte liberté »³, le doyen Carbonnier défendait cette souplesse en admettant « la liberté du plaideur sur chacune des voies de droit qui lui sont ouvertes indistinctement »⁴. Sans doute est-il possible d'en dire autant pour le juge. Il faut concevoir, de façon positive, la liberté du juge de déterminer en conscience, lorsqu'il a le choix, dans quelle catégorie juridique il lui semble le plus pertinent de faire entrer les faits litigieux. Il ne s'agit pas de donner libre court aux humeurs du juge car, techniquement, toutes les qualifications sont justifiées. Il s'agit de lui permettre de trancher de façon éclairée le concours de qualifications et d'aboutir à la meilleure solution possible. Le libre arbitre du juge est préférable à une rigidité excessive qui, pour trop hiérarchiser les qualifications, risquerait d'aboutir à l'injustice⁵.

155. L'appréhension juridique des faits litigieux ne sollicite pas le libre arbitre du juge uniquement lorsqu'il est question d'établir la qualification. Il est tout aussi important lorsqu'il s'agit de modifier une qualification qui avait pourtant été initialement retenue. Le juge dispose d'une marge de liberté importante pour changer une qualification lorsque cela lui paraît nécessaire.

¹ La jurisprudence fournit de nombreux exemples dans lesquels le juge choisit le terrain du dol pour faire échapper l'action au bref délai de l'article 1648 du Code civil relatif à la garantie contre les vices cachés : Civ. 3^e, 29 nov. 2000, Bull. civ. III, n° 182, CCC 2001, n° 41, obs. L. Leveneur ; Com., 15 janv. 2002, Bull. civ. IV, n° 11, D. 2002, p. 2045, note Bremond.

² J. Carbonnier, obs.ss. Civ. 1^{re}, 19 juill. 1961, RTD Civ. 1961, p. 333.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ V. sur ce point : A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11^e éd, Domat, LGDJ, 2015, n° 257, p. 197.

Section 2 : Le changement de qualification

156. Restitution de la qualification. Le libre arbitre du juge dans le changement de qualification se manifeste de façon relativement simple : une qualification est initialement arrêtée mais le juge décide, au cours du procès, de la modifier pour en retenir une autre qui lui semble davantage correspondre au besoin du cas litigieux. Cette situation renvoie à l'idée selon laquelle l'opération de qualification ne doit pas être perçue comme quelque chose de purement statique. Lorsqu'une qualification est choisie et proposée au juge saisi, elle ne se trouve jamais cristallisée. Elle n'est pas à l'abri d'un changement opéré par le juge. Cela crée inévitablement une incertitude avec laquelle les parties doivent composer : la qualification retenue un jour n'est peut-être pas celle qui sera retenue le lendemain. La liberté de requalification dont dispose le juge est garantie par certaines dispositions qui l'autorisent à se départir d'une qualification juridique précédemment retenue. Il dispose de la liberté de remédier aux qualifications impropres en opérant une substitution de qualification (§1). Il peut aussi, parfois, écarter une qualification techniquement fondée lorsqu'une autre lui semble plus opportune. La requalification s'opère alors par distorsion de la réalité des faits litigieux dans le but de parvenir à une qualification adaptée aux besoins de la cause (§2).

§1. La requalification par substitution : un remède aux mauvaises qualifications

157. Devoir de requalification. De façon générale, il entre dans la mission du juge d'intervenir pour corriger les qualifications qui lui semblent erronées au regard de la réalité de la situation litigieuse. Cette faculté de requalification lui permet de pallier la carence des parties en redonnant aux faits ou aux actes la qualification qui s'impose. Le juge dispose de la possibilité de corriger, même d'office, la qualification défectueuse pour imposer une nouvelle qualification en adéquation avec les faits constatés. Cette mission de requalification est directement contenue dans l'article 12 du Code de procédure civile qui, après avoir énoncé que le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, dispose que ce dernier doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Chaque juge est tenu de vérifier la qualification appliquée aux faits et demeure libre de la modifier. Il ne doit jamais prendre pour acquises les qualifications retenues par d'autres que lui. Il doit donner aux faits

qui lui sont soumis la qualification juridique qu'ils comportent¹. Cela peut le conduire à restituer aux faits, même d'office, leur exacte qualification, dès lors qu'il lui paraît que la qualification retenue *a priori* ne peut s'imposer².

158. C'est un élément de son office³ que d'être en mesure de corriger des qualifications erronées. Il appartient au juge d'apprécier s'il convient ou non de procéder à une requalification. En cela, le libre arbitre du juge est un remède à l'erreur involontaire de qualification (A) et un moyen de contrer la fraude des plaideurs (B).

A. La correction de l'erreur

159. *Jura novit curia.* Le pouvoir de requalification dont dispose le juge se justifie avant tout par une raison d'ordre théorique. Elle tient à la primauté du juge sur les aspects juridiques du litige. Si le juge a la liberté de s'écarter de la qualification donnée par les plaideurs, c'est parce qu'il connaît le droit mieux que quiconque : *jura novit curia*. Il lui appartient de corriger la traduction juridique des faits précédemment choisie lorsqu'il estime qu'elle n'est pas pertinente. Sans cela, le juge serait contraint de respecter la qualification retenue par une autre personne que lui et à ne pas pouvoir corriger une qualification qui lui paraît injustifiée. La qualification donnerait aux parties plus de certitudes mais elle conduirait à imposer une qualification que le juge réproouve, sans lui donner la possibilité de rétablir ce qu'il estime être la bonne qualification. Or, « une bonne justice suppose que le juge fasse triompher la qualification considérée comme véridique au regard des catégories existantes, de sorte que chaque situation reçoive un traitement approprié »⁴. Le pouvoir de requalification permet de ne pas enfermer le juge dans le carcan d'une qualification inexacte.

160. Requalification-correction. La liberté du juge de requalifier les faits litigieux renvoie à la possibilité qui lui est donnée de pallier une carence involontaire des personnes à l'origine de la qualification.

161. Erreur d'un juge. Cette marge de liberté est conférée au juge du recours, lequel dispose, en principe, de la possibilité de revenir sur une qualification retenue par un précédent

¹ Soc., 1^{er} déc. 1971, Bull. civ. V, n° 703.

² Civ. 1^{re}, 16 mars 2004, n° 01-00.186, Procédures 2004, n° 123, note Perrot.

³ V. not. : P. Blondel, « Le juge et le droit », in *Le Nouveau Code de procédure civile vingt ans après*, Colloque de la Cour de cassation, 11 et 12 déc. 1997, 1998, La Documentation française, p. 103.

⁴ P. Jestaz, « La qualification en droit civil », *Droits, La qualification*, 1993, p. 47-48.

juge qui lui paraîtrait impropre. Cette possibilité est conférée au juge d'appel qui, en sa qualité du juge du fait et du droit, peut remédier à des qualifications qu'il estime incorrectes. C'est l'effet dévolutif attaché à l'appel qui permet au juge d'appréhender l'ensemble de la situation litigieuse pour considérer les faits sous une nouvelle qualification qui lui paraîtrait plus juste. Cette liberté appartient également parfois au juge de cassation lui-même qui s'autorise, dans certains cas, un contrôle des qualifications retenues par les juges du fond. Que ce soit le juge administratif¹ ou le juge judiciaire, ils admettent, en tant que principe, leur faculté de vérifier que la décision contestée ne repose pas sur une appréhension de la situation de fait matériellement erronée. Sauf les hypothèses où elles souhaitent restreindre leur contrôle², les juridictions s'octroient la faculté de redresser la qualification des faits et des actes car l'erreur en question constitue une violation de la loi par fausse application. C'est ainsi que le juge de cassation contrôle la qualification de faute³ ou celle de force majeure⁴. Il lui appartient de juger s'il convient de modifier la qualification retenue par les juges du fond pour justifier leurs décisions. Le cas échéant, la correction procédera d'une approche différente des faits litigieux. Le juge aura analysé d'une autre façon la situation de fait et lui attribuera une qualification qu'il jugera plus adéquate.

162. Erreur des parties. Le pouvoir de requalification intervient également lorsqu'il s'agit de rectifier l'erreur des plaideurs dans l'appréhension juridique du litige. Comme le dit élégamment un auteur, il se peut en effet « que les parties aient placé la locomotive judiciaire sur de mauvais rails »⁵ en choisissant une qualification erronée. Si le juge constate qu'une erreur de qualification a été commise, il est de son devoir de procéder à une requalification. La Cour de cassation a eu à se prononcer sur ce point. Elle a précisé que pèse sur le juge, en vertu de l'article 12 du Code de procédure civile, une obligation de requalification des faits

¹ CE, sect., 2 févr. 1945, *Moineau*, Rec. p. 27.

² Pour un essai de classification des qualifications non contrôlées par la Cour de cassation, v. : Rép. pr. civ. Dalloz, v° Pourvoi en cassation, 2016, par J. et L. Boré, n° 310 s. Les auteurs expliquent que la Cour de cassation refuse de contrôler les qualifications « dans les cas où il lui apparaît que le législateur a entendu s'en remettre à une appréciation concrète des juges du fond, insusceptible de toute généralisation : ainsi, en ne fixant pas de délai précis pour l'exercice de l'action rédhitoire, il semble que le législateur ait entendu permettre une appréciation concrète et circonstancielle, par les juges du fond ». La Cour de cassation refuse par exemple de contrôler l'opportunité d'autoriser la vente amiable de l'immeuble saisi qui dépend essentiellement des circonstances de l'espèce : Civ. 2^e, 10 sept. 2009, n° 08-70.204, Bull. civ. II, n° 212 ; D. 2010. Chron. 532, obs. Sommer.

³ CE, 14 mai 2014, req. n° 359847, Dalloz actualité, le 26 mai 2014, obs. R. Grand. L'arrêt énonce que « la cour administrative d'appel avait procédé à une inexacte qualification juridique des faits ainsi appréciés en retenant que cet allègement des prescriptions données au commandant du navire ne constituait pas une faute de l'administration (...) ».

⁴ Civ. 16 nov. 1892, DP 1893. 1. 325 ; Civ. 2^e, 29 mai 1996, n° 94-18.129, Bull. civ. II, n° 117.

⁵ P. Jestaz, « La qualification en droit civil », in *Droits, La qualification*, n° 18, 1993, p. 46.

lorsqu'il lui semble que les parties ont fait fausse route. La Cour de cassation n'hésite pas à parler, à cet égard, d'un « devoir de requalifier les faits »¹, voire d'une « obligation »². La requalification traduit la nécessité d'un « redressement de qualifications juridiques proposées par les parties et jugées erronées »³. C'est en quelque sorte une requalification-correction dont il est alors question. Le juge, en prenant connaissance des faits litigieux, s'aperçoit que la qualification qui lui est proposée ne peut s'imposer et procède par conséquent à une modification. Sur ce point, tous les contentieux se rejoignent et reconnaissent la nécessité de laisser au juge cette possibilité qui n'est que le corollaire indispensable de l'obligation faite au juge de statuer en droit.

La place du libre arbitre du juge dans la requalification des faits apparaît à plusieurs niveaux.

163. Erreurs sur les actes ou faits juridiques. D'une part, s'agissant des actes et faits juridiques. Les parties peuvent avoir choisi de qualifier d'une certaine façon leurs rapports juridiques en déterminant par exemple la catégorie de contrat qui les unit. Il appartient alors aux juges du fait d'interroger cette qualification pour déterminer les véritables sens et portée des conventions des parties⁴. Le juge du fond a le pouvoir d'interpréter le sens des actes, des contrats et des obligations conventionnelles pour déterminer si la qualification choisie par les parties est véritablement adaptée à la situation. Il devra s'interroger sur la pertinence de l'appréhension juridique des actes et faits litigieux et ne sera pas enfermé dans la qualification initialement fixée. Il peut être amené à décider que le contrat qui lui est soumis n'a pas la nature qu'ont entendu lui conférer les parties. Le juge peut décider qu'une convention qualifiée par les parties de contrat de vente est, après analyse, un contrat de prêt⁵, ou encore que ce qui était présenté comme une société de fait est, en réalité, une société en participation⁶.

¹ Civ. 1^{re}, 16 févr. 1988, Bull. civ. I, n° 38.

C'est aussi le cas en matière pénale où la Cour de cassation considère que le juge « a le devoir de restituer à la poursuite sa qualification véritable » : Crim., 29 oct. 1996, Bull. crim. n° 378, Dr. pén. 1997, n° 17, obs. Véron.

² Ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343, Bull. ass. plén. n° 10 ; BICC 15 avr. 2008, p. 18, rapp. Loriferne, avis de Gouttes et le communiqué ; JCP G 2008, II, 10006, note Weiller ; JCP G 2008, I, 138, n° 9, obs. Amrani-Mekki ; Procédures 2008. Comm. 70, obs. Perrot ; RCA 2008. Comm. 112, note Hoquet-Berg ; Dr. et proc. 2008. 103, note Lefort ; CCC 2008. Comm. 92, note Leveneur ; RDC 2008, p. 435, obs. Serinet.

V. cep., admettant une simple faculté de requalification : Civ. 1^{re}, 19 juin 2013, n° 12-11.767, inédit, Gaz. Pal. 3 sept. 2013, n° 246, p. 8, obs. Bléry et Civ. 3^e, 25 juin 2013, n° 11-27.799, inédit, Gaz. Pal. 3 sept. 2013, n° 246, p. 8, obs. Bléry.

³ H. Motulsky, D. 1972. Chron. 91, spéc. n° 37, p. 100 et n° 46, p. 102.

⁴ Civ. 30 nov. 1892, DP 1893, 1, p. 85.

⁵ Civ. 3^e, 29 janv. 1970, Bull. civ. III, n° 73.

⁶ Com., 23 mars 1971, Bull. civ. IV, n° 88.

164. Erreurs sur les prétentions. D'autre part, s'agissant des prétentions émises au cours du procès par l'une ou l'autre des parties. Celles-ci décident de fonder de telle façon leur demande mais le juge décide, tout en reconnaissant le droit invoqué par le plaideur sur le fond, d'analyser différemment les faits litigieux pour en modifier la qualification juridique.

Un arrêt permet d'illustrer cette faculté laissée au juge. Dans cette affaire, une société avait été condamnée par un Conseil de prud'hommes à payer à un salarié des dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat de travail. Le Conseil avait pour cela décidé de requalifier la demande en indemnité de licenciement, en demande de dommages-intérêts pour rupture abusive. La décision fut contestée devant la Cour de cassation. Le demandeur arguait notamment que le juge n'étant pas autorisé à modifier l'objet même de la demande, le Conseil de prud'hommes ne pouvait requalifier la prétention du salarié pour la faire prospérer. La haute juridiction avait rejeté le moyen en estimant que c'est sans modifier les termes du litige que le juge avait ici restitué sa véritable dénomination à la demande indemnitaire¹. Sans la requalification, le juge aurait en l'occurrence été contraint de rejeter la demande indemnitaire du salarié alors même que celle-ci pouvait prospérer sous sa véritable qualification juridique. L'intervention du juge est d'autant plus importante depuis la consécration du principe de concentration des moyens par l'arrêt *Cesareo* du 7 juillet 2006, le plaideur à l'obligation d'invoquer, au soutien de sa prétention, tous les moyens susceptibles de la fonder, faute de quoi toute nouvelle demande se heurterait à l'autorité de la chose précédemment jugée². Par l'effet de ce principe, une partie qui se trompe de qualification peut potentiellement voir son droit substantiel ignoré alors même que celui-ci existe sur le fond. Laisser une possibilité au juge d'intervenir pour restituer la bonne qualification à la prétention est un moyen de sauver ce droit substantiel et de passer outre la lacune du plaideur. C'est faire ce pourquoi il a été institué : trancher les litiges conformément aux règles de droit applicables.

165. Nécessaire à la correction de l'erreur « involontaire » de qualification, le libre arbitre du juge permet également de remédier à l'erreur volontaire de qualification ou, pour le dire autrement, à la fraude. Il peut arriver que la qualification juridique d'une situation ou d'un acte fixée par les parties traduise une certaine ruse dont le but est de faire échapper les

¹ Soc., 30 juin 1988, Bull. civ. V, n° 406.

² Ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, Bull. civ. n° 8 ; BICC 15 oct. 2006, rapp. Charruault, note Koering-Joulin, avis Benmakhlouf ; D. 2006. 2135, note Weiller ; JCP G 2006, I, 183, obs. Amrani-Mekki ; *ibid.* 2007. II. 20070, note Wiederkehr ; Gaz. Pal. 2007. 398, note Gain ; Dr. et proc. 2006. 348, note Fricero ; RDI 2006. 500, obs. Malinvaud ; RTD civ. 2006. 825, obs. Perrot.

rapports noués entre elles à leur véritable qualification. Dans ce cas, il s'agit de laisser au juge la possibilité de prendre en compte la volonté frauduleuse d'une partie, voire de toutes les parties, pour sanctionner la méconnaissance de la qualification que devaient revêtir les faits litigieux.

B. La sanction de la fraude

166. Requalification-sanction. Le juge a le pouvoir de contrer la fraude des parties en modifiant, au besoin, la qualification initialement choisie. C'est ce pouvoir qu'un auteur a qualifié de « requalifications-sanctions »¹. Le cas de figure n'est pas anecdotique. Il est même particulièrement fréquent dans certains domaines. Ainsi en est-il de l'hypothèse très classique, en droit privé, de la donation-déguisée, une opération par laquelle les parties concluent ce qu'elles qualifient de contrat de vente tout en convenant que l'acheteur n'aura pas à payer le prix. Il s'agit ici, pour les contractants, de se dispenser du paiement des droits de donation et de succession qui, passés un certain montant, peuvent paraître prohibitifs. L'administration fiscale dispose alors d'une action en requalification tendant à établir le caractère gratuit d'opérations prenant l'apparence d'actes à titre onéreux². Il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement si l'acte conclu constitue une donation déguisée³ et si la modicité du prix convenu pour la vente d'un bien trouve sa cause dans une intention libérale⁴. Si tel n'est pas le cas, le juge doit pouvoir modifier la qualification choisie par les parties, sans quoi il serait contraint de respecter la qualification arrêtée alors même que celle-ci procédait de la ruse des parties. Le pouvoir de requalification lui permet de faire triompher la véritable qualification : à lui de déterminer si la fraude est, dans l'affaire en cause, caractérisée, ce qui repose sur une analyse concrète et circonstancielle.

167. Contrat à durée déterminée. Ce pouvoir de requalification dont dispose le juge est également important dans certains contentieux spécifiques où les parties ne sont pas placées sur un pied d'égalité. C'est le cas, notamment, en droit du travail, un domaine dans lequel la requalification est particulièrement présente⁵. Il existe, en matière prud'homale, une pratique fréquente consistant pour l'employeur à qualifier les contrats de travail d'un salarié de

¹ V. par ex. : S. Frossard, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, préf. J.-M. Béraud, LGDJ, Bibliothèque de droit social, 2000, nos 70 s., p. 68 s.

² Com., 8 juill. 1970, JCP G 1971, II, 16597, note D. P.

³ Civ. 1^{re}, 5 oct. 1960, Bull. civ. I, n° 419.

⁴ Civ. 1^{re}, 2 févr. 1970, D. 1970. 285.

⁵ V. D. Baugard, *La sanction de la requalification en droit du travail*, préf. G. Couturier, IRJIS éditions, 2011.

contrats à durée déterminée afin d'échapper à la législation protectrice de ce dernier du contrat à durée indéterminée. La fraude consiste alors à multiplier les contrats à durée déterminée pour contourner la qualification de contrat à durée indéterminée. Or, l'article L. 1245-1 du Code du travail répute à durée indéterminée tout contrat à durée déterminée non conforme à certaines dispositions légales, notamment celles qui interdisent de pourvoir un emploi permanent par le biais d'un contrat à durée déterminée¹. Le salarié peut demander au juge prud'homal de requalifier les divers contrats à durée déterminée en un seul et même contrat à durée indéterminée. Le cas échéant, le juge analysera la relation de travail pour déterminer si celle-ci présentait un caractère pérenne rendant impropre la qualification arrêtée par les parties. La Cour de cassation a précisé sur ce point que la qualification exacte d'un contrat dont la nature juridique est indéterminée relève « de l'office du juge »². Son pouvoir de requalification est indispensable car il permet de substituer à la qualification initiale une nouvelle qualification plus fidèle à la réalité des faits litigieux. Le juge aura analysé, en conscience, la situation factuelle et sera parvenu à établir une qualification qui ne correspond pas à celle qui a été précédemment fixée. Cela démontre que s'il est commode de fustiger la place du libre arbitre du juge dans ces requalifications, en ce qu'elles alimenteraient l'« insécurité juridique »³, cette marge de liberté du juge est en vérité plus un bienfait qu'un danger.

C'est ce que démontre une affaire tranchée par la chambre sociale de la Cour de cassation le 6 novembre 2013. Dans cette espèce, un salarié avait été recruté par la Poste dans le cadre d'une succession de 52 contrats à durée déterminée sur une période allant du 30 juin 1995 au 20 décembre 2000. Un an plus tard, il fut engagé en contrat à durée indéterminée, mais avec une reprise d'ancienneté limitée au 14 novembre 2001. Il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en requalification de l'intégralité de la relation contractuelle en un contrat à durée indéterminée et en paiement de diverses sommes. Une cour d'appel a fait droit à la requalification de l'ensemble contractuel mais elle l'a débouté de sa demande de rappel de salaire et d'indemnité de congés payés au motif que le salarié, ne rapportant pas la preuve d'une relation de travail continue, ne pouvait prétendre à une reprise d'ancienneté depuis le premier jour du premier contrat de travail. L'arrêt fut cassé au visa de l'article L. 1245-1 du Code du travail. La haute juridiction affirme que, par l'effet de la requalification de ses

¹ Pour cette interdiction, v. : C. trav., L. 1242-1.

² Soc., 19 mai 1998, n°97-41.814, Bull. civ. V, n° 266, RJS 1998, p. 536, n°829 ; D. 1998. IR 166.

³ C. Roy-Loustaunau, « CDD. Pouvoir de requalification du juge. Motif de recours différent de celui inscrit au contrat », Droit social 2001, p. 540. L'auteur parle d'une « dictature des concepts flous ».

contrats à durée déterminée, le salarié était réputé avoir occupé un emploi à durée indéterminée depuis le jour de sa première embauche dans l'entreprise et est en droit d'obtenir la reconstitution de sa carrière ainsi que la régularisation de sa rémunération¹. C'est l'ensemble de la relation de travail qui a fait l'objet d'une requalification par le juge. Par cette modification, il a fait obstacle à la fraude d'une des parties en restituant aux faits leur exacte qualification.

168. Le libre arbitre du juge n'est pas seulement un moyen de corriger la carence involontaire des parties ou de sanctionner la fraude. C'est aussi l'expression de la faculté donnée au juge de s'adapter à une nouvelle réalité des faits litigieux lorsqu'une qualification initialement arrêtée est devenue désuète.

C. L'adaptation à l'évolution des faits

169. Nouvelle photographie des faits. Il arrive qu'une qualification soit initialement arrêtée de façon tout à fait pertinente au regard d'une situation donnée mais que l'évolution des faits litigieux appelle une requalification. Dans ce cas, contrairement aux précédentes hypothèses, la qualification n'est pas initialement impropre, elle le devient. Il est alors indispensable de donner au juge la possibilité de traduire cette évolution en substituant à la qualification désuète, une nouvelle qualification. Cela évite qu'il ne soit enfermé dans la qualification initiale alors même qu'elle n'est plus la traduction fidèle des faits litigieux. Ce pouvoir constitue un élément de souplesse permettant l'adaptation de la qualification à la nouvelle photographie des faits dont il est saisi.

170. Requalification d'une infraction. Cette hypothèse se vérifie surtout en matière pénale. Parce qu'elle est l'expression du principe de la légalité criminelle, l'opération de requalification est au cœur du contentieux pénal. Qu'il y ait une instruction ou pas, le juge pénal est en effet saisi *in rem*, c'est-à-dire de faits bien déterminés, mais il n'est pas saisi d'une qualification pénale². La Chambre criminelle de la Cour de cassation estime traditionnellement que les juridictions pénales ont le devoir d'examiner la qualification des

¹ Soc., 6 nov. 2013, n° 12-15.953, Vull. civ. V, n° 259, Dalloz actualité, le 26 nov. 2013, obs. Peyronnet ; RDT 2014. 35, obs. Reynès ; RJS 1/2014, n° 15.

² Sur ce point, v. : S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, Litec, coll. « Manuel », 6^e éd., 2010, n° 2293, p. 1485.

faits visés par la prévention et, subséquemment, le pouvoir de la modifier¹. Les seules limites imposées à ce pouvoir de requalification tiennent à la nécessité de respecter le périmètre des faits visés qui fondent les poursuites² et de laisser aux parties la possibilité de discuter du changement opéré³. Mais, dans ce périmètre, il est indispensable de reconnaître au juge la possibilité de s'écarter d'une qualification, laquelle, à la lumière de nouveaux éléments factuels, ne lui semble plus justifiée. C'est le cas lorsque le juge modifie la perception juridique des faits litigieux pour tenir compte d'une évolution de la situation litigieuse. Il doit pouvoir opérer cette évolution par le biais d'une disqualification des faits qui sera suivie d'une requalification. Par exemple, il est fréquent, en pratique, que des infractions dont la qualification est arrêtée en fonction de la durée d'une interruption temporaire de travail soient requalifiées eu égard au fait que cette interruption « est moins grave que ce qu'il n'y paraît »⁴. Ainsi en est-il de l'infraction de violences volontaires qui peut passer de la qualification de délit⁵ à celle de simple contravention⁶. Si, techniquement, le juge correctionnel reste saisi⁷, il doit procéder à cette requalification, sans quoi il traiterait le litige à travers une qualification qui ne correspondrait plus à la réalité du dossier. L'enjeu est considérable pour la personne poursuivie car les peines encourues sont différentes selon qu'il s'agit d'un délit ou d'une simple contravention.

L'inverse est également vrai. La Cour de cassation considère que le juge est tenu de requalifier une infraction en cas d'aggravation du préjudice subi⁸. Par cette aggravation, c'est la nature pénale des faits qui s'en trouve modifiée, de sorte qu'il est indispensable que le juge puisse changer la qualification initiale. Par exemple, dans une affaire, une personne a été poursuivie du chef de blessures involontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail de

¹ Crim., 17 déc. 1859, DP 1860, 1, p. 196 ; 25 avr. 1907, DP 1909, 5, p. 35 ; 23 juil. 1962, Bull. crim. n° 251 ; 11 juin 1990, Bull. crim. n° 238.

² S'il appartient aux juges répressifs de restituer aux faits dont ils sont saisis leur exacte qualification, c'est à la condition de n'y rien ajouter, sauf acceptation expresse par le prévenu d'être jugé sur des faits non compris dans la poursuite : Crim. 27 avr. 2000, n° 99-83.648, D. 2000. IR 202.

³ S'il appartient au juge de restituer aux faits dont il est saisi leur véritable qualification, c'est à la condition que le prévenu ait été mis en mesure de se défendre sur la nouvelle qualification envisagée : Crim., 13 févr. 2008, n° 03-81.097, Bull. crim. n°38 ; D. 2008. AJ 924 ; *ibid.* 1805, note Lennon ; RSC 2008, p. 984, obs. Renucci ; AJ pénal 2008, p. 197

⁴ E. Dreyer et O. Mouysset, *Procédure pénale*, LGDJ, coll. « Cours », 2016, n° 595, p. 342.

⁵ C. pén., art. 222-11, al. 1^{er} : « les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ».

⁶ C. pén., art. R. 625-1, al. 1^{er} : « les violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale du travail d'une durée inférieure ou égale à huit jours sont punies de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe ».

⁷ C. pr. pén., art. 466 : « si le tribunal régulièrement saisi d'un fait qualifié de délit par la loi, estime, au résultat des débats, que ce fait ne constitue qu'une contravention, il prononce la peine et statue, s'il y a lieu, sur l'action civile ».

⁸ Ce qui constituait dans l'ancien Code pénal, une contravention de 5^e classe.

moins de 3 mois. Dans l'ancien Code pénal, cette infraction constituait une contravention de cinquième classe. Cependant, il est apparu, après le jugement de condamnation, que les blessures occasionnées à la victime avaient conduit à une incapacité totale de travail qui avait excédé trois mois. Au cours de l'instance d'appel, une cour d'appel a requalifié la contravention en blessures involontaires ayant entraîné une ITT supérieure à 3 mois¹, une infraction qui constituait un délit². Ici, c'est la présentation de la situation litigieuse sous un nouveau jour et à la lumière de nouveaux éléments qui justifient que le juge modifie la qualification juridique initialement arrêtée. Cette requalification, qui a été rendue possible par l'effet dévolutif de l'appel, a conduit à délaisser la qualification de contravention pour lui préférer celle de délit car cela correspondait à l'évolution de la situation factuelle.

171. Dans cette opération de requalification, l'importance du libre arbitre du juge est telle qu'elle dépasse les hypothèses dans lesquelles le juge restitue la qualification authentique des faits. Il y a des cas qui justifient que le juge puisse choisir d'ignorer une qualification juridique qui semblait devoir s'imposer du point de vue technique. Il faut parfois que le juge nie la bonne qualification des faits litigieux pour lui préférer une qualification qu'il estime plus opportune.

§2. La requalification par distorsion : la négation de la qualification authentique

172. Problème de la distorsion. Dire que le juge peut opérer une requalification par distorsion des faits litigieux pose problème. Cela semble être un procédé inadmissible exprimant le caprice du juge qui ignorerait sciemment la bonne qualification pour lui en substituer une qui ne devrait pas s'imposer. Comment permettre à celui qui est censé être le garant de l'application du droit de méconnaître sciemment les règles par un pur acte de volonté ? Envisagée ainsi, la liberté du juge révèle ce qu'elle a de plus inquiétant car elle lui permet d'outrepasser la réalité des faits litigieux pour imposer une vision biaisée de ces derniers. Nier délibérément la bonne qualification des faits ne revient-il pas à méconnaître sa fonction de dire le droit ? La plupart des auteurs semblent le penser. Certains voient dans cette

¹ Crim., 15 mars 1994, Bull. crim. n° 97, D. 1994, IR, p. 120.

² C pén. anc., art. 320.

manipulation de la qualification une pratique « choquante au regard du principe de légalité »¹ et d'autres dénoncent une qualification laissée « à la merci du juge »².

173. Nécessité de la distorsion. Il est cependant possible de développer une analyse plus nuancée. Le choix du juge de nier la qualification authentique des faits litigieux exprime autre chose que son emprise envahissante sur le litige. Il ne traduit pas une domination aveugle de la règle de droit qui serait exposée aux fantaisies les plus imprévisibles. Il repose sur quelque chose de plus fondamental qui tient à la nécessité qui se manifeste parfois de s'écarter, dans un cas d'espèce, de la qualification qui a normalement vocation à s'appliquer. La qualification induit une certaine « plasticité »³, laquelle peut aboutir à nier la qualification authentique des faits pour lui en substituer une autre, jugée préférable. Il est dans certains cas nécessaire, pour garantir la qualité du processus juridictionnel de traitement du litige, de tordre la qualification pour opérer une requalification d'opportunité. Lorsque le juge écarte la qualification objectivement applicable, il ne le fait pas par plaisir. Il le fait « quand il en éprouve le besoin ou plutôt quand il croit devoir satisfaire à un besoin social »⁴. L'art de la qualification ne consiste pas toujours à donner aux choses le nom qui leur revient. Il requiert parfois plus de finesse. Le juge doit, dans certains cas, utiliser « sa maîtrise de l'art du droit pour exploiter la souplesse laissée (...) par la qualification des faits »⁵. La négation de la qualification qui devait techniquement s'imposer repose sur un besoin, celui de laisser au juge la possibilité de ne pas toujours suivre les strictes recommandations légales dès lors que le résultat produit par la qualification originaire ne lui paraît pas opportun. C'est un moyen, pour le juge, de privilégier l'utilité de la qualification à sa technicité.

174. Correctionnalisation. C'est en matière pénale que cette requalification par distorsion est la plus remarquable. Il s'agit de la pratique qui consiste pour le juge pénal à sciemment omettre un élément constitutif d'une infraction pour attribuer aux faits une qualification inférieure à celle qui aurait dû s'imposer au regard de l'élément ignoré. Le juge va remplacer une qualification pénale par une autre qui lui paraîtra plus adaptée tout en sachant qu'elle est

¹ E. Dreyer, *Droit pénal général*, Litec, 4^e éd., 2016, n° 577, p. 370. L'auteur parle d'une « contractualisation tacite de la qualification ».

² J.-B. Bosquet-Denis, *La distinction du droit pénal général et du droit pénal spécial*, LGDJ, coll. Bibl. sc. crim., 1977, t. XXI, p. 85. La pratique aboutit selon cet auteur à « nier la volonté du législateur et à laisser la règle de droit pénal spécial à la merci du juge ».

³ F. Terré, « Retour sur la qualification », in Mél. J. Buffet, LGDJ, 2004, p. 419.

⁴ Ph. Jestaz, « La qualification en droit civil », in Droits, *La qualification*, n° 18, 1993, p. 50.

⁵ P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 3^e éd., LGDJ, 2015, n° 100, p. 95.

« artificielle »¹. Cela fait dire à un auteur que « sur le plan des principes, le procédé est évidemment critiquable puisqu'il est illégal. Seul le législateur peut fixer les infractions et les sanctions. Lui seul peut donc déterminer la juridiction compétente »². En revanche, sur le plan de l'opportunité, « l'hésitation est permise »³ reconnaît ce même auteur. Il y a des cas dans lesquels il est nécessaire de développer une représentation volontairement erronée de la nature des faits : par nécessité, le juge va choisir d'appeler un chat, un chien⁴.

175. Opportunité de la correctionnalisation. Par exemple, les auteurs ont pris l'habitude de parler de correctionnalisation⁵ pour désigner la pratique qui consiste à ignorer un élément constitutif d'un crime ou la circonstance aggravante transformant un délit en crime pour appréhender les faits sous l'unique qualification de délit. Ainsi, dans le cas d'un vol où il est avéré que l'agent infractionnel a commis son forfait à l'aide d'une arme, le juge va délibérément faire abstraction de cet élément afin de passer du crime de vol à main armée⁶ - la qualification qui aurait dû techniquement s'appliquer - au délit de vol avec violences⁷. Cette pratique présente des avantages. Elle permet de faire l'économie d'une saisine de la cour d'assises, compétente pour trancher les crimes, et de transférer la connaissance du litige au tribunal correctionnel qui connaît quant à lui des délits. Ce sont des juges professionnels composant ce tribunal qui seront amenés à statuer et non le jury populaire composant la Cour d'assises à qui il est souvent prêté une tendance excessive au jugement d'émotion⁸. Cela permet en outre de réduire les délais de traitement de l'affaire dans la mesure où les modalités de constitution d'une cour d'assises sont particulièrement lourdes et formalistes. En cela, la négation de la bonne qualification répond au souci d'une meilleure administration de la justice⁹. Plus généralement, les parties elles-mêmes peuvent y trouver un intérêt. La victime peut y voir un moyen d'aboutir à une indemnisation plus rapide en cas de condamnation, et la personne poursuivie comme une opportunité d'échapper à une peine potentiellement plus

¹ J.-C. Laurent, « La correctionnalisation (les problèmes de fond) », JCP G 1950, I, 852.

² J. Pradel, *Procédure pénale*, 18^e éd, Cujas, 2015, n° 121, p. 111.

³ *Ibid.*

⁴ V. A. Guéry, « De la difficulté pour le juge pénal d'appeler un chat, un chat (requalification « stricte » ou « élargie »). Devoirs et pouvoirs du tribunal correctionnel », *Dr. pénal* 2005. Chron. 6 et 7.

⁵ La pratique s'applique également à la contraventionnalisation qui consiste à sciemment ignorer un élément constitutif d'un délit pour pouvoir qualifier l'infraction de contravention.

⁶ C. pén., art. 311-4, 4^o.

⁷ C. pén., art. 311-8.

⁸ V. sur ce point, V. E. Salomon, *Le juge pénal et l'émotion*, Th. Paris II, 2015.

⁹ V. cependant une décision de décembre 2016 du tribunal correctionnel de Valenciennes qui rejette la correctionnalisation d'un viol en se considérant incompétent. La décision a été relayée par la presse locale : <http://www.lavoixdunord.fr/73284/article/2016-11-12/le-tribunal-de-valenciennes-se-declare-incompetent-pour-juger-un-viol#>.

lourde ainsi qu'à l'importante médiatisation des procès d'assises. La liberté du juge de nier la bonne qualification juridique n'est pas l'expression de son caprice. Ce sont des justifications d'opportunité qui expliquent que, dans telle ou telle affaire, suivant les circonstances, une requalification des faits litigieux puisse s'imposer. D'ailleurs, si la Cour de cassation n'hésite pas à casser les décisions qui dévoilent de façon trop visible la méconnaissance de la bonne qualification¹, c'est plus la maladresse des juges que la pratique en elle-même qu'elle sanctionne. Le mécanisme n'a en soi jamais fait l'objet d'une interdiction expresse du législateur ou même de la jurisprudence. Il aurait même été « légalisé » selon certains auteurs² à travers diverses dispositions du Code de procédure pénale³. Les praticiens, quant à eux, présentent ce procédé comme étant « tout simplement indispensable au fonctionnement de la justice pénale »⁴ car elle repose sur une vision utilitariste de la qualification. Elle permet d'aboutir à une qualification éclairée, en particulier par la prise en compte et l'évaluation des résultats auxquels pourrait aboutir la qualification authentique. Elle répond à un besoin, celui d'une adaptation de la qualification juridique aux besoins de l'affaire, sans toutefois aboutir à un processus despotique qui permettrait par exemple à un juge de dire qu'un meurtre par préméditation est un vol. La correctionnalisation aboutit à une paralysie d'un élément constitutif de l'infraction ou d'une circonstance aggravante ; elle n'aboutit pas à la négation de la nature des faits litigieux. Même correctionnalisé, un vol aggravé reste un vol. La nouvelle qualification choisie ne correspond pas à un choix irrationnel du juge. Il s'agit d'introduire, dans le processus de qualification, une dimension d'opportunité, c'est-à-dire de refuser que cette opération soit conçue comme un simple exercice descriptif et automatique. La requalification par distorsion est un choix fait « d'intuition, d'imagination et de psychologie »⁵ qui tend à prendre en compte les besoins de la procédure.

¹ V. par ex. : Crim., 31 janv. 2007, Dr. pén. 2007 comm. 68, obs. Véron.

² A. Darsonville, « La légalisation de la correctionnalisation judiciaire », *Revue Droit Pénal*, Mars 2007, Etude, p. 7. V. parlant plutôt de « consolidation » : J. Pradel, *Procédure pénale*, 18^e éd, Cujas, 2015, n° 121, p. 113.

³ Par exemple, l'article 469 du Code de procédure pénale indique en son alinéa 1^{er} que lorsque le fait déféré au tribunal correctionnel sous la qualification de délit est de nature à entraîner une peine criminelle, le tribunal renvoie le ministère public à se pourvoir ainsi qu'il avisera. Son alinéa 4 précise toutefois que lorsque le renvoi est décidé par le Juge d'instruction ou la Chambre de l'instruction, le tribunal correctionnel ne peut pas faire application, d'office ou à la demande des parties, des dispositions du premier alinéa, si la victime était constituée partie civile et était assistée d'un avocat lorsque ce renvoi a été ordonné.

V., parlant d'une disposition qui « légitime » la correctionnalisation judiciaire : E. Dreyer et O. Mouysset, *Procédure pénale*, LGDJ, coll. « Cours », 2016, n° 475, p. 288.

⁴ F. Desportes et F. le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, coll. « Corpus Droit privé », 16^e éd., 2009, n° 133, p. 80.

⁵ J.-C. Laurent, « La correctionnalisation (les problèmes de fond) », JCP 1950, I, 852.

176. Pragmatisme du juge. Si l'exemple de la correctionnalisation est souvent mis en avant pour illustrer le rôle de la volonté du juge dans la qualification juridique, l'utilité d'une telle liberté laissée au juge s'exprime dans tous les contentieux. « Chacun pourrait citer maints exemples de décisions dont les auteurs, toutes juridictions confondues, ont triché avec la qualification pour des raisons d'équité, afin de soustraire le cas au régime normalement applicable et devenu injuste en l'espèce »¹. Cette manipulation, au sens premier du terme, de la qualification présente des avantages. C'est un moyen de faire de la qualification une opération adaptée au litige dont il est saisi, et de délaissier une sorte de prêt-à-qualifier mis en œuvre par des règles générales et impersonnelles qui ne peuvent, par définition, saisir la spécificité de chaque situation litigieuse. Il y a des litiges dans lesquels les circonstances commandent de délaissier la qualification la plus techniquement justifiée pour en privilégier une autre, conforme à ce que le juge estime être la qualification la plus juste. L'ignorance volontaire de la qualification authentique ne signifie pas que le processus de qualification est entièrement laissé à sa fantaisie. Elle exprime l'idée d'une forme de pragmatisme nécessaire du juge dans l'opération de qualification.

Conclusion du chapitre 2 :

177. La qualification : une opération finalisée. L'étude du processus de qualification démontre que le libre arbitre ne peut être envisagé comme un danger exprimant la toute-puissance du juge au cours de cette étape essentielle. Il faut avoir une appréciation bien plus nuancée. Le libre arbitre est une donnée tantôt nécessaire, tantôt utile, qui permet d'introduire dans le processus de qualification une marge de liberté qui sert en définitive la qualité de la décision qu'il doit rendre. Il y a, dans l'opération de qualification juridique des faits, une part de souveraineté nécessaire. C'est lui qui, confronté à la spécificité de chaque cas d'espèce, peut établir les qualifications que méritent les faits. C'est encore lui qui peut requalifier les faits lorsque la qualification proposée par les parties lui paraît erronée ou frauduleuse. C'est lui aussi qui peut choisir parmi la diversité de qualifications possibles, celle qui lui paraît la plus adaptée au besoin de la cause. « La qualification est au juge ce que le diagnostic est au médecin. Le médecin relève des symptômes de son patient et, procédant à un rapprochement avec les symptômes recensés pour les diverses catégories de maladies, il va rattacher ceux de

¹ P. Jestaz, « La qualification en droit civil », in *Droits, La qualification*, n° 18, 1993, p. 49.

son patient à telle catégorie et, au sein de cette catégorie, à telle affection. Le juriste suit une méthode comparable : après avoir déterminé les faits de la situation, il va rechercher à quelle catégorie et sous-catégorie ces faits se rattachent, de manière à déterminer quelle est la règle de droit applicable à cette situation »¹. Or, ce diagnostic juridique, que constitue la qualification, n'est pas une science exacte. Elle repose sur l'art du juge comme le diagnostic médical repose sur l'art du médecin. Cette idée souligne quelque chose d'essentiel : la qualification juridique des faits n'est pas un acte neutre consistant à révéler la nature inhérente à un fait mais elle est au contraire le produit d'un acte intentionnel qui tend à la recherche d'un résultat. Elle ne consiste pas en une description mais en une évaluation qui permet de « donner le nom non pas qui revient à la chose mais que mérite la chose »². La précision est importante car elle souligne que la qualification est une opération finalisée. C'est un acte dynamique qui ne se réduit pas à « une simple opération de classement des situations juridiques qui serait en elle-même sa propre fin et qui résulterait de la constatation purement objective d'un certain nombre de caractères dont la réunion imposerait – en quelque sorte mécaniquement – l'appartenance du rapport de droit considéré à une catégorie préalablement définie »³. Elle implique d'autres ambitions. La qualification « n'est pas de la pure technique »⁴ : « la science et l'art ont chacun leur rôle dans ce travail »⁵.

¹ Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 13^e éd, 2016, n° 55, p. 47.

² O. Cayla, « La qualification, ou la vérité du droit », *Droits*, 1993-18, p. 9.

³ R. Le Balle, « Préface », in F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, Coll. Anthropologie du Droit, 2014, V.

⁴ P. Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, préf. P. Esmein, éd. Matot-Braine, 1953, n° 246, p. 271.

⁵ F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *op. cit.*, n° 2, p. 2.

Conclusion du Titre 1 :

178. Le libre arbitre du juge dans le traitement des aspects factuels du différend souligne toute la subtilité du travail juridictionnel. Les enseignements qui en découlent s'inscrivent au rebours des théories tendant à faire de l'acte de juger une opération sans âme, purement mécanique, réduite à l'application automatique, aux faits exposés par les parties, des règles dictées par le législateur. La réalité de l'acte de juger est plus complexe que cela : « l'action du juge a un caractère créateur, constitutif, et non pas seulement déclaratif, comme tendrait à le faire penser le recours au mécanisme du syllogisme »¹. Le rôle du libre arbitre dans l'appréhension des faits démontre que le jugement ne se construit pas en relevant simplement l'existence de faits litigieux. Le traitement de ces faits requiert une appréhension plus sensible, à « cette part irréductible de subjectivisme avec laquelle les divers juges saisis du même point litigieux apprécient les faits de l'espèce »². Sans cela, le juge serait un automate, distribuant aveuglément du droit à des faits sur lesquels il n'a aucune emprise ; avec une certaine prévisibilité mais sans finesse. Le juge n'est pas une machine à classer des faits. Autant qu'avec sa connaissance des règles de droit, il aborde le cas litigieux avec son imagination. C'est ce qui lui permet de comprendre les tenants et les aboutissants des aspects factuels du conflit qui se jouent devant lui. C'est aussi ce qui donne à l'opération de qualification toute son épaisseur. La place occupée par le libre arbitre dans l'appréciation des faits permet de dire qu'il ne s'agit pas d'une simple opération de contemplation mais d'une opération d'intelligence. Le juge n'est jamais extérieur aux faits litigieux, il s'en saisit pleinement. Il exerce des choix qui lui permettent de comprendre, en profondeur, la réalité du litige qu'il doit trancher. Mais il ne s'agit pas là d'une fin en soi. L'art d'appréhender les faits est un prélude, c'est un prélude nécessaire à l'art d'appliquer le droit.

¹ Rép. pr. civ., Dalloz, v° Jurisprudence, 2016, par L. Bach, n° 58.

² G. Basile-Bashini, *La prévention des contrariétés de jugements en droit judiciaire privé*, ANRT, 2001, p. 7.

Titre 2 : L'art d'appliquer le droit

179. Légicentrisme. Si « la question de l'application de la règle par le juge a, depuis longtemps, préoccupé le juriste »¹, c'est parce que le rapport du juge à la règle de droit est ambivalent. Le système juridique français s'est construit autour d'une conception restrictive de la fonction de juger héritée de la Révolution française de 1789. Reposant sur le culte de la raison éclairante² prônée par les philosophes des Lumières, la Révolution française a consisté à mettre la loi au cœur de l'acte de juger. Expression de la volonté générale, les règles écrites ont été érigées comme un rempart aux différents abus dont était accusé le juge de l'Ancien Régime. Conforme à l'héritage romano-germanique du droit français, cette volonté révolutionnaire a consisté à placer le juge en-dessous de la règle écrite. L'application pure et simple de la loi est alors la seule fonction du juge, ce, afin d'annihiler toute marge de manœuvre de ce dernier dans le règlement du conflit qui lui est soumis. « Toute la loi dans son esprit aussi bien que dans la lettre, avec une large application de ses principes et le plus complet développement des conséquences qui en découlent, mais rien que la loi, telle a été la devise des professeurs du Code Napoléon »³.

180. Autonomie du juge. Pour autant, si la nécessité de ne pas laisser au juge la possibilité de trancher le litige selon son bon-vouloir s'impose, l'idée d'un juge devant se contenter d'appliquer froidement les règles de droit positif ne permet pas de mesurer la véritable part d'autonomie et d'initiative que comporte l'application du droit par le juge. Les règles qui composent l'ordre juridique ont une lacune importante qui tient à leur trop grande généralité⁴. Elles font nécessairement naître une incertitude. C'est ce qui explique qu'il y ait, dans la réalisation du droit par le juge, quelque chose de l'ordre de l'officieux et du non-dit, des « zones d'obscurité »⁵, donnant à penser qu'il y a dans le jugement autre chose que l'application mécanique d'un texte de loi. Dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, le

¹ J. Lenoble, « La question de l'application en droit au delà d'une approche herméneutique », in Mél. J. Van Compernelle, 2004, Bruylant, p. 323.

² V. A. Soboul, *La Civilisation et la Révolution française*, Paris, Arthaud, 1978, p. 19 : « le siècle des Lumières : siècle un, profondément, mais combien divers. La raison éclaire tous les hommes, elle est la lumière, ou plus précisément, ne s'agissant pas d'un rayon, mais d'un faisceau, les Lumières ».

³ C. Aubry, cité par J.-L. Bergel, « Introduction générale », in G. Dracy, M. Doat et V. Labrot (dir.), *L'office du juge*, Colloque du Sénat, le 29 et 30 septembre 2006, Les colloques du Sénat, 2008, p. 12.

⁴ Sur la notion de généralité, v. : H. Dupeyroux, « Sur la généralité de la loi », in Mél. Carré de Malberg, Sirey 1933, p. 137.

⁵ V. P. Waquet, « L'officieux et le "non-dit" », *Droit social*, n° 5, Mai 2009, p. 511.

juge dispose d'une marge de liberté indispensable. Faut-il y voir la « marque de la grande confiance du législateur dans la sagesse du juge ou un aveu d'impuissance du pouvoir normatif de régler toutes les situations que la vie moderne livre à la science juridique ? »¹. Sans doute un peu des deux.

181. Portalis. Le paradoxe est que la nécessité du libre arbitre dans l'acte d'appliquer le droit a été relevée au lendemain de la Révolution lors de la promulgation du Code civil de 1804, alors même que la codification traduisait la volonté de brider la liberté du juge en le soumettant à la loi souveraine. C'est Portalis² lui-même qui, dans son discours préliminaire, a démontré que l'application du droit, censée restreindre le rôle du libre arbitre du juge lui aménageait en vérité une place de choix. Portalis ne démontrait rien de fondamentalement nouveau ou d'exclusif³. Il exprimait une doctrine personnelle, dont les spécialistes ont dit qu'elle montrait une forme de bienveillance « à l'égard de la jurisprudence et de l'équité »⁴. Portalis n'était pas un exégète. Il croyait en un droit naturel⁵ qui transcendait la loi écrite⁶ et « formait une toile de fond du droit positif »⁷. Il avait conscience de l'impossibilité d'atteindre l'idéal visé par les révolutionnaires qui prétendaient en finir avec l'emprise du juge dans l'élaboration des jugements. Très vite, il s'érigea en « porte-drapeau d'une conception de la loi et du juge en rupture avec les représentations révolutionnaires »⁸. Cette rupture ne remet pas en cause la primauté de la loi écrite mais elle nuance l'idée d'une soumission du juge à celle-ci. Pour Portalis, la loi oblige le juge mais ses lacunes sont nombreuses. Finalement, elle le

¹ P. Draï, « Le délibéré et l'imagination du juge », in Mél. R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 108 et 110.

Sur l'impuissance du droit, v. J. Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion, 1908. Ce livre avait attiré l'attention de Jean Carbonnier. Il le cite dans son ouvrage d'introduction au droit civil.

² Homme de confiance de Bonaparte, Portalis fut choisi pour rédiger le Code civil avec trois autres jurisconsultes. C'est le 14 août 1800 que le Premier consul désigna une commission de quatre éminents juristes : François Denis Tronchet, Félix Julien Jean Bigot de Préameneu, Jean-Étienne-Marie Portalis et Jacques de Maleville pour rédiger le projet de « Code civil des Français », le tout sous la direction de Cambacérès.

V. sur Portalis : M. Long et J.-C. Monier, *Portalis - L'esprit de justice*, Michalon, Paris, 1997.

³ V. A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969, p. 32.

⁴ R. Colson, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, préf. L. Cadet, Avant-propos G. Canivet, Presse Universitaire de la Faculté de droit Clermont-Ferrand, LGDJ, n° 282 s., p. 128.

⁵ Le droit naturel « ne résulte pas d'un projet humain, de la seule observation de la réalité humaine, mais de la nature des choses, caractérisée par sa permanence » : C. Albiges, *Introduction au droit*, Larcier, coll. « Paradigme », 2^e éd., 2015, n° 9, p. 17.

⁶ J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, (1801), préf. M. Massenet, éd. Confluences, coll. « Voix de la Cité », p. 24 : « la raison, en tant qu'elle gouverne indéfiniment tous les hommes, s'appelle droit naturel ; et elle est appelée droit des gens, dans les relations de peuple à peuple.

Si l'on parle d'un droit des gens naturel et d'un droit des gens positif, c'est pour distinguer les principes éternels de justice que les peuples n'ont point faits, et auxquels les divers corps de nations sont soumis comme les moindres individus, d'avec les capitulations, les traités et les coutumes, qui sont l'ouvrage des peuples ».

⁷ C. Perleman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, (1979), Dalloz, 2^e éd., 1990, n° 16, p. 24.

⁸ R. Colson, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, op. cit., n° 283, p. 127.

contraint en même temps qu'elle lui laisse une marge de liberté importante, pourvu qu'il se montre à la hauteur¹.

182. L'importance du libre arbitre se mesure à travers trois missions essentielles dans l'application du droit. Il intervient d'abord dans la sélection de la règle applicable lorsque, par son impossibilité à pourvoir à tout, le droit se montre défaillant (Chapitre 1). Le libre arbitre intervient ensuite dans la révélation du contenu de la règle sélectionnée. Les règles écrites ne se suffisent pas à elles-mêmes. Elles doivent toujours passer sous le filtre de l'interprétation (Chapitre 2). Enfin, une fois que la règle a été sélectionnée et interprétée, le juge doit s'assurer de la pertinence du résultat qu'elle produit dans le cas concret. Il dispose d'une faculté nécessaire de contrôle des règles de droit (Chapitre 3).

¹ J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, (1801), préf. M. Massenet, éd. Confluences, coll. « Voix de la Cité », p. 19 : « il est trop heureux que la nécessité où est le juge, de s'instruire, de faire des recherches, d'approfondir les questions qui s'offrent à lui, ne lui permette jamais d'oublier que, s'il est des choses qui sont arbitraires à sa raison, il n'en est point qui le soient purement à son caprice ou à sa volonté ».

Chapitre 1 : La sélection des règles de droit

183. Imperfection de l'ordre juridique. Les règles écrites qui composent le droit ne permettent pas d'instaurer un ensemble parfaitement agencé offrant, pour chaque litige, une règle unique rapidement identifiable par le juge. Le droit est un ensemble par essence imparfait qui pêche par incomplétude¹. Il ne peut attribuer à chaque espèce litigieuse une règle prévue à l'avance commandant une solution². Pour autant, il ne peut se satisfaire de la situation et se dérober devant ses lacunes. « L'existence renouvelée d'insuffisances et d'imperfections, loin de susciter quelque découragement, stimule une relance d'action »³. Le libre arbitre du juge met en œuvre cette relance en corrigeant l'imperfection du droit qui se révèle à l'échelle du litige. Le rôle de ce libre arbitre se traduit de deux façons.

184. Le manque de droit. Il permet de pallier les silences du droit. Les règles écrites ne recouvrent pas tous les cas litigieux. Le juge se heurte parfois dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle à l'absence de règles écrites à mettre en œuvre pour appliquer le syllogisme. Dans ce cas, prise à défaut, la loi ne commande aucune solution. Le juge ne saurait demeurer passif devant ce vide, sous peine de se rendre coupable de déni de justice. Il lui appartient de le combler en élaborant lui-même la règle qui permettra de dénouer le litige dont il est saisi (Section 1).

185. L'excès de droit. Il permet en outre de gérer les bavardages du droit, l'excès de parole. La loi peut être si foisonnante et riche que le juge se trouve confronté à un excès de règles dont certaines peuvent s'avérer contradictoires. Dans ce cas, si à un même litige sont

¹ V. F. Génay, parlant de la fiction de la complétude du droit : F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, LGDJ, 2^e éd., 1919, t. 2, p. 405. L'auteur écrit : « cette fiction (la complétude du droit), longtemps admise, ne paraît pas avoir été justifiée par ses résultats qui ont trop souvent heurté le sentiment de la justice ou les exigences les plus manifestes de l'utilité sociale ; il convient donc de l'écartier franchement aujourd'hui ».

² Les références à cette lacune sont nombreuses dans le discours préliminaire. Portalis souligne l'incomplétude consubstantielle du droit. Il insiste sur son impossibilité à pourvoir à tout : « quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout. Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi » : J.-E.-M. Portalis, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil », (1801), préf. M. Massenet, éd. Confluences, coll. « Voix de la Cité », p. 19.

³ F. Terré, v^o Droit, in *Dictionnaire insolite du droit*, LGDJ, 2016, p. 44.

applicables deux règles en contradiction, le juge ne peut pas plus rester sans réaction que dans le cas précédent. Il doit dépasser cet excès de droit en déterminant la règle qui l'emportera sur les autres pour commander la solution du litige (Section 2).

Section 1 : Le manque de droit

186. Incomplétude du droit. Aussi précautionneux soit-il, le droit ne peut pourvoir à tout. Dans toute législation, « subsistent toujours des vides et des silences qu'il faut combler »¹. L'existence de certains espaces « vides de droit »² contredit les positions positivistes pour lesquelles le droit est complet³. Cette conception de la loi parfaite⁴, une « prétention révolutionnaire »⁵ qui fait chavirer les cœurs⁶, porte l'idée largement illusoire d'une complétude de l'ordre juridique. Cette lacune est inhérente aux limites de la loi abstraite qui la rendent impuissante à faire face à la complexité des rapports humains. « Il est, en effet, impossible au législateur de tout régler, de tout prévoir, même implicitement »⁷. C'est ce qui fait à la fois le défaut et la beauté du droit, toujours en mouvement, en quête permanente de son propre renouvellement. « Les détails, trop variables, et trop contentieux ne doivent pas occuper le législateur »⁸. « Le législateur, pour si lucide et méticuleux qu'il ait été, n'a pu imaginer, au moment de l'élaboration de la règle, toutes les situations qui pourront découler par la suite de la complexité de la vie en société »⁹. Certains litiges peuvent se présenter au juge et n'entrer en aucune manière dans le champ d'application des règles de droit positif. C'est au juge qu'il incombe de dépasser cette carence. L'article 4 du Code civil lui enjoint de ne pas se cacher derrière le silence de la loi pour refuser de statuer. Il devra élaborer la règle

¹ F. Grua, « Les divisions du droit », RTD Civ. 1993, p. 59.

² P. Jestaz, *Le droit*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 9^e éd., 2016, VI.

³ N. Bobbio, « Sur le positivisme juridique », in Mélanges P. Roubier, t. 1, Dalloz-Sirey, Paris, 1961, p. 53.

⁴ C'est la thèse des légalistes que de dire que le droit est tout entier dans la loi, comme si l'œuvre du législateur était dotée d'une parfaite complétude comme si les lois formaient ainsi « une harmonie, dont la virtuosité des instrumentistes exclut toute fausse note » : J. Ficher, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préf. Ph. le Tourneau, PUAM, 2004, n° 26, p. 43. L'auteur consacre quelques pages au dogme de la perfection de la loi.

⁵ F. Gény, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, 1899, Tome 1, n° 46.

⁶ V. F. Ost, « L'amour de la loi parfaite », in *L'amour des lois*, PU Laval et l'Harmattan, 1996, p. 53.

⁷ P. Amsselek, « La teneur indéfinie du droit », RDP 1991, n° 5, p. 1200. L'auteur cite Shakespeare qui fait dire à Hamlet, « il y a plus de choses sur la terre et dans le ciel que la sagesse humaine n'en peut rêver ».

⁸ Portalis, *Discours préliminaire au Code civil*, 1801, p. 23 : « et tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir, ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger. C'est à l'expérience de combler successivement les vides que nous laissons. Les Codes des peuples se font avec le temps mais, à proprement parler, on ne les fait pas ».

⁹ P. Couzinet, « préface », in L. Siorat, *Le problème des lacunes en droit international*, 1959, LGDJ, Bibliothèque de droit international, I.

applicable pour pallier la lacune (§1), démontrant ainsi le rôle de son équité créatrice dans l'acte de juger (§2).

§1. La création de la règle dans le silence du droit

187. Vide juridique. L'expression « vide juridique » est un concept à la fois évocateur et provocateur. Évocateur, car il fait immédiatement référence à un déficit de droit, un espace sans droit qui fait intuitivement naître un sentiment négatif. La sensation de vide n'est jamais rassurante. Le droit est un moyen d'assurer la paix sociale en déterminant à l'avance les droits et les obligations de chacun. L'absence de droit trouble l'esprit. Elle alimente la peur d'une société où chaque homme pourrait imposer aux autres ses propres règles du jeu. La loi du plus fort, en somme. Provocateur, car dans une société qui se caractérise par une production exacerbée des règles de droit, la profusion n'a jamais été aussi perceptible. Comment être confronté au vide dans un système juridique dont on souligne la production frénétique ? Il arrive que pour un litige donné, le juge ne trouve pas dans l'arsenal juridique existant, la règle qui lui permettra de statuer. Dès lors, il ne peut se faire la bouche de la loi car il n'a aucun texte à prononcer.

188. Possibilité du vide juridique. Si la question du vide juridique est une problématique ancienne dont on trouve des traces dans les écrits d'Aristote¹, elle n'a jamais fait l'unanimité. Pour certains auteurs, le vide juridique serait un mythe car le droit formerait un ensemble suffisamment complet pour toujours permettre de trouver des règles à appliquer aux cas litigieux dont le juge est saisi². Dire qu'il existe des vides juridiques serait un discours insidieux : « invoquer un vide revient à postuler que l'obsolescence du droit actuel confine à l'inexistence absolue, ce qui pour le moins se discute »³. Le vide renverrait aux situations

¹ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad. R. Bodéüs, GF Flammarion, 2004, Livre V, 1137 b, p. 280 : « mais ce qui produit l'embarras, c'est que l'honnête, tout en étant juste, n'est pas ce que prescrit la loi, mais un correctif de ce qui est légalement juste. Et le motif en est que la loi est toujours universelle. Or sur certains points il n'est pas possible de s'exprimer correctement en terme généraux. Dans les cas où la nécessité impose une formule universelle mais qu'on ne peut la libeller correctement, la loi prend alors en compte ce qui arrive le plus fréquemment, sans ignorer ce qu'elle laisse de côté. Et elle n'en est pas moins une loi correcte. Car la faute n'est pas inhérente à la loi ni au législateur mais à la nature des choses dont elle traite, car telle est dès l'abord la matière des actions possibles ».

² Pour Kelsen, ces vides sont impossibles en raison de la plénitude de l'ordre juridique. Lorsque celui-ci n'établit pas l'obligation d'adopter un comportement, cela signifie qu'il permet la conduite inverse. Partant, il n'y a jamais de vide juridique car le silence du droit pose en lui-même une règle, celle de l'absence d'interdiction d'adopter un comportement. V. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, 2^e éd., LGDJ, 1999, p. 329 et s. ; pour une critique de cette analyse : P. Amselek, « À propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit », APD, T. 33, 1988, p. 283.

³ P. Jestaz, *Le droit*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 9^e éd., 2016, p. 90.

dans lesquelles il n'y a pas de solution clairement posée dans la loi pour régler un problème particulier. « Le vide juridique, le vrai, s'observe là où les textes ne prévoient rigoureusement rien »¹. Plus que du vide, c'est plutôt d'une lacune du droit dont il est ici question. C'est à travers cet angle que Perelman, qui a consacré une partie de ses recherches à la question, a abordé le sujet. Il y a, selon lui, un « problème des lacunes du droit »² qui renvoie à la situation dans laquelle la solution du litige ne pourra pas être obtenue par déduction à partir d'un texte légal. Dans ce cas, le juge ne peut assumer son rôle d'application puisqu'aucun texte préétabli ne lui fournit la règle en vertu de laquelle il sera mis un terme au différend. L'auteur distinguait plusieurs types de lacunes mais deux uniquement concernent le problème du manque de droit : les lacunes *intra legem* et *praeter legem*.

189. Typologie des lacunes. La première vise l'hypothèse de l'incomplétude d'une loi. Un texte a été élaboré mais le législateur a omis de promulguer les dispositions complémentaires destinées à en permettre l'application concrète. La deuxième renvoie à ce que Perelman appelle les lacunes axiologiques. Le juge constate alors que le différend dont il est saisi ne relève d'aucune réglementation. Ces deux types de lacunes intéressent la problématique du vide juridique car elles visent l'hypothèse dans laquelle les ressources du droit positif ne permettent pas de trouver la solution d'un cas litigieux³. C'est ce que certains auteurs appellent « les vraies lacunes »⁴. Le juge est saisi d'un différend qui doit trouver une solution sous peine de menacer la paix sociale mais il ne trouve dans les règles objectives aucun soutien.

190. Réaction face au vide. Le vide juridique ne requiert pas, en lui-même, le secours du libre arbitre du juge. C'est la réaction du droit qui fait naître ce besoin. Il pourrait très bien être prévu, dans le cas où aucune règle préexistante ne permet de résoudre un litige, de décharger le juge de sa mission contentieuse et, de renvoyer les parties à régler leur conflit autrement que par la voie juridictionnelle. Le différend relèverait d'une forme de « non-droit »⁵ qu'a mis en exergue le doyen Carbonnier⁶. Face au vide juridique, le juge pourrait

¹ *Ibid.*

² C. Perelman, *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968.

³ Pour les autres types de lacunes, v. C. Perelman, *ibid.*

⁴ O. Pfersmann, « Lacunes et complétude », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 911 s.

⁵ J. Carbonnier, « L'hypothèse du non-droit », APD, 1963, p. 55. Texte repris dans *Flexible droit, Pour une sociologie du Droit sans rigueur*, LGDJ, Anthologie du droit, 10^e éd., 2014, p. 25.

⁶ Sur Jean Carbonnier, le processualiste, v. : L. Cadiet, « Carbonnier processualiste », in Mél. S Guinchard, Dalloz, 2010, pp. 189 s.

également être contraint de toujours rejeter la demande qui lui a été soumise. En présence d'une lacune du droit tenant à son insuffisance, il pourrait considérer que, parce qu'aucune règle ne confère le droit revendiqué, il convient de rejeter tout simplement la prétention. Dans ces deux cas, il n'y aurait aucune place pour le libre arbitre puisque le juge serait contraint d'abandonner son office. Ce n'est pas le choix fait par le droit. Pour combler ces interstices de droit laissés vacants par la loi, c'est le juge qui doit intervenir pour ne point que s'arrête « la marche du droit »¹. Il lui appartient de combler le vide. Dans ce cas, se demandait le doyen Roubier, « le juge ne devient-il pas créateur de droit ? »². La réponse est positive. Le manque de droit fait naître un besoin créateur de droit, non au sens du besoin élémentaire évoqué par Alain Sayag³ mais au sens d'un « besoin de loi »⁴, un besoin concret que le juge doit satisfaire en élaborant lui-même la règle applicable.

191. Interdiction du déni de justice. Si le droit s'en remet au libre arbitre du juge, c'est parce qu'il s'agit du remède le plus efficace. Dans la Grèce antique, où la soumission à la loi était érigée en *quasi* culte, Aristote a lui-même expliqué dans *L'éthique à Nicomaque* la nécessité de recourir au juge lorsque la loi est en défaut en raison « de son universalité »⁵. Pour le philosophe, c'est l'organe d'application du droit qui doit prendre le relais du législateur en comblant les vides de la loi. « Quand la loi pose une règle générale, écrivait-il, et que là-dessus survient un cas en dehors de la règle générale, on est alors en droit, là où le législateur a omis de prévoir le cas et a péché par excès de simplification, de corriger l'omission et de se faire l'interprète de ce qu'eût dit le législateur lui-même s'il avait été présent à ce moment, et de ce qu'il aurait porté dans sa loi s'il avait connu le cas en question »⁶. C'est cette solution que consacre le droit français en interdisant au juge de se dérober face au vide. L'article 4 du Code civil impose au juge de toujours dire le droit. Il ne peut refuser cette mission en prétextant des lacunes du droit, que celles-ci tiennent à l'obscurité, à l'insuffisance ou au silence de la loi. S'il se détourne de son obligation, il se rend coupable d'un déni de justice et s'expose à de lourdes sanctions⁷. Le juge n'a donc

¹ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, (1951), préf. D. Deroussin, Dalloz, 2^e éd., 2005, n° 9, p. 81.

² *Ibid.*, n° 9, p. 74.

³ A. Sayag, *Essai sur le besoin créateur de droit*, préf. J. Carbonnier, 1969, Paris, LGDJ. L'auteur traite du besoin social de droit.

⁴ A.-M. Ho Dinh, « Le “vide juridique” et le “besoin de loi” ». Pour un recours à l'hypothèse du non-droit. », *L'Année sociologique* 2/2007 (Vol. 57), p. 419-453.

⁵ Aristote, *L'éthique à Nicomaque*, trad. R. Bodéus, GF Flammarion, 2004, V, 1137, b, p. 281.

⁶ *Ibid.*

⁷ L'article 434-7-1 du Code pénal prévoit que le fait, par un magistrat, toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle ou toute autorité administrative, de dénier de rendre la justice après en avoir été requis

d'autres choix que d'élaborer lui-même le droit applicable, comme s'il revêtait temporairement, les habits du législateur. Les suisses ont, dans leur Code civil, une formule expressive pour exprimer idée. Celui-ci dispose en son article 1, 2°, qu'en cas d'absence d'une disposition légale applicable, le juge doit s'en remettre au droit coutumier et, à défaut, « selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ». Le juge saisi d'un litige doit en toute hypothèse dire le droit ; « s'il ne trouve pas de règle adéquate dans l'arsenal législatif, il est obligé de poser lui-même la norme »¹.

192. « Législateur des cas particuliers ». Face au vide, le juge devient une source à part entière de droit, le temps d'un litige. Il se mue, selon l'expression de Ripert, « en législateur des cas particuliers »². Le rôle qui lui est assigné implique un « pouvoir de création »³ qui repose sur l'exercice de son libre arbitre. La solution du litige ne s'analysera plus comme le résultat d'un texte établi à l'avance mais comme une création du juge. Le vide juridique, en même temps qu'il contraint le juge, l'oblige à se libérer du droit écrit. Il le pousse à imaginer lui-même la règle à appliquer. Il ne se voit donner aucune consigne sur la façon dont il doit procéder. Il lui est seulement interdit de prendre prétexte de l'insuffisance ou du silence de la loi pour refuser de statuer sans lui indiquer la marche à suivre. Le juge devra élaborer la règle qu'il estime pertinente pour combler le vide et régler le problème des « cas non prévus par le droit en vigueur »⁴.

193. Équité créatrice. C'est en toute liberté que le juge doit rechercher la règle applicable, même si cette liberté n'est jamais irraisonnée. La détermination de la règle de droit n'est donc pas le produit du bon plaisir du juge. Elle s'appuie sur des considérations concrètes et rationnelles dont le juge se justifiera dans la motivation de sa décision. Le juge peut, par exemple, raisonner par analogie en consultant les solutions appliquées par les juridictions étrangères pour lui fournir un guide d'appréciation. Il peut aussi se référer à la coutume si elle existe. C'est en ce sens que se prononçait François Génay pour qui la coutume doit permettre au juge de combler, si nécessaire, les lacunes des règles de droit. Le juge remplit les espaces

et de persévérer dans son déni est puni de 7 500 euros d'amende et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques pour une durée de cinq à vingt ans.

¹ R. Martin, « Désinflation législative ? », RTD Civ. 1993, p. 551.

² G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949, n° 15, p. 25. V. aussi, utilisant la formule : P. Guitierrez, *Défense juridique et philosophie de l'équité. Essai sur la Notion d'Équité pour le progrès du droit international*, Th. Toulouse, 1972, p. 45.

³ D. Delon, *La jurisprudence, source de droit*, Th. Paris II, 1980, p. 200-201.

⁴ F.-F. Stone, « Les cas non prévus par le droit en vigueur », trad. R. de Menasce, in Mél. Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 1077. V. aussi : J. Dickinson, « Le problème du cas non prévu », in Mél. F. Génay, 1934, t. II, Sirey, p. 503.

laissés vacants « par de précieux aménagements que suggèrent les besoins sociaux eux-mêmes »¹ car « durant le sommeil du législateur, il faut bien qu'il applique le droit de son chef (...) »². Il fait œuvre créatrice lorsqu'il comble le silence du droit : « en fin de compte, c'est le juge qui décide et c'est son propre point de vue du droit naturel et de la raison qui gouverne »³. Le droit « renonce à donner un commandement précis et laisse au juge le soin de procéder à un dosage individuel »⁴ qui est une expression de l'équité créatrice⁵.

§2. Le recours à l'équité créatrice

194. Fonction supplétive de l'équité. L'équité est une notion complexe et diverse ; c'est d'ailleurs en partie pour cela qu'elle a toujours « embarrassé les juristes »⁶. Il n'y a pas une forme d'équité mais plusieurs. Parfois, l'équité sert de complément au droit existant⁷. Ce serait la forme objective de l'équité par opposition à l'équité subjective⁸ - l'*epieikea* d'Aristote⁹ - qui renvoie davantage au sentiment de justice censé corriger la loi. Dans cette dimension objective, l'équité est « un moyen légitime de compléter les règles juridiques »¹⁰, c'est-à-dire « d'apporter un complément au système en place »¹¹. C'est une équité supplétive, *praeter legem*, qui permet de ne pas rester sans réaction lorsqu'aucune règle préexistante n'apporte de réponse à un cas litigieux. C'est cette dimension de l'équité qui fut abordée par

¹ F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préf. R. Saleilles, Paris, LGDJ, 2^e éd, 1919, n° 185, p. 228.

² *Ibid.*

³ F.-F. Stone, « Les cas non prévus par le droit en vigueur », trad. R. de Menasce, in Mél. Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 1084.

⁴ Rep. civ., Dalloz, v° Équité, 1972, n° 4, par P. Jestaz.

⁵ Cette idée se retrouve dans le livre préliminaire du projet de Code civil de l'an VIII qui énonçait en son article 11 : « dans les matières civiles, le juge, à défaut de lois précises, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle ou aux usages, reçus dans le silence de la loi positive ». En raison de son caractère jugé trop doctrinal, ce projet de livre préliminaire, qui contenait des principes de droit naturel fortement inspiré des travaux de Domat fut finalement abandonné.

V. aussi sur ce point : F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., n° 19, p. 38 : « (...) parmi les adversaires du droit non écrit, les plus avisés admettent, du moins, cette équité supérieure (...), comme devant subvenir aux lacunes inévitables du droit positif ».

⁶ C. Jarrosson et F.-X. Testu, v° Équité, in D. Allard et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 635.

⁷ Sur ce point, v. : V. Bolard, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé*, Th. Paris I, 2006, n° 19 s., p. 44 s.

⁸ Sur « le mythe de l'équité subjective » qui reposerait sur une fausse lecture d'Aristote : V. Bolard, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé*, op. cit., n° 83, p. 480.

⁹ C. Michon, « L'*epieikeia* aristotélicienne comme correctif de la loi », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, II, 2011, p. 35.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

les rédacteurs du Code civil de 1804 comme une solution aux hypothèses de déficience du droit¹.

195. Le juge, ministre d'équité. Selon Portalis, « quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives »². Si la crainte du pouvoir d'appréciation du juge était finalement trop forte pour conserver, au sein même de l'article 4 du Code civil, une référence explicite à l'équité³, cela ne remet pas en cause l'utilisation de cette dernière dans la mission qui consiste à statuer en l'absence de référence textuelle immédiate. Même si l'article 4 ne le dispose pas directement, le juge est toujours, selon la formule de Portalis, « un ministre d'équité » lorsqu'il est chargé de pallier le manque du droit. « Le juge devant toujours se prononcer, y compris s'il est privé d'un secours d'un texte, il ne peut que rechercher par lui-même la solution appropriée et donc statuer en équité »⁴.

196. Subjectivité de l'équité créatrice. À travers l'interdiction du déni de justice, le législateur établit son propre procès-verbal de carence. Il « s'en rapporte expressément à la sagesse du juge »⁵, soit pour élaborer la règle qu'il a omis de créer, soit pour combler ses silences volontaires. Dans les deux cas, c'est à travers ce pouvoir d'initiative du juge dans l'élaboration du droit que s'exprime le libre arbitre du juge. Le recours à l'équité donne à la détermination de la règle applicable un caractère subjectif, lié à la volonté du juge de donner tel contenu à la règle qu'il va lui-même fixer : « à un droit précis, normatif, rigoureux, générateur de prévisibilité et de sécurité se substitue, par touches successives, un droit du possible, de l'éventuel de l'incertain »⁶. Le juge puisera sa décision « dans le sentiment qui l'anime du juste et de l'injuste »⁷. Or, ce sentiment est personnel, raison pour laquelle on dit

¹ Pour une étude de l'équité supplétive, v. : C. Albiges, *L'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, 2000, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, p. 267 s.

² J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire*, *op. cit.*, p. 22.

³ Un auteur a mis en lumière les difficultés rencontrées par Portalis lors de la rédaction du Code, notamment en raison des craintes que suscitait l'équité du juge au cours de la période post-révolutionnaire : B. Beigner, « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de science juridique*, n° 5, 1987, p. 87.

⁴ G. Giudicelli-Delage, *Institutions judiciaires et juridictionnelles*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^e, 1993, n° 23, note 2, p. 50.

⁵ F. Zenati, *Le juge et l'équité*, *Annales de la Faculté de Droit de Lyon*, L'Hermès, 1985, n° 9, p. 93.

⁶ D. Martin, « Le droit de l'indivision », *D.* 1977, chron. p. 221.

⁷ J.-D. Bredin, « La loi du juge », *in* Mélanges B. Goldman, 1982, Litec, p. 19.

l'équité « sulfureuse »¹. « L'équité ne se mesure pas au pied du juge : mais presque. Religion, morale ; préjugés, sentiment et ressentiment s'y mêlent. Le juge, quand il voit la solution juste, serait bien incapable de dire si c'est une loi morale qui parle en lui, un préjugé de classe, de caste, ou de profession, si quelque passion l'anime »². C'est une « sorte d'instinct du juge »³, la manifestation d'une conception personnelle du juste qui s'oppose à l'idée de consensus général qui sous-tend l'adoption des lois : par essence, « la loi est générale et l'équité particulière »⁴. À l'inverse de la loi qui porte une prescription, « l'équité, c'est flou, il n'y a pas de principe »⁵. En sollicitant le juge pour combler ses silences, le législateur « abandonne au juge le pouvoir de dire le droit par la seule vertu de sa conscience »⁶. Ce dernier doit « rechercher par lui-même la solution appropriée »⁷.

197. Exemple de l'indemnisation des hémophiles. La part de subjectivité que peut revêtir cette création du droit par le juge se manifeste lorsque des problématiques naissent sur des points que le droit positif ne régit pas. Le droit est parfois plus lent que la société et peine à suivre les changements. Il se peut, par exemple, qu'un contentieux surgisse à une période où le législateur ne l'a pas règlementé. Le problème s'est posé en ce qui concerne l'indemnisation des hémophiles victimes d'une contamination à la suite d'une transfusion. La loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social a créé un fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles pour permettre la réparation intégrale des préjudices subis. Il fallait déterminer si les victimes pouvaient également tenter une action en responsabilité devant le juge de droit commun. La loi du 31 décembre ne prévoyait rien. Les juges ont été amenés à résoudre le problème en refusant la possibilité d'une telle action. Pour la Cour de cassation, lorsqu'une victime accepte la réparation proposée par le fonds, elle ne peut saisir le juge de droit commun, faute d'intérêt à agir⁸. La solution aurait très bien pu être inverse. La Cour européenne des droits de l'homme a plusieurs fois condamné la France en raison de cette solution. Pour elle, la victime contaminée ne devait pas être privée de ce

¹ P. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. Chabas, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des Thèses, 2005, n° 316, p. 652.

² *Ibid.*

³ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préf. R. Saleilles, Paris, LGDJ, 2^e éd, 1919, t. II, p. 448.

⁴ P. Bellet, « Le juge et l'équité », in Mél. R. Rodière, Dalloz, 1981, p. 9.

⁵ Les propos sont rapportés par S. Ferrieu, *La place de l'équité dans la justice*, Mémoire de DEA de Sociologie du Droit, Paris II, 1995, p. 30.

⁶ C. Jarrosson et F.-X. Testu, *v° Équité*, in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 635.

⁷ G. Giudicelli-Delage, *Institutions judiciaires et juridictionnelles*, Paris, PUF, 2^e éd, 1993, n° 23, p. 50, note 2.

⁸ Civ. 2^e, 26 janv. 1994, n° 93-06.009, Bull. civ. II, n° 41 ; D. 1994, IR p. 55 ; JCP G 1995, I, n° 3853, n° 18, obs. G. Viney ; Resp. civ. et assur. 1994, Chron. n° 14 par H. Groutel.

droit à réparation, notamment au regard des imperfections de la loi du 31 décembre 1991¹. Rien n'y a fait. La Cour de cassation a maintenu sa solution et l'a même proclamée en Assemblée plénière², alors même que le Conseil d'État adoptait sur cette question une position conforme à la solution retenue par la Cour européenne des droits de l'homme³. En posant cette solution, la Cour de cassation a créé une norme, sans se croire liée par la position des autres juridictions sur ce point⁴. Elle a choisi une solution en construisant une règle sur du vide. Elle a répondu à un besoin de droit en élaborant la règle au litige.

198. Le libre arbitre du juge permet de passer outre une lacune du droit qui ne tient plus au vide mais au problème inverse, à l'excès. Il n'est pas rare que certains problèmes juridiques qui se posent au juge à l'occasion d'un litige soient susceptibles d'être simultanément appréhendés par plusieurs règles de droit. C'est au juge qu'il appartiendra de trancher l'excès de droit.

Section 2 : L'excès de droit

199. Inflation normative. Dans un ordre juridique idéal, chaque problème de droit donnerait lieu à l'application d'une règle qu'il suffirait au juge d'identifier pour fournir aux parties la solution de leur différend. Le problème est qu'un tel système est illusoire. L'élaboration des règles de droit répond à des volontés ponctuelles mais elle n'obéit pas toujours à une logique d'ensemble, suffisamment générale pour articuler chacune des règles qui composent l'ordre juridique. Les règles se superposent sans nécessairement se compléter. « Cette articulation de couches successives de législation, ces strates qui, petit à petit, s'ajoutent les unes aux autres et aboutissent quelquefois à un véritable *imbroglio* juridique (...) »⁵. Le phénomène tend même à s'accroître par l'effet de l'inflation normative et l'éclatement des sources de droit qui caractérisent le système juridique contemporain. Reflet d'une société « surdéveloppée et paperassière »⁶, la multiplication des normes qui en découle traduit une sorte de « passion »¹

¹ CEDH, 4 déc. 1995, *Bellet c. France*, Requête n° 23805/94.

² Ass. plen., 6 juin 1997, n° 95.12-284, JCP G 1997, I, 4070, n° 36, obs. G. Viney.

³ CE, 16 juill. 1997, JCP G 1997, I, 4070, n° 36, obs. G. Viney.

⁴ V. parlant de rébellion de l'Assemblée plénière : J.-P. Marguénaud, « La rébellion de l'Assemblée plénière contre la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'indemnisation des victimes post-tansfusionnelles du sida », RTD civ. 1998, p. 518.

⁵ J. Rivero, « Rapport de synthèse », in *L'inflation législative et réglementaire en Europe*, éd. du CNRS, Paris, 1986, p. 265.

⁶ P. Jestaz, *Le droit, Avant-propos*, Dalloz, « Connaissance du droit », 9^e éd., 2016, p. 1.

pour le droit, qui confine au trop plein. Si cette impression d'excès de normes est une constante à travers les époques², elle n'en traduit pas moins une réalité très actuelle, celle d'une profusion des règles de droit que certains analysent comme une dérive³ confinant au « déluge »⁴ de droit. Cette « prolifération désordonnée des textes »⁵ est une source d'incertitude, d'autant que l'intégration de la France dans des ordres juridiques internationaux conduit à ajouter à la production interne de droit, les règles provenant des sources supranationales. Aujourd'hui, les situations de concurrence des normes sont devenues « banales dans le contentieux »⁶ et ne sont pas toujours problématiques. « Si l'on considère la masse de textes existants toutes origines confondues, on ne sera guère étonné que, une fois identifiés les textes en vigueur pour résoudre une question juridique, il s'en trouve plusieurs à prétendre s'appliquer »⁷. Lorsque cet excès conduit à l'application de plusieurs normes allant dans le même sens, il n'y a pas vraiment de difficulté. Le juge les appliquera toutes, quitte à toutes les viser dans sa décision.

200. Insuffisance des règles de conflit. Le droit tente de mettre de l'ordre dans ce maquis de normes. Il prévoit des outils rationnels de résolution des conflits de normes. Le juge n'est pas libre de résoudre le problème des antinomies comme bon lui semble. Il est guidé par le législateur sur la marche à suivre pour gérer cet excès. Pour autant, si les règles permettant de résoudre les conflits de normes existent aujourd'hui, le système mis en place est imparfait et n'indique pas toujours au juge la marche à suivre. C'est ce qui explique que le libre arbitre du juge est amené à jouer un rôle particulièrement important dans la résolution du problème qui se pose lorsque deux normes incompatibles sont également applicables et qu'il n'existe pas de règles générales permettant de préférer l'une à l'autre⁸. Dans ce cas, les conflits de normes

¹ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, coll. « Le Forum », 1996.

² « Ainsi, écrivait Jean Carbonnier, tous les siècles, même ceux qui nous paraissent à distance avoir été bien sobres en législation, ont éprouvé le sentiment d'avoir trop de lois » : J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 2^e éd., 1995, p. 307.

³ V. not. parmi une littérature abondante : A. Outin-Adam et A.-M. Reita-Tran, « Excès et dérives dans l'art de légiférer », D. 2006. Chron. 2919 ; G. Hispalis, « Pourquoi tant de loi(s) ? », Pouvoirs 2005, n° 114, p. 101 ; R. Piastra, « Trop de lois en France... » D. 2006, p. 1060 ; J.-M. Pontier, « Pourquoi tant de normes ? », AJDA 2007. 769 ; J.-C. Zarka, « À propos de l'inflation législative », D. 2005. 660.

⁴ J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, *op. cit.*, p. 308.

⁵ Conseil d'Etat, Rapport annuel 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit, Introduction*, La Documentation française, p. 230. V. aussi plus récemment : Conseil d'État, Études annuelle 2016, *Simplification et qualité du droit*. En ligne :

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/164000610-etude-annuelle-2016-du-conseil-d-etat-simplification-et-qualite-du-droit>

⁶ P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 3^e éd., 2015, n° 269, p. 225.

⁷ *Ibid.*

⁸ V. Sur ce point : C. Perelman, « Les antinomies en droit. Essai de synthèse », in *Les antinomies en droit*, Travaux du centre de recherches de logique, Université Libre de Bruxelles, 1964, p. 382.

nécessitent que le juge détermine lui-même la règle qui doit s'appliquer sans qu'aucun critère objectif de sélection ne lui soit imposé. L'importance de son libre arbitre dans la sélection du droit applicable se manifeste en cas de conflit interne de normes (§1) mais aussi en cas de conflit externe (§2).

§1. Le choix de la règle applicable en cas de conflit interne de normes

201. Antinomie. Le problème que pose cet excès de normes correspond à la situation dans laquelle la diversité de règles applicables est susceptible conduire à l'application de normes contradictoires. Chaque règle applicable au litige va commander une solution différente. La situation aboutit à un cas d'antinomie. Pour Perelman, il y a antinomie lorsque, dans un ordre juridique donné, on trouve, par rapport à un cas d'espèce, « deux directives incompatibles, auxquelles on ne peut se référer simultanément, soit parce qu'elles imposent deux obligations en sens opposés, soit parce que l'une interdit et que l'autre permet, et qu'il n'y a donc pas moyen de se conformer à l'une sans violer l'autre »¹. Dans ce cas, « la loi est en défaut »² car elle en devient contradictoire. Parce que plusieurs règles contradictoires ne peuvent s'appliquer à un même litige, les parties se trouvent dans l'impossibilité de connaître à l'avance la règle qui s'appliquera. Ces situations d'antinomie, qui sont aujourd'hui désignées sous les termes de « conflits de lois », sont susceptibles de conduire à une situation de blocage qui ne peut perdurer. Cet excès de règles applicables ne peut être un prétexte à l'absence de jugement. Les parties ne doivent pas subir les carences de l'ordre juridique et conservent le droit de connaître l'issue du litige qui les oppose.

202. C'est le libre arbitre du juge qui permet de dépasser cette défaillance du droit. Dans la diversité des règles applicables, il devra choisir celle qui doit s'appliquer de préférence aux autres. L'excès de droit, « loin de réduire le juge en esclavage, contribue à son émancipation, lui laissant le choix »³. C'est au juge qu'il appartient de gérer cet excès. Ce rôle est d'ailleurs loin d'être nouveau. Il correspond à ce que les historiens appellent les « cas perplexes » que le juge devait lui-même résoudre (A). Aujourd'hui, le règlement des conflits de normes repose toujours sur le libre arbitre du juge. Ce dernier bénéficie d'une marge de liberté importante

¹ C. Perelman, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Dalloz, 1999, n° 27.

² W. Malgaud, « Les antinomies en droit, à propos de l'étude de G. Gavazzi », in C. Perelman, *Les antinomies en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1965, Bruylant, p. 8.

³ J. Vassogne, « L'amiable composition et le contrat », *Rev. Arb.* 1984, Débats, p. 278.

dans le choix de la règle qu'il convient de privilégier, ce qui témoigne d'une forme de pragmatisme dans la résolution des cas d'antinomies (B).

A. Les « cas perplexes »

203. Cas perplexes. Historiquement, les hypothèses d'antinomie de normes renvoient à la notion de « perplexité », laquelle constitue en quelque sorte l'archéologie de l'idée de conflit de normes. Sur cette question, à laquelle s'est autrefois intéressé Leibniz¹, ce sont les historiens qui ont mené les études les plus poussées. Dans sa thèse de doctorat consacrée à *La notion de perplexité à la Renaissance*, un auteur - Stéphane Geonget - a défini la perplexité comme une situation d'antinomie de lois qui serait à la fois « objet de méfiance, d'interrogation et d'intérêt »². L'auteur explique que la notion de perplexité a acquis au XVI^e siècle une acception très large puisqu'elle visait toutes les situations dans lesquelles « une règle du droit positif va à l'encontre d'une règle du droit naturel »³. La « perplexité » n'est plus simplement à chercher dans les contradictions explicites du corpus juridique mais dans les antinomies de toutes sortes de lois. Elle vise, plus globalement, les cas d'une « inextricable complexité »⁴. Par la suite, le sens du terme s'est encore un peu plus élargi jusqu'à désigner une situation « d'obscurité du texte »⁵, perdant peu à peu sa spécificité juridique. À la fin du XVI^e siècle, le terme recouvre « toute situation de doute aigu »⁶, laquelle est avant tout perçue par les juristes comme un terrain propice à la rhétorique car « par définition, un cas perplexe est un cas que l'on peut plaider dans les deux sens, pour ou contre »⁷. Cela ne saurait toutefois occulter le fait que les cas perplexes constituent un véritable problème technique pour les juristes de l'époque et, plus particulièrement, pour le juge. La question est de savoir comment sortir de cette situation et parvenir, malgré la perplexité, à rendre justice aux plaideurs. La situation de blocage à laquelle aboutissent les cas perplexes ne peut perdurer. À partir de là, plusieurs possibilités sont envisageables. L'une d'elles a été évoquée par Montaigne dans ses *Essais* sous la formule « *Question pour l'amy* ». Pour le philosophe, qui était aussi un homme de loi, c'est le bon-vouloir du juge qui l'emportait. Il écrit :

¹ G. W. Leibniz, *Des cas perplexes en droit*, (1666), trad. P. Boucher, Vrin, 2009.

² S. Geonget, *La notion de perplexité à la Renaissance*, Droz, Genève, 2006, Travaux d'Humanisme et Renaissance, p. 21.

³ *Ibid.*, p. 37.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, p. 41.

⁶ *Ibid.*, p. 40.

⁷ *Ibid.*, p. 45.

« J'ai ouy parler d'un juge, lequel, où il rencontroit un aspre conflit entre Bartolus et Baldus, et quelque matière agitée de plusieurs contrarietez, mettoit au marge de son livre : Question pour l'amy ; c'est-à-dire que la vérité estoit si embrouillée et débattue qu'en pareille cause il pourroit favoriser celle des parties que bon luy sembleroit »¹.

Il souligna toutefois les dangers d'une telle technique :

« Il ne tenoit qu'à faute d'esprit et de suffisance qu'il ne peut mettre par tout : question pour l'amy. Les advocats et les juges de nostre temps, trouvent à toutes causes, assez de biais pour les accommoder où bon leur semble. A une science si infinie, dépendant de l'autorité de tant d'opinions, et d'un subject si arbitraire, il ne peut estre, qu'il n'en naisse une confusion extreme de jugemens. Aussi n'est-il guere si clair procès, auquel les advis ne se trouvent divers : ce qu'une compaignie a jugé, l'autre le juge au contraire, et elle mesmes au contraire une autre fois »².

204. Juge Bridoye. Dans l'œuvre de Rabelais, la question est aussi présente. On y apprend que le juge peut s'en remettre au sort pour dépasser les cas perplexes. Lorsque Bridoye recourt aux dés pour statuer, il ne le fait pas par facilité ; « il le fait parce que, par malheur ou par manque de chance, tous les cas qu'il a à juger sont des cas perplexes et que la loi prescrit cette singulière méthode dans ce type de cas »³. Lorsque Bridoye jette les dés, il ne le fait pas par arrogance mais, au contraire, par humilité car il s'interdit de juger des cas devenus trop complexes pour lui. Le recours aux dés est peut-être un aveu de ses limites ; un recours à la Providence. Synthétisant tous les remèdes possibles, l'auteur de l'étude parvient à déterminer neuf façons de résoudre une telle contradiction qui ont toutes pour point commun de solliciter l'inspiration du juge. Ces méthodes consistent à « interpréter et concilier les textes contradictoires ; préférer en l'absence de toutes justifications, l'une des parties à l'autre ; s'en remettre à l'opinion commune ; choisir une voie moyenne et partager en deux le bien litigieux ; régler le problème en recourant aux dés ; inventer une solution fictive ; recourir au jugement du prince ; espérer de Dieu un miracle »⁴.

¹ Montaigne, *Essais*, II, chap. XII.

² *Ibid.*

³ S. Georget, *La notion de perplexité à la Renaissance*, Droz, Genève, 2006, Travaux d'Humanisme et Renaissance p. 104.

⁴ *Ibid.*, p. 62 et s.

205. Créativité du juge. Ces réflexions sur les cas perplexes ne relèvent pas de l'anecdote historique. Les solutions imaginées pour dépasser les antinomies enseignent quelque chose de fondamental. Elles soulignent la « créativité juridique »¹ dont doit faire preuve le juge pour trancher ces antinomies. Pour régler les cas perplexes, il doit « sortir des limites de la procédure pour expérimenter des méthodes peu courantes dans les tribunaux »². Cette nécessité souligne que le rôle du juge s'accroît lorsque l'ordre juridique ne lui fournit pas une règle unique applicable au litige dont il est saisi. La perplexité est la cause d'une implication plus importante du juge dans la sélection de la règle car c'est à lui que revient le soin de démêler une situation juridique embrouillée. Il lui est demandé de « concilier les textes, les amender d'une façon ou d'une autre et, le plus souvent, faire preuve d'imagination et de finesse pour déjouer ces pièges logiques et herméneutiques »³. Les cas perplexes sont par définition des cas exceptionnels, hors normes (littéralement), qui « réclament du juge une capacité d'analyse particulièrement remarquable »⁴. Ils amènent des hommes « que leur formation a destiné à appliquer des règles, à faire preuve de créativité et à imaginer des solutions originales pour sortir des difficultés inextricables dans lesquelles ils se trouvent »⁵. Le juge a le devoir d'intervenir chaque fois que la loi ne résout pas elle-même ces contradictions et de décider de lui-même quelle est la règle à appliquer. « Cette obligation de statuer, imposée au juge, lui accorde un rôle créateur car quelles que soient les insuffisances apparentes du système, le juge doit les éliminer, en précisant ce qui pourrait paraître peu clair, en résolvant les antinomies, en palliant les lacunes, de sorte qu'après son intervention, une fois la décision prise et motivée, les difficultés antérieures aient complètement disparu »⁶.

206. Les cas d'antinomie de normes les plus actuels manifestent cette créativité du juge, laquelle repose, dans une certaine mesure, sur le pragmatisme de celui qui la met en œuvre.

¹ *Ibid.*

² *Ibid.*, p. 435.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, p. 112.

⁵ *Ibid.*, p. 435.

⁶ C. Perleman, « Essai de synthèse », in C. Perelman, *Les antinomie en droit*, op. cit., p. 395-396.

B. Le pragmatisme du juge dans le choix de la règle

207. Aujourd'hui, le conflit interne de normes donne lui-même lieu à plusieurs cas de figure. La question peut d'abord être de savoir de quelle façon la norme nouvelle va s'intégrer aux normes préexistantes, toujours en vigueur. Il s'agit d'un conflit de normes dans le temps (1). Les antinomies peuvent également opposer des normes de valeurs différentes ; il s'agira dans ce cas d'un conflit de normes de même valeur (2). Dans les deux cas, c'est au juge qu'il appartient de résoudre le conflit en déterminant la règle qui s'appliquera *in fine*.

1. Le règlement des contradictions de normes dans le temps

208. Principe de non-rétroactivité. S'agissant des conflits de normes dans le temps, le juge n'est *a priori* pas libre de les régler comme il l'entend. Le législateur prévoit un principe simple, celui de la non-rétroactivité de la loi nouvelle, qu'il a inscrit dans le marbre de l'article 2 du Code civil : « la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ». Il en résulte une règle qui est censée éviter tout conflit : aux situations passées, la loi ancienne ; aux situations futures, la loi nouvelle. Envisagés ainsi, les conflits de normes internes ne laissent aucune place aux choix du juge. Le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle empêche de remettre en cause, par l'effet d'une loi nouvelle, des situations qui se sont nouées sous l'empire d'un droit ancien alors en vigueur. Quant aux situations en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, le principe est celui de l'application immédiate de cette loi nouvelle aux effets à venir¹. Des tempéraments à la non-rétroactivité de la loi nouvelle existent toutefois. Le législateur peut prévoir des dispositions transitoires donnant à la loi nouvelle un effet rétroactif dont il détermine lui-même les conditions et les conséquences² afin de ne pas menacer la sécurité juridique³. Il est également admis, en matière pénale, que la loi nouvelle venant alléger la sanction d'une infraction s'applique aux situations passées en vertu du principe de la rétroactivité *in mitius*.

¹ Civ. 3^e, 4 mars 2009, n° 07-20.578, Bull. civ. III, n° 58.

² V. par ex., la loi dite « anti-Perruche » qui a mis en place un système d'indemnisation de la naissance d'un enfant handicapé en prévoyant son application aux instances en cours : la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

³ V. sur ce point : G. Eveillard, « Sécurité juridique et dispositions transitoires », AJDA 2014, p. 492.

209. Coexistence de normes. En définitive, « la partition semble plutôt simple »¹. Les antinomies de lois dans le temps reposent sur des règles claires déterminant des principes simples qui ne laissent au juge aucune marge de manœuvre. Le problème, c'est que ces règles constituant le droit transitoire sont dans l'impossibilité d'instaurer un système parfaitement agencé dans lequel le juge pourrait toujours déterminer une seule et même règle à appliquer à une question juridique donnée. Il en est ainsi parce que les normes relatives aux conflits de droit dans le temps ne forment pas un système véritablement cohérent. Ils sont régis par un ensemble de règles relativement disparates. Il n'existe pas un droit transitoire, c'est-à-dire un droit des conflits de lois dans le temps, pensé comme un système, mais il existe des dispositions transitoires, ce qui est bien autre chose. C'est cette lacune qui empêche de déterminer à l'avance les critères concrets et objectifs qui permettent au juge de sélectionner la règle de droit applicable². Les auteurs se sont pourtant intéressés à la question et ont essayé de dégager une théorie générale du droit transitoire afin de fournir des critères précis permettant la résolution des problèmes posés par l'application de la loi dans le temps. Le but était de s'éloigner de la casuistique pour élaborer une véritable science de l'application de la loi dans le temps³. Les travaux fondamentaux sur cette question ont été menés par Paul Roubier⁴ et, après lui, par Louis Bach⁵. Roubier a entendu ériger la matière des conflits de lois dans le temps en discipline autonome, à l'instar des conflits de lois dans l'espace⁶. À la suite de ces auteurs, Jacques Héron élabora, dans la même optique, des *Principes du droit transitoire*⁷ afin de faire face à la multiplication des dispositions législatives transitoires. Il s'agissait de faire émerger un droit transitoire⁸ conçu comme un système de solutions destinées aux juges et aux praticiens, afin de leur permettre de résoudre les conflits de lois

¹ P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 3^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, n° 276, p. 230.

² F. Dekeuwer-Défossez, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 151, 1977, n° 169, p. 208.

³ Dans une présentation à la nouvelle édition de l'ouvrage fondamental de Roubier, René Rodière fustigeait le « case law », c'est-à-dire la casuistique, en matière de conflits de lois dans le temps. V. : RIDP 1960 vol. 12, n° 3.

⁴ P. Roubier, *Le droit transitoire - Conflits des lois dans le temps*, 2^e éd., Dalloz et Sirey, 1960, réimp. Dalloz 2008, p. 93 et s. ; V. déjà : P. Roubier, *Les conflits de lois dans le temps (théorie dite de la non-rétroactivité des lois)*, Sirey, t. 1, 1929 et t. 2, 1933.

V. aussi : P. Level, *Essai sur les conflits de lois dans le temps - Contribution à la théorie générale du droit transitoire*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 14, 1959, p. 55. ; P. Louis-Lucas, « Traits distinctifs des conflits de loi dans le temps et des conflits de loi dans l'espace », in Mél. Roubier, 1961, t. 1, p. 323.

⁵ L. Bach, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », RTD Civ. 1969, p. 405 et Rép. civ., Dalloz, v° Conflits de loi dans le temps, 2016, par L. Bach.

⁶ Il proposa notamment de distinguer la création des situations juridiques et les effets des situations juridiques. La loi nouvelle devait s'appliquer immédiatement aux situations juridiques en cours et également aux effets futurs d'une situation juridique née antérieurement à son entrée en vigueur. Cette théorie fut consacrée par la Cour de cassation : Ch. réunies, 13 janvier 1932, Bull. n° 11.

⁷ J. Héron, *Principes de droit transitoire*, Philosophie et théorie générale du droit, Dalloz, 1996.

⁸ V. G. Bolard, « Droit transitoire et procédure civile », in Mél. J. Foyer, 1997, *Economica*, p. 439 et s.

dans le temps. Si d'autres auteurs ont enrichi la réflexion¹, la construction d'un véritable droit transitoire ne s'est jamais concrétisée². Il ne semble pas encore exister, en droit français, un ensemble de règles pensées comme un système et permettant l'émergence d'un véritable droit transitoire. Cela nécessite de recourir à des règles ponctuelles qui tentent de résoudre par anticipation un certain nombre de problèmes de conflits de lois dans le temps mais qui laissent parfois subsister des zones d'ombre qu'il appartient au juge d'éclairer. C'est à lui qu'il appartiendra alors de décider quelle est la règle de droit qu'il convient d'appliquer au litige.

210. Survie de la loi ancienne. Le libre arbitre du juge intervient lorsque la loi nouvelle permet de savoir en vertu de quelles règles se régleront les situations futures mais ne dit rien sur la validité de la loi ancienne. Il arrive que le législateur se perde dans la masse de normes. Il légifère tout en oubliant de régler le sort des lois antérieures créant un risque de conflit lorsque le nouveau et l'ancien commandent des solutions incompatibles. Dans certains cas, deux dispositions s'appliquent à un même cas : la loi ancienne et la loi nouvelle. Cette question renvoie à des réflexions savantes menées sur la question des lois devenues inadaptées, à ces cas d'obsolescence ou de désuétude³ d'un droit tombé dans l'oubli au fil du temps. Pour la jurisprudence, en revanche, les choses sont plus tranchées. Soit un texte est en vigueur, soit il ne l'est pas. L'entrée en vigueur d'une loi nouvelle n'abroge pas à elle seule la loi préexistante. Cette hypothèse de survie de la loi ancienne pose un véritable problème car, faisant partie intégrante du droit positif, elles sont susceptibles d'être invoquées par les parties à un litige. La Cour de cassation considère depuis longtemps que faute d'abrogation, un texte en vigueur est toujours susceptible de s'appliquer⁴. Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle a déjà jugé que « même non utilisée pendant longtemps dans une catégorie donnée de cas, une loi non abrogée peut s'y appliquer à nouveau à tout moment »⁵. Pour éviter une situation de blocage à laquelle peut aboutir la coexistence de lois potentiellement contradictoires, la Cour de cassation a développé une jurisprudence en faveur d'une sorte d'abrogation tacite de la loi ancienne, laquelle résulte de l'incompatibilité manifeste de celle-

¹ V. J. Petit, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2002 et P. Fleurt-le Gros, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, préf. L. Bach et P. Mayer, postface de J. Petit, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005.

² Il y a eu une tentative qui a malheureusement échoué près du but : N. Bareït, « Un projet oublié : la codification du droit transitoire », RTD civ. 2015, p. 551.

³ La question a intéressé les constitutionnalistes, v. par ex. : P. Mouzet, « La désuétude en droit constitutionnel », RDP, 1^{er} septembre 2009, n° 5, p. 1381.

⁴ Civ., 7 mai 1839, S. 1839, 1, p. 353.

⁵ CEDH, 26 oct. 1988, *Norris c/ Irlande*, n° 1051/83, § 83.

ci avec la disposition nouvelle. Pour la Cour de cassation, cessent d'être applicables « les dispositions des lois ou règlements, même non expressément abrogées, dans la mesure où elles sont inconciliables avec celles d'une loi nouvelle »¹. Ainsi, « comme les deux dispositions ne peuvent être dans le même temps appliquées, il faut bien en conclure, si l'on ne veut pas prêter au législateur une contradiction, qu'il a entendu abroger la disposition ancienne »².

211. Marge d'appréciation du juge. Mais encore faut-il établir cette incompatibilité pour en conclure à l'abrogation tacite. Sur ce point, le seul organe apte à se prononcer est le juge lui-même. Il lui revient de gérer l'excès en choisissant librement la règle qui lui semble pertinente d'appliquer. Il doit dire si, selon lui, la contradiction apparente entre la loi nouvelle et la loi ancienne doit aboutir à la suppression de cette dernière ou s'il s'agit simplement de deux textes qui se complètent mutuellement. C'est à lui qu'il appartient de faire la part des choses. Il devra dire s'il existe une véritable antinomie en vertu de laquelle il fera prédominer la loi nouvelle ou si, au contraire, cette dernière n'a pas remis en cause l'existence de la loi ancienne. Il convient, d'après la Cour de cassation, que le juge détermine l'appréciation de la portée de la loi, si l'abrogation a été voulue par le législateur³. Tout dépend de son appréciation des règles en cause. C'est son libre arbitre qui lui permet de sortir d'une situation de blocage engendrée par la cohabitation de plusieurs textes contradictoires.

Deux exemples illustrent la latitude laissée au juge dans la résolution de la contradiction apparente de plusieurs normes.

Dans un premier arrêt⁴, il s'agissait d'un médecin bénéficiaire d'une pension militaire d'invalidité au taux de 85 %, qui avait refusé de payer à l'URSSAF les cotisations qui lui étaient réclamées au titre du régime des praticiens et auxiliaires médicaux conventionnés pour une période s'étalant du 1er mai 1980 au 30 avril 1981. Il avait estimé qu'il devait continuer à bénéficier de l'exonération qui lui avait été accordée en application de l'article 4 de l'arrêté du 12 août 1971 portant application des dispositions de l'article 8 du décret n° 71-543 du 2 juillet

¹ Crim., 21 mai 1992, n° 91-80.304, Bull. crim. n° 203 ; V. aussi : Soc., 4 mars 1987, n° 84-11.751, Bull. civ. V, n° 104.

² Rép. civ. Dalloz, v° Loi et Règlement, 2016, par V. Lasserre, n° 275.

³ Crim., 23 janv. 1950, D. 1951.217, note P. Mimin ; CA Paris, 10 juin 1977, JCP G 1979, II, 19044, note H. Blin ; Crim., 25 janv. 1979, Bull. crim. n° 37 ; Crim., 13 févr. 1986, n° 82-93.743, Bull. crim. n° 59 ; Crim., 21 mai 1992, n° 91-82.427, Bull. crim. n° 203, JCP G 1993, II, 21985, note J. Pannier.

⁴ Soc., 4 mars 1987, n° 84-11.751, Bull. civ. V, n° 104.

1971 relatif aux cotisations demandées et aux prestations accordées aux praticiens et auxiliaires médicaux conventionnés. Pour contester cette exonération, l'URSSAF se fondait sur l'article L. 613-10 ancien du Code de la sécurité sociale dans sa rédaction par la loi n° 79-1129 du 28 décembre 1979 portant diverses mesures de financement de la sécurité sociale. Il y avait donc deux textes en contradiction : un texte ancien accordant une exonération au médecin et un texte nouveau qui ne prévoyait pas une telle exonération. Une cour d'appel avait fini par donner raison au médecin. Pour considérer que les cotisations n'étaient pas dues, la juridiction avait précisé que les nouvelles dispositions introduites dans l'article précité n'étaient pas applicables faute de parution du décret prévu à l'alinéa 2 de ce texte, et que, en tout état de cause, cette nouvelle rédaction, en l'absence de mention explicite, n'impliquait pas la suppression des exonérations accordées en l'état de la réglementation antérieure. La Cour de cassation censura cependant l'arrêt en considérant, d'une part, que le décret prévu devait uniquement déterminer les modalités de calcul et de recouvrement des cotisations dues par les bénéficiaires d'avantages de retraite ainsi que les exonérations accordées aux titulaires de tels avantages dont les ressources sont insuffisantes. Il ne faisait donc pas échapper le médecin à l'obligation de cotiser au régime des praticiens et auxiliaires médicaux conventionnés dès lors qu'il n'était pas contesté que, pendant la période en cause, ce praticien était en activité. La haute juridiction releva, d'autre part, qu'en réservant les seules exonérations possibles aux titulaires d'avantages de retraite du régime précité, la loi du 28 décembre 1979 avait implicitement abrogé les dispositions réglementaires antérieures¹. La Cour de cassation a réglé le conflit de normes en supprimant la loi ancienne qui avait été, selon elle, implicitement abrogée par l'effet de la loi nouvelle.

Autre affaire, autre issue². En l'espèce, un contribuable avait, dans sa déclaration au titre de l'impôt sur les grandes fortunes, mentionné « pour mémoire » les immeubles qu'il possédait en Corse. L'administration des Impôts a opéré un redressement en fixant, conformément à une méthode d'évaluation résultant d'une décision du ministre du Budget en date du 14 juin 1951, la valeur de ces immeubles à vingt-quatre fois leur revenu cadastral. Elle a également émis un avis de mise en recouvrement des droits et pénalités résultant de ce redressement. Le contribuable a assigné l'Administration devant le tribunal de grande instance en décharge de l'imposition litigieuse, établie selon lui en violation des règles d'évaluation fixées pour les

¹ Lesquelles permettaient aux titulaires d'une pension, rente, allocation ou avantage quelconque leur ouvrant droit à ce titre au bénéfice des prestations en nature de l'assurance maladie d'un régime de salariés d'être exonérés du paiement de la cotisation personnelle due en application du décret n° 71-543 du 2 juillet 1971.

² Com., 28 janv. 1992, n° 90-13.706, Bull. civ. IV, n° 43.

immeubles situés en Corse par un très vieil arrêté pris le 21 prairial an IX, qui était selon lui toujours en vigueur. Ce dernier disposait en son article 3 que « la valeur des immeubles, dont les héritiers, légataires ou donataires étaient tenus de faire la déclaration pour les successions qui leur étaient échues, sera à l'avenir déterminée par le montant de la contribution foncière et, pour parvenir à cette fixation, la contribution foncière sera considérée comme le centième du capital sur lequel les droits à percevoir, d'après la loi du 22 frimaire an VII, seront liquidés ».

Le tribunal a accueilli sa demande en relevant que la contribution foncière, qui servait de base à la taxation spécifique des immeubles situés en Corse, avait été abrogée par le décret n° 48-1986 du 9 décembre 1948 portant réforme fiscale. Le législateur n'ayant pas substitué un nouveau texte au texte original, il n'était pas possible de substituer à la référence instituée par l'arrêté du 21 prairial an IX la référence résultant de la décision ministérielle du 14 juin 1951. Le Directeur général des Impôts a formé un pourvoi en cassation. Il arguait qu'ayant constaté les problèmes que posait la mise en œuvre de l'arrêté du 21 prairial an IX, du fait de la suppression de la contribution foncière, le tribunal était tenu, en présence d'un texte toujours en vigueur, de préciser la méthode de l'évaluation qu'il y avait lieu d'appliquer. L'argument est rejeté par la Cour de cassation¹, laquelle observe que la loi générale ne déroge pas à la loi spéciale et qu'aucune disposition législative n'est venue apporter une modification expresse ou une dérogation, fût-elle implicite, au régime spécial institué par l'arrêté du 21 prairial an IX pour déterminer la valeur des immeubles situés en Corse taxables au titre des successions. Par conséquent, le jugement se trouvait justifié en ce qu'il a décidé que le redressement opéré ne s'imposait pas. Pour dépasser l'antinomie, la Cour de cassation a estimé que les dispositions successives n'étaient pas de même nature. La disposition particulière - à savoir l'arrêté du 21 prairial an IX - n'avait pas été abrogée par la règle générale nouvelle contraire, dans la mesure où elle constituait une exception qui n'était pas incompatible avec la règle générale. C'est donc la loi ancienne qui devait continuer à s'appliquer.

212. Absence de critère de sélection. En définitive, le critère de règlement des conflits de lois qui se succèdent dans le temps ne peut véritablement être dégagé². Toute la question est de savoir quelle est la règle qui doit s'appliquer dans un tel conflit. Or, ce sur ce point, il n'y a

¹ Civ. 1^{re}, 7 févr. 2006, n° 05-13.958, inédit.

² V. sur ce point : C. Landais et F. Lenica, « L'abrogation implicite dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », AJDA 2006, p. 357.

pas de réponse absolue et permanente. Tout dépend du juge. Ce dernier bénéficie d'une marge de liberté importante qui lui permet de développer un certain pragmatisme. Le juge a toute latitude pour écarter la loi ancienne lorsqu'il estime que la contradiction à laquelle elle aboutit doit être corrigée ou, au contraire, pour la déclarer applicable si tel ne lui semble pas être le cas. Parce qu'il est l'organe le plus en prise avec la réalité du cas litigieux, c'est à lui qu'il appartient de dépasser l'antinomie en déterminant la seule et unique règle à appliquer au litige. Par la vertu de son appréciation, il doit parvenir à pallier la défaillance du législateur en débarrassant le droit d'une norme ancienne, devenue obsolète, ou au contraire à maintenir celle-ci lorsqu'il lui trouve une utilité en contrepoint de la loi nouvelle. La sélection de la règle applicable dépend de son appréciation. Elle repose sur l'exercice d'un choix du juge. Or, en la matière, c'est bien souvent l'opportunité qui commande le règlement du cas d'antinomie ; l'opportunité de faire prévaloir un texte sur un autre.

213. Exemple de la matière contractuelle. Le domaine contractuel fournit une illustration de ce critère d'opportunité dans le choix du juge. En principe, la règle de la non-rétroactivité de la loi nouvelle s'applique en matière contractuelle. Elle est même dotée d'une importance toute particulière dans la mesure où le contexte juridique, c'est-à-dire le droit applicable au moment de la conclusion d'un contrat, est souvent un élément décisif dans l'échange de consentement des parties. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation retient classiquement la règle de la survie de la loi ancienne en s'appuyant sur la notion de droit acquis¹. Lorsque des règles nouvelles entrent en vigueur, le juge ne saurait les faire rétroagir : aux situations anciennes, le droit ancien ; aux situations nouvelles, le droit nouveau. Pourtant, les choses ne sont pas si tranchées que cela. Le juge peut écarter le principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle lorsqu'il estime que son application aux situations contractuelles conclues avant son entrée en vigueur repose sur un intérêt social impérieux, si important qu'il justifie de mettre à l'écart le principe de la survie de la loi ancienne. Cette faculté du juge de laisser s'infiltrer le droit nouveau dans le droit ancien renvoie à la distinction, théorisée par le doyen Roubier², des effets proprement contractuels et des effets légaux d'un contrat. Il faut entendre par effets légaux, les effets attachés par la loi au contrat,

¹ V., Civ. 27 mai 1861, DP 1861. 244, S. 1861. 1. 507 : « les contrats passés sous l'empire d'une loi ne peuvent recevoir aucune atteinte par l'effet d'une loi, postérieure ».

V. aussi : Com., 15 juin 1962, in H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénédé, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 13^e éd., 2015, p. 50.

² P. Roubier, *Le droit transitoire. Conflit des lois dans le temps*, (1960), Dalloz, 2008, n° 84, p. 423.

c'est-à-dire un effet « que le contrat produit indépendamment de la volonté de ses parties »¹. Par ce biais, le juge peut décider que la loi nouvelle va saisir des situations constituées à un moment où elle n'existait tout simplement pas. Or, sur ce point, malgré les efforts de théorisation, il est particulièrement difficile, pour ne pas dire illusoire, de trouver, dans les arrêts de la Cour de cassation notamment, les critères concrets permettant de dire à quelles conditions les dispositions nouvelles peuvent être rattachées aux effets légaux du contrat². Le juge raisonne au « coup par coup »³, disposition par disposition, pour déterminer s'il convient de faire application de cette théorie. C'est l'opportunité qui oriente les appréciations⁴. La marge de liberté du juge est si importante qu'elle conduit parfois à faire primer la loi nouvelle sur la loi ancienne en dépit de dispositions transitoires refusant clairement une telle rétroactivité⁵. Cela démontre que la « boussole »⁶ qui guide le juge intègre une dimension pragmatique, au sens où le choix qui peut être fait repose sur un arbitrage qui consiste à privilégier telle règle plutôt que telle autre pour régler le conflit de normes dans le temps.

214. Le libre arbitre du juge intervient lorsque deux normes de même valeur en vigueur et ayant chacune vocation à s'appliquer entrent en contradiction à l'occasion d'un cas d'espèce.

2. Le règlement des contradictions de normes de même degré

215. Hiérarchisation des normes. L'articulation des normes de différents degrés est classiquement appréhendée par le biais de la figure de la pyramide des normes théorisée par Hans Kelsen dans sa *Théorie pure du Droit*⁷. Cette figure postule que les règles générales et impersonnelles qui composent l'ordonnement juridique n'ont pas toutes la même autorité. S'en suit une hiérarchisation des normes qui repose sur l'idée que toute norme n'est légitime que si elle s'intègre dans un système ordonné et hiérarchisé. Pour Kelsen, « une norme est valable si et parce qu'elle a été créée d'une certaine façon, celle que détermine une autre

¹ C. François, « Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats », D. 2016, p. 506.

² V. J.-L. Aubert et E. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^e éd., Sirey, 2014, p. 109-110, n° 109.

³ F. Terré, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., 2015, Dalloz, coll. « Précis », n° 529, p. 453.

⁴ Pour un autre exemple : Civ. 3^e, 17 nov. 2016, n° 15-24.522, AJCA 2017. 47, AJCA 2017, p. 47, obs. Forti.

⁵ V. en ce sens : Cass., avis, 16 févr. 2015, n° 14-70.011, rapp. R. Parneix et avis Y. Charpenel, D. 2015. 489 ; *ibid.* 1178, obs. N. Damas ; Loyers et copr. 2015. comm. 88, note B. Vial-Pedroletti ; Rev. loyers avr. 2015, p. 180, note V. Zalewski-Sicard

⁶ P. Deumier, « Roubier, plus fort que les dispositions transitoires ? », RTD civ. 2015, p. 569, obs. ss. Cass. avis, 16 février 2015, *préc.*

⁷ H. Kelsen, *Théorie pure du Droit*, (1962), trad. Ch. Eisenmann, 2^e éd. Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1999, p. 206 s.

norme ; cette dernière constitue ainsi le fondement immédiat de la validité de la première. Pour exprimer la relation en question, on peut utiliser l'image spatiale de la hiérarchie [...]. La norme qui règle la création est la norme supérieure, la norme créée conformément à ces dispositions est la norme inférieure. L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques »¹. La règle tire sa légitimité de sa conformité à la règle placée dans un rang supérieur. Ainsi conçue, la théorie de la hiérarchie des normes est un outil permettant de dénouer des situations où plusieurs normes sont *a priori* applicables au litige. Il suffirait d'identifier la règle placée au rang le plus élevé pour résoudre cette difficulté. La Constitution est supérieure à la loi qui est elle-même supérieure au règlement, etc. Le problème de cette présentation est son caractère utopique. Comme l'a relevé un auteur, Kelsen raisonne comme si l'ordre juridique était organisé par « une volonté centrale »² permettant de lui conférer une rationalité parfaite. Or, ce n'est pas le cas. Du reste, même à considérer qu'elle puisse être efficacement mise en œuvre, la hiérarchisation des normes telle que la pense Kelsen est une « fausse idée claire »³. Elle ne permet de résoudre que les conflits qui opposent des normes placées à des niveaux différents de cette pyramide imaginaire. Le schéma proposé ne permet pas de savoir à quelle règle accorder une prévalence lorsque plusieurs normes de même niveau entrent en contradiction.

216. Marge de liberté du juge. En l'absence de critère systématique de résolution, c'est au juge que revient la mission de résoudre les antinomies, sans quoi les plaideurs seraient dans une situation de blocage puisqu'un même litige ne peut donner lieu à l'application de deux règles opposées. Or, l'intervention du juge n'obéit à aucune prédétermination. La résolution des conflits n'est pas systémique, elle est circonstancielle. Il n'existe aucun critère qui permet de connaître à l'avance la règle que le juge devra choisir en cas de conflits de normes de même degré. Les juges se prononcent avec une très grande liberté, au cas par cas. Ils « semblent s'en remettre beaucoup à l'équité »⁴, confesse un auteur. Ils exercent dans certains cas un choix qui repose sur une appréciation personnelle des cas soumis, une appréciation

¹ *Ibid.*, p. 224.

² R. Libchaber, « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », in Mél. B. Oppetit, LexisNexis, 2010, p. 519 : « il reste que la *Théorie pure du droit* est une construction intellectuelle, un modèle qui ne peut prétendre rendre compte du réel. Sa grandeur conceptuelle, qui constitue aussi bien sa limite, consiste à essayer de penser le droit dans son entier, comme s'il était organisé par une volonté centrale. Or celle-ci n'existe pas dans l'édiction du droit, et aucun organe de contrôle ne peut tenter de s'y substituer, si haut placé soit-il ».

³ P. Amsalek, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in Mél. L. Favoreu, p. 983.

⁴ P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 3^e éd., 2015, n° 294, p. 245.

réaliste qui prendra en compte les particularités de chaque affaire. C'est ce qui fait dire à certains que la résolution de ces conflits s'apparente, bien souvent, à un « bricolage »¹ rendu nécessaire par l'absence de règles prédéfinies permettant de résoudre ces antinomies.

217. Exemple du droit du travail. L'exemple du droit du travail illustre la place du libre arbitre du juge dans le règlement de ce type de conflit de normes. Le droit du travail est une matière dans laquelle les règles applicables proviennent d'une très grande diversité de sources en raison notamment du recours aux accords collectifs. La Cour de cassation a donné au juge des consignes pour faire face à certaines contradictions de règles. Elle a décidé qu'en cas de conflit entre deux normes, c'est celle qui semble la plus favorable au salarié qui doit l'emporter². Elle a donné au juge un critère de résolution des conflits de normes afin de rationaliser la sélection de la règle applicable. Mais cela reste un critère très subjectif, un guide d'appréciation, qui laisse au juge une très grande marge de liberté. Dans une affaire, des salariés d'une caisse régionale d'assurance maladie demandaient en justice à bénéficier d'un avancement au choix assorti d'un rappel de salaire. Ils se fondaient pour cela sur leur notation administrative et l'existence d'un usage de l'entreprise faisant automatiquement découler l'avancement de la note. Les juges du fond avaient refusé de les suivre au motif qu'une convention collective, acceptée par le ministre responsable, prévoyait que, contrairement à l'usage, la traduction budgétaire de l'avancement impliquait l'aval de l'autorité de tutelle. Deux normes apparaissaient donc antinomiques : la convention collective et l'usage. La Cour régulatrice censure l'arrêt d'appel et développe un attendu de principe visant la règle selon laquelle, en cas de conflits de normes, « c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application ». Le principe dégagé par le droit du travail pour résoudre les conflits de normes est singulier. Cette idée de faveur est un critère incertain : « la prévisibilité du droit n'y trouve pas son compte, notamment parce qu'il n'est pas toujours facile de déterminer, entre deux normes, la plus favorable »³. C'est le juge qui le dira. Il décidera selon sa propre perception de l'affaire quelle est la règle la plus favorable au salarié. Il se laissera guidé par son ressenti car cela demeure le meilleur moyen de résoudre la contradiction. Aucun système ne permettrait de régler à l'avance et dans tous les cas les conflits internes de normes. Le juge doit rester libre de statuer au coup par coup en disant à l'occasion de chaque espèce, quelle est la norme

¹ R. Libchaber, « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », RTD Civ. 1997, p. 792.

² Soc., 17 juill. 1996, Bull. civ. V, n° 296, p. 208, et n° 297 p. 209, JCP G 1997, II, 22798, note J. Chorin, JCP G 1997, I, 4006, n° 1, obs. B. Teyssié.

³ R. Libchaber, « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », RTD Civ. 1997, p. 792. V. sur ce point : A. Chevillard, « La notion de disposition la plus favorable », Dr. soc. 1993. 363

qui doit emporter ses faveurs. En vérité, sur ce point « la seule vraie boussole est ici l'équité »¹. Dans la résolution des contradictions de normes non hiérarchisées, le juge ne doit pas se retrouver pieds et poings liés par des principes ou des critères trop rigides. En appliquant le principe de faveur dégagé par la Cour de cassation, le juge utilise un critère dont l'imprécision lui donne suffisamment de flexibilité pour que le conflit de normes soit réglé de façon casuelle. C'est ce qui lui permet d'adapter le choix de la norme aux besoins qu'il a cru déceler en analysant la cause. Le libre arbitre du juge est un outil efficace pour pallier l'impuissance du droit à régler tous les conflits de normes à l'aide de critères déterminés à l'avance².

218. Conflit entre branches du droit. C'est également le cas lorsque des règles provenant de deux ordres de dispositions entrent en contradiction. Le droit positif ne forme pas un tout cohérent parfaitement agencé. Il contient des règles si diverses qu'il lui arrive de bégayer. Il va régir un même problème par le biais de deux règles provenant de deux domaines du droit et qui vont commander deux solutions incompatibles. « Le contentieux vécu se moque bien des cloisonnements de la science juridique et ne se laisse pas enfermer dans les petits périmètres à l'intérieur desquels les droits sont élaborés, chacun de son côté »³. Dans ce cas, il existe encore une fois un critère de sélection qui est souvent invoqué sous la forme d'un adage : *specialia generalibus derogant*. Toutes les normes n'ayant pas le même niveau de généralité, le bon sens commande de considérer qu'en cas de conflit, il convient de privilégier celle qui présente le caractère le plus spécial. S'il fournit au juge un critère de résolution des conflits de normes de même nature, cet adage se révèle bien insuffisant en pratique⁴. Il ne permet pas de se passer du concours du juge. Au-delà de cet adage, il n'existait aucune théorie efficiente permettant de régler les conflits, de plus en plus courants, entre les différentes branches du droit. Or, « il n'existe aucune théorie pour régler les conflits dont le législateur ne s'est pas occupé. Le droit interne ne possède pas l'équivalent des constructions des internationalistes. Bien plus, la doctrine semble ignorer le problème, peut-être insoluble »⁵. Le seul moyen de résoudre l'antinomie est de laisser le juge se prononcer comme bon lui semble.

¹ R. Libchaber, *ibid.*

² D'ailleurs, ce n'est pas un hasard si la solution adoptée en droit du travail tend à devenir un modèle transposable à d'autres contentieux. V. proposant le recours au principe de faveur en droit de la consommation : C. Lachize, « La densification normative autour du consommateur », in C. Thibierge et alii., *La densification normative*, Mare et Martin, 2013, p. 631.

³ F. Grua, « Les divisions du droit », RTD Civ. 1993, p. 59.

⁴ V. sur ce point : G. Lardeux, « *Specialia generalibus derogant* ou la simplicité apparente des fausses évidences », RDC 2008, p. 1251.

⁵ F. Grua, *ibid.*

Cela crée une « situation lourde d'incertitudes, car ces interventions demeurent ponctuelles et toujours sujettes à interprétation »¹. Cette incertitude renvoie à la marge de manœuvre du juge à qui il appartient de déterminer, parmi les règles qui peuvent techniquement s'appliquer, quelle est la plus opportune.

Un exemple permet de mesurer l'importance du libre arbitre du juge en ce domaine. Dans une affaire, des organismes de crédit avaient fait signifier un commandement de saisie immobilière portant sur un immeuble dépendant de la communauté de biens existant entre deux époux. L'épouse avait été mise en liquidation judiciaire par un jugement antérieur à cette signification. Les organismes ont déclaré leurs créances au passif de la procédure collective mais les époux et le liquidateur judiciaire ont formé opposition au commandement. Une cour d'appel avait considéré que le commandement de saisie était valable à l'égard de l'époux et que les poursuites engagées à son encontre devaient produire leur plein effet, la procédure de saisie immobilière devant se poursuivre sur ses derniers errements. La cour d'appel avait donc retenu que le dessaisissement du débiteur en liquidation ne s'étendait pas au conjoint, de sorte que le droit des créanciers de celui-ci à agir contre lui par une poursuite sur les biens communs demeure, sauf récompense due à la communauté s'il y a lieu. Le problème de ce litige est qu'il donnait lieu à l'application de deux règles contradictoires, ce qu'avait pris soin de relever le conseiller rapporteur. Selon lui, le conflit interne de législations que sous-tendait ce dossier provenait de l'apparente incompatibilité « entre deux ordres de dispositions, les unes civiles, les autres commerciales »². Au titre des premières, se trouvait l'article 1413 du Code civil qui prévoit que « le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu ». À s'en tenir à ce texte, les créanciers du conjoint de la personne en faillite ont un droit de poursuite sur les biens communs. Le problème est que des dispositions de droit commercial prévoient l'inverse. Il résulte des articles 152 et 161 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 que les biens communs doivent être soumis au dessaisissement et suivre le régime de liquidation dominé par le rôle reconnu au liquidateur. Ces deux règles entraînent donc « en collision »³ et constituaient un véritable cas de conflit. Saisie par les époux, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur cette antinomie.

¹ *Ibid.*

² Y. Chartier, rapport sur Ass. plen., 23 déc. 1994, n° 90-15.305, D. 1995, p. 145.

³ F. Derrida, note ss. Ass. plen. 23 déc. 1994, *préc.*, D. 1995, p. 145.

Elle le fit en visant les textes en opposition, à savoir les articles 152 et 161 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 d'un côté et de l'article 1413 du Code civil de l'autre. Selon elle, si la liquidation judiciaire d'une personne mariée sous le régime de la communauté de biens ne modifie pas les droits que les créanciers de son conjoint tiennent du régime matrimonial, le dessaisissement de la personne interdit à ces créanciers d'exercer des poursuites sur les biens communs en dehors des cas où les créanciers du débiteur soumis à liquidation judiciaire peuvent eux-mêmes agir¹. En d'autres termes, pour dépasser la contradiction des deux corps de texte, la haute juridiction a reconnu la primauté de la règle issue du droit des régimes matrimoniaux. Elle a choisi la règle à appliquer pour trancher le conflit en se laissant guider par l'opportunité de privilégier, au regard des circonstances de l'affaire, telle règle plutôt que telle autre. C'est un choix pragmatique qui a été effectué, un choix qui tendait à instaurer un équilibre en ménageant les intérêts des créanciers tout en protégeant ceux des époux : « *in medio stat virtus* »² soulignait un auteur commentant cet arrêt.

219. Si l'hypothèse permet de relever l'utilité du libre arbitre du juge, le conflit interne de normes n'est qu'un aspect du problème des contradictions de règles. Une autre hypothèse de conflit de normes souligne elle aussi cette utilité. Il s'agit du cas de conflit entre des normes provenant d'ordres juridiques différents, ce qui est communément appelé un conflit externe. Dans cette situation, le juge dispose d'une marge de liberté dans le choix de la règle applicable au litige.

§2. Le choix de la règle applicable en cas de conflit externe de normes

220. Développement du DIP. Le développement des relations internationales et la libéralisation de la circulation des sujets de droit créent des contentieux présentant un élément d'extranéité qui peut donner lieu à l'application concurrente d'une règle de droit interne et d'une règle de droit étranger. Pour appréhender au mieux ces situations, et fournir des critères de résolution de ces conflits, des règles de conflit assez sophistiquées ont été élaborées. Ces dernières constitueraient même une matière à part entière, le droit international privé, un droit qui s'est construit lentement et qui a acquis la réputation d'être particulièrement savant³. Le

¹ Ass. plén. 23 déc. 1994, *préc.*

² Littéralement : « la vertu se tient au milieu ». V. F. Derrida, D. 1995, p. 145, obs. ss. Ass. plén., 23 déc. 1994, *préc.*

³ V. B. Oppetit, « Le droit international privé, un droit savant », RCADI, 1992, III, tome 234, p. 331 ; C. Kessedjian, « Les effets pervers du caractère savant du droit international privé », in Mél. B. Oppetit, Litec, 2009, p. 379.

but est de fournir des outils prédéterminés de coordination des ordres juridiques afin que chaque juge confronté à une concurrence de normes, interne et externe, puisse savoir à l'avance comment résoudre le conflit. Pourtant, en dépit de l'élaboration de tels outils de résolution, le système reste largement imparfait. Il est impossible, pour le droit international, de saisir l'extrême diversité des situations et de parvenir à établir un système complet rendant parfaitement prévisible la sélection de la règle de droit applicable au litige. La question souligne le même problème qu'en matière de conflit de normes dans le temps¹ : l'insuffisance des règles de conflit justifie le recours au libre arbitre du juge. La sélection de la loi applicable reste très largement « sous la dépendance du juge saisi »², lequel a parfois la possibilité de déterminer lui-même la règle de conflit (A) et peut écarter une norme qui a normalement vocation à s'appliquer en vertu des règles de conflit (B).

A. La sélection de la règle de conflit

221. Règles de conflit. En principe, le juge français est tenu d'appliquer la loi étrangère dès lors qu'elle est désignée par les règles de conflit applicables, et ce, même si les parties ne l'ont pas sollicité³. Il en est ainsi en raison du caractère impératif de la règle de conflit de normes⁴. Envisagé ainsi, le système est relativement simple : il appartient au juge de déterminer la règle de conflit et de sélectionner, en fonction, la loi applicable. Or, le critère de sélection de la règle applicable au litige n'est pas toujours lisible et dépend d'un choix du juge.

222. Insuffisance des règles de conflit. Les règles de résolution des conflits externes de normes en attestent. Texte fondamental, l'article 3 du Code civil énonce quelques règles élémentaires qui se révèlent lacunaires⁵, ce qui conduit le juge à jouer un rôle essentiel dans l'établissement des règles de conflit. Le droit des conflits internationaux de normes se conçoit traditionnellement comme un droit prétorien : « il se présente sous la forme de quelques principes souvent maladroits, accompagnés de pragmatisme, auxquels la doctrine tente de lui

¹ V. *supra* nos 208 s.

² P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 3^e éd., 2015, n° 323, p. 268.

³ Civ. 1^{re}, 11 et 18 oct. 1988, *Rebouh et Schule*, Rev.crit. DIP 89, p. 368 et 277, chron. Y. Lequette.

⁴ V. J.-P. Ancel, « Le juge français et l'application du droit étranger », in Rapport annuel de la Cour de cassation, 1997 :

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_1997_76/deuxieme_partie_tudes_documents_78/m_jean_5709.html.

⁵ Il dispose que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Il ajoute ensuite que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Il précise enfin que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.

donner une forme systémique »¹. Même si le droit des conflits externes de normes est beaucoup plus abouti que le droit transitoire, la question de savoir s'il constitue un système à part entière se pose de la même façon. Des conventions internationales applicables à des domaines particuliers fournissent aujourd'hui des critères stables et prévisibles permettant de dénouer les cas de concurrence de normes. Il y a une forme de théorie générale des conflits externes qui permet d'établir des règles objectives de sélection des règles applicables mais elles restent relativement fragiles². Malgré l'émergence d'un système de plus en plus sophistiqué, le droit des conflits internationaux de normes reste imparfait. Il laisse des interstices vacants que le juge doit lui-même combler sans qu'il puisse s'appuyer sur des critères prédéterminés. Le juge possède une faculté d'initiative importante, de sorte que « les solutions sont plutôt des solutions données en situation, selon la configuration du litige et selon le juge saisi »³.

223. Absence de règle de conflit. Il y a des hypothèses dans lesquelles les règles de conflit ne fournissent pas au juge la solution de la contradiction de normes qu'il établit. Tel est le cas, notamment, lorsque plusieurs règles de conflit de normes, ayant vocation à remédier aux contradictions, se contredisent elles-mêmes. Le juge se trouve alors face à un dilemme puisque rien ne lui indique clairement la règle qu'il doit sélectionner. Pour autant, il ne peut se cacher derrière cette contradiction pour refuser de se prononcer. Il se prononcera en toute liberté sur le choix de la règle de conflit qui devra l'emporter sur l'autre. Il lui faudra prendre la mesure de la situation litigieuse pour dégager la règle qu'il lui semble bon d'appliquer.

Un exemple permet d'illustrer cette idée. Il s'agissait d'une affaire relative à l'ouverture d'une succession d'un italien possédant des biens immobiliers en France. La difficulté résidait ici dans la contradiction entre les règles de conflit françaises et italiennes. La première désignait la loi du lieu de situation de l'immeuble comme étant applicable ; donc, en l'occurrence, la loi française. La seconde désignait à l'inverse la loi nationale du défaut, à savoir la loi italienne. Pour dénouer cette situation, la Cour de cassation a choisi de reconnaître l'applicabilité de la loi italienne. Selon elle, il appartenait au juge « dans l'usage de la règle française de conflit de lois », d'appliquer, au besoin d'office, la loi italienne de conflit désignée et donc la loi à laquelle celle-ci faisait renvoi, en l'occurrence la loi nationale du défunt⁴. La Cour n'avait pas

¹ P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 3^e éd., 2015, n° 271, p. 227.

² V. T. Azzi et O. Boscovic, « Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? », Bruylant, 2015.

³ P. Deumier, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 319, p. 265.

⁴ Civ. 1^{re}, 21 mars 2000, *Ballestero*, n° 98-15.650, Bull. civ. I, n° 96, RCDIP 2000, p. 399, note B. Ancel.

pris soin de préciser de quel « usage » elle entendait parler. En vérité, c'était un moyen de laisser au juge la possibilité de choisir la règle de conflit désignée en fonction de ce qui lui semble le plus pertinent pour régler le cas d'espèce.

224. Le libre arbitre du juge intervient également lorsque malgré la désignation, par les règles de conflit, de la loi applicable, ce dernier dispose de la possibilité d'en décider autrement. Il peut parfois écarter la norme qui était normalement applicable en vertu des règles de conflit.

B. Le rejet de la norme désignée par la règle de conflit

225. Mise à l'écart de la règle de conflit. Il arrive que le juge puisse écarter, au regard des circonstances de l'affaire, une norme de conflit qui avait pourtant vocation à s'appliquer. Cette faculté permet de dire qu'il n'est pas lié de façon absolue par la règle de conflit ; il conserve une marge d'appréciation importante. Exprimant une certaine méfiance à l'égard des règles de conflit, le droit français connaît un mécanisme qui permet au juge de s'assurer, avant de conclure à l'application d'une loi étrangère, de la conformité de cette règle aux valeurs essentielles de la République : l'ordre public international. Egalement désigné sous le nom d'exception d'ordre public, l'ordre public international est une construction jurisprudentielle qui permet d'évincer la règle étrangère normalement applicable au profit de la loi française dès lors qu'une contradiction trop forte se fait jour entre cette loi étrangère et l'ordre public français. L'existence de cette exception exprime la volonté de ne pas donner un blanc-seing à l'ensemble des systèmes étrangers dans les cas où la règle de conflit désigne la loi étrangère comme étant applicable au litige. Elle permet de se montrer prudent en réservant au juge la possibilité de refuser l'application d'une loi étrangère, dès lors que son contenu paraît inadmissible. Partant, l'exception d'ordre public introduit « un élément perturbateur dans le jeu des règles de conflit »¹ qui tient à l'impossibilité de savoir à l'avance si la règle applicable sera la règle appliquée. Pour le dire autrement, il sollicite le libre arbitre du juge en le laissant déterminer s'il convient d'écarter une règle qui avait pourtant vocation à s'appliquer en vertu des règles de conflit, ce, en raison de son antinomie avec le système juridique français. Sur ce point, la marge de liberté laissée au juge naît surtout de la grande relativité de la notion d'ordre public, un standard qu'il est impossible d'enfermer dans une stricte définition. Cette relativité de l'ordre public implique que le juge prenne en considération les circonstances concrètes de l'espèce avant de décider d'évincer la règle

¹ Rép. dr. inter., Dalloz, v° Ordre public, 2009, n° 8, par P. Lagarde.

étrangère. L'appréciation se fera, non pas au regard de la loi elle-même et à ce qu'elle contient objectivement, mais en fonction des résultats de son application. Il n'est pas étonnant de constater que, sur cette question, la jurisprudence tâtonne souvent car ces conséquences sont appréciées au cas par cas. Le libre arbitre du juge est essentiel en la matière car il permet de vérifier si, dans une espèce donnée, il convient d'écarter la règle étrangère normalement applicable.

226. Exemple de la répudiation. La question de la répudiation illustre cette idée. La Cour de cassation a créé un mécanisme intéressant qui caractérise parfaitement l'élasticité de la notion d'ordre public international. Il s'agit de la théorie dite de « l'effet atténué de l'ordre public »¹ qui repose en substance sur l'idée selon laquelle l'ordre public peut ne pas s'opposer à l'effet en France de situations créées à l'étranger alors qu'il s'opposerait à la création de ces situations si elles avaient été constituées en France. Le problème de la répudiation est un des domaines d'application de cet ordre public atténué. La reconnaissance des effets de la répudiation n'est dotée d'aucune automaticité. Elle dépend de l'appréciation, par le juge, des circonstances de l'espèce. Si la matière a, par le passé, connu certaines fluctuations, elle semblait stabilisée depuis que la Cour de cassation a choisi de se fonder sur la Convention européenne des droits de l'homme et sur le principe de l'égalité des époux pour s'opposer à l'application en France d'une loi étrangère autorisant les répudiations unilatérales². Pour autant, cette solution n'était pas dotée d'une constance absolue. La Cour régulatrice a plusieurs fois modifié sa position et les critères qu'il convenait de retenir pour apprécier les effets, en France, d'une répudiation prononcée à l'étranger. Elle a pu reconnaître, dans certains arrêts, l'efficacité de la loi étrangère autorisant une telle rupture du lien marital³. Elle s'est ensuite engagée dans une voie moyenne en atténuant les exigences de l'ordre public afin de permettre l'application, en France, des répudiations les moins répréhensibles⁴.

¹ V. posant les bases de cette théorie : Civ., 28 févr. 1860, *Bulkley*, S. 60. 1. 260, concl. Dupin ; GAJC, n° 4.

V. sur ce point : Rép. dr. intern., Dalloz, v° Ordre public, 2009, par P. Lagarde, nos 36 s.

² V. not. : Civ. 1^{re}, 1er juin 1994, D. 1995, p. 263, note J. Massip ; Rev. crit. DIP 1995, p. 103 note J. Déprez ; Civ. 1^{re}, 31 janvier 1995 : Rev. crit. DIP 1995, p. 569, note J. Déprez ; JDI 1995.345, note Ph. Kahn ; Civ. 1^{re}, 11 mars 1997 : JDI 1998, p. 110, note Ph. Kahn ; D. 1997, p. 400, note M.-L. Niboyet ; JCP G 1997, I, 101, obs. H. Fulchiron.

Adde M.-C. Meyzeaud-Garaud, « Un principe de la CEDH pour neutraliser les répudiations marocaines : l'égalité entre époux », Dr. fam. 1998 chron. p. 13.

³ Civ. 1^{re}, 3 juill. 2001, n° 00-11.968, Bull. civ. I, n° 199, D. 2001 p. 3378 note M.-L. Niboyet ; D. 2002 p. 2958, note Lyn François ; JDI 2002 p. 181, note P. Kahn ; Rev. crit. DIP 2001 p. 705, note L. Gannagé ; Droit et Patrimoine, oct. 2001 n° 97, p. 117 note F. Monéger.

⁴ Ainsi a-t-elle pu reconnaître l'efficacité d'une répudiation dans une affaire où la femme avait été autorisée à faire valoir ses prétentions et ses défenses et où elle avait en outre perçu un certain nombre d'avantages financiers : Civ. 1^{re}, 3 juill. 2003, *préc.*

Sur cette question, il n'était pas possible de se fier à une ligne uniforme. À l'occasion d'une affaire, un avocat général avait relevé l'impression de certains auteurs qui avaient vu dans les différentes positions de la Cour de cassation, une jurisprudence « en dents de scie ». Il avait invité la Cour de cassation à « dissiper des incertitudes en dégagant une ligne directrice »¹. Cela fut progressivement fait. Dans cinq arrêts du 17 février 2004², la Cour régulatrice a réaffirmé son opposition de principe aux répudiations unilatérales dès lors que la décision étrangère n'avait laissé aucune place à une opposition éventuelle de la femme et qu'elle avait privé l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial. La haute juridiction a ensuite confirmé cette position³. Elle subordonne depuis la reconnaissance d'un jugement de divorce étranger à une stricte égalité entre les époux à toutes les phases de la procédure. Pour la haute juridiction, cette égalité doit être effective. Elle implique que chacun des époux ait accès à des voies et des moyens de droit identiques qui sont dotés de la même efficacité juridique⁴. Ce n'est notamment pas le cas lorsque l'époux dispose de la possibilité discrétionnaire d'obtenir une dissolution de l'union matrimoniale, peu important que l'épouse ait été convoquée à la procédure étrangère et dispose de voies d'action⁵. La position adoptée par la Cour de cassation donne au juge un rôle fondamental. Cette dernière ne dit pas que les répudiations ne peuvent recevoir aucun effet. Elle dit que les répudiations ne peuvent recevoir aucun effet lorsqu'elles heurtent le principe d'égalité entre les époux. La situation impose une appréciation *in concreto*, une marge d'appréciation du juge qui doit déterminer si, dans l'espèce en cause, les circonstances permettent de caractériser une violation du principe d'égalité entre les époux. Il n'y a donc aucune certitude dans la reconnaissance ou au contraire dans le rejet de l'effet, en France, d'une décision de répudiation prononcée à l'étranger. La mise en œuvre des critères posés par la Cour de cassation repose en grande partie sur le libre arbitre du juge, sur sa faculté à apprécier la conformité de la procédure suivie à l'étranger à l'ordre public

¹ F. Cavarroc, D. 2004, p. 824, concl. ss. Civ. 1^{re}, 17 févr. 2004, *préc.*

² Civ. 1^{re}, 17 févr. 2004, n° 01-11.549, n° 02-15.766, n° 02-17.479 : D. 2004, p. 140, concl. F. Cavarroc ; D. 2004, p. 815, note P. Courbe ; AJ Famille 2004, p. 140, obs. S. David ; RTDCiv. 2004, p. 367, obs. J.-P. Marguénaud ; Rev. crit. DIP 2004, p. 423, note P. Hammje

³ Civ. 1^{re}, 10 mai 2006, n° 04-19.444 et n° 05-15.707, Bull. civ. I, n° 224 et n° 225 ; AJ fam. 2006. 374, obs. A. Boiché ; D. 2006, p. 1481 ; 4 nov. 2009, n° 08-20.574, Bull. civ. I, n° 217 ; AJ fam. 2010, p. 86, obs. A. Boiché ; D. 2010, p. 543, obs. I. Gallmeister, note G. Lardeux ; *ibid.*, p. 1243, obs. G. Serra et L. Williatte-Pellitteri ; Rev. crit. DIP 2010, p. 313, étude Khalid Zahe.

⁴ V. par ex. : Civ. 1^{re}, 25 oct. 2005, n° 03-17.893, Bull. civ. I, n° 380 ; RJPF 2006-1/18, p. 17, obs. Garé où la Cour de cassation fait échec à une répudiation prononcée à la demande du mari « hors la présence de l'épouse non appelée à la procédure ».

⁵ Civ. 1^{re}, 23 oct. 2013, n° 12-21.344 et 12-25.802, Bull. civ. I, n° 204 et n° 205, D. 2013, p. 2518 ; AJ fam. 2013, p. 709, obs. Boiché ; RTD civ. 2014. 94, obs. Hauser.

international. Cela démontre que cet ordre public international est « une notion fonctionnelle »¹ dans l'application de laquelle le libre arbitre du juge joue un rôle central.

Conclusion du chapitre 1 :

227. Le libre arbitre du juge, complément du droit. Au cours de cette analyse du rôle du libre arbitre dans cette sélection des règles de droit applicables, des mots sont revenus plusieurs fois, à des endroits différents. Ce sont les mots opportunité et pragmatisme. La sélection des règles de droit applicables par le juge n'est pas le résultat d'une action mécanique. Qu'il s'agisse de remédier au vide du droit ou de gérer les conséquences négatives de son excès, la sélection de la règle applicable au litige ne peut se passer d'une marge de liberté permettant d'identifier, dans le concret, la règle qui commandera la solution du litige. C'est un moyen de pallier les lacunes du droit, de le guérir de ses propres maux. Le juge peut être amené à en créer du droit lorsque, par incomplétude, l'ordre juridique se montre défaillant. Il peut aussi choisir la règle qu'il convient d'appliquer lorsque, par une trop grande activité, il en vient à se contredire. Cela démontre que le droit ne se suffit pas toujours à lui-même. Cela montre que la sélection de la règle de droit ne peut se passer du libre arbitre du juge, en dépit de ce que peut laisser penser une vision simpliste de la logique syllogistique. Si elle peut être conçue comme la cause d'une imprévisibilité redoutable dans l'application du droit, cette marge de liberté du juge dans l'identification des règles objectives est indispensable. C'est un complément essentiel du droit objectif qui donne au juge la possibilité d'affiner la détermination de la règle applicable en fonction des besoins de la cause. La sélection de la règle par laquelle il sera mis un terme au différend est un art qui ne peut se passer de sa prudence au sens de sa faculté à bien délibérer.

228. L'utilité du libre arbitre se confirme dans une autre étape fondamentale de l'application du droit. L'art de juger ne se limite pas au seul choix de la règle ; il se poursuit au-delà et se manifeste à travers la liberté avec laquelle le juge peut interpréter le droit.

¹ Rép. civ., Dalloz, v° Ordre public et bonnes moeurs, 2016, par J. Hauser et J.-J. Lemouland, n° 13.

Chapitre 2 : L'interprétation des règles de droit

229. Nécessité de l'interprétation. L'interprétation est « la fonction première du juge »¹. Michel Villey a écrit que « l'interprétation, dans la langue ancienne, c'est toute l'œuvre du juriste »². Le terme renvoie à l'acte qui consiste à déterminer le sens d'une règle de droit écrite en vue de l'appliquer à un cas concret³. Il soulève d'emblée une interrogation quant au rapport du juge à la loi. La conception contemporaine de la fonction juridictionnelle fait du droit un système dans lequel la neutralité du juge serait la vertu cardinale. Si tel était le cas, l'office du juge consisterait uniquement à appliquer la norme à des cas particuliers. Dès lors, pourquoi aurait-il besoin d'en fournir une interprétation ? « Produit d'une volonté ferme et précise, la loi ne suppose pas *a priori* la nécessité de son interprétation (...)»⁴. Elle devrait lier le juge qui ne dispose pas de la légitimité démocratique suffisante pour exercer une quelconque influence sur les règles qu'édicte le législateur. Dans la conception syllogistique de la fonction de juger, le juge devrait appliquer fidèlement la loi, être sa bouche et non son esprit. Le problème est que ce présupposé, faisant du juge l'« oracle du droit »⁵ répétant mécaniquement les mots de la loi, repose sur une idée, celle d'une perfection et d'une complétude des règles de droit édictées par le législateur⁶. Or, cette idée est erronée. Le droit n'est pas rendu parfait par le fait même qu'il émane du représentant du peuple souverain. Les règles de droit écrites ne se suffisent jamais à elles-mêmes. Elles comportent « une part d'incertitude interprétative, une part de jeu »⁷. C'est l'interprétation qui concrétise les règles écrites et qui supprime leur part de fictivité⁸.

¹ V. Rép. civ., Dalloz, v° Jurisprudence, 2016, n° 105, p. L. Bach.

² M. Villey, « Modes classiques de l'interprétation en droit », in *L'interprétation dans le droit*, APD, Tome 17, p. 71.

³ Pour une étude étymologique et une typologie des interprétations, v. : F. Ost et M. van de Kerchove, « Interprétation », in *Vocabulaire fondamental du droit*, APD, Tome 35, 1990, p. 165. V. aussi : P. Boucher, « Qu'est-ce que l'interprétation juridique », Vrin, Chemins philosophiques, 2013.

⁴ Y. Strickler, « De l'interprétation ou de l'actualité de la pensée de Demolombe », in Mél. G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 809.

⁵ G. Canivet, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », in *La création du droit par le juge*, APD, 2007, Tome 50, n° 1, p. 7.

⁶ Pour Henri Battifol, « Une bonne législation ne devrait donner lieu à aucune interprétation » : H. Battifol, « Questions de l'interprétation juridique », APD 1972, p. 9.

⁷ F. Ost et M. van de Kerchove, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, P.U.F., 1992, p. 406.

⁸ V. Considérant que le droit « tout entier n'est qu'une gigantesque fiction » : T. le Bars, « Positivisme, dogmatisme, réalisme et dérive de la Cour de cassation », in Mél. J. Héron, LGDJ Lextenso éditions, 2008, p. 297 et s. L'auteur affirme que, dans la nature, « rien n'est obligatoire, ni permis, ni interdit ».

230. Équivoque du droit. L'imperfection des règles de droit tient en grande partie à leur caractère équivoque, voire obscure¹. L'interprétation permet « le passage de la règle abstraite à l'espèce et permet son application correcte au cas concret »². Mais elle n'est pas toujours la restitution fidèle du sens qu'a voulu donner le législateur à la règle en question. Elle ne consiste pas à découvrir le sens d'un discours mais à lui attribuer un sens, ce qui est bien différent. L'interprétation de la règle de droit par le juge n'est pas un acte de connaissance mais un acte de volonté³. C'est ce qu'ont révélé, notamment, Hans Kelsen avec sa *Théorie réaliste de l'interprétation*⁴ et, après lui, Michel Troper⁵ qui, bien qu'allant plus loin encore que Kelsen sur certains points⁶, le rejoint sur le fait que l'interprétation est une fonction de la volonté⁷. Parce que « tout texte est affecté d'un certain degré d'indétermination et est porteur de plusieurs sens entre lesquels l'organe d'application du droit doit choisir »⁸, c'est toujours au juge qu'il revient le soin de faire parler la loi. Dès lors, lorsqu'un texte de droit est édicté,

¹ V. L. Boré, « L'obscurité de la loi », in Mél. J. Boré, Dalloz, 2007, p. 27.

² Y. Strickler, « De l'interprétation ou de l'actualité de la pensée de Demolombe », *op. cit.*, p. 809.

³ V. P. Wachsmann, « La volonté de l'interprète », *Droits*, 1999, n° 28, p. 29.

⁴ V. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris, Bruylant, 1999, p. 339 s.

Pour Kelsen, la norme est la signification d'un énoncé. En posant la signification de l'énoncé, l'organe chargé de l'interprétation crée la norme. C'est ce que l'auteur appelle la qualification authentique. L'interprète est donc libre de choisir le sens qu'il entend donner à l'énoncé. Cependant, cette liberté n'est pas sans borne chez Kelsen. L'énoncé fournit un cadre à l'intérieur duquel agit la volonté de l'interprète. La création du droit à l'intérieur du cadre de la norme juridique à appliquer est libre, « c'est-à-dire placée dans le pouvoir discrétionnaire de l'organe appelé à faire l'acte ». L'interprétation du droit combine donc une opération de connaissance et un acte de volonté « par lequel l'organe applicateur de droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation ». Selon Kelsen, la liberté de l'interprète peut même aboutir « à la création de normes qui sont tout à fait en dehors du cadre que constituent les normes à appliquer ».

V. *contra*, affirmant que l'interprète n'est pas libre car s'exerce sur lui des contraintes : E. Picard, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, p. 44.

V. aussi, sur le silence doctrinal qui entoure parfois la *Théorie réaliste de l'interprétation* : C. Jamin, « La doctrine : explication de texte », in Mél. P. Jestaz, Dalloz, 2006, p. 225, spéc. p. 229.

⁵ V. M. Troper, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, Les colloques du Sénat, 2006, p. 28 et s.

⁶ V. sur ces divergences : M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in C. Béal (dir.), *Philosophie du droit. Norme, validité et interprétation*, Vrin, 2015, p. 345. Pour l'auteur, il n'y a pas de sens réductible à l'intention du législateur. Autrement dit, il n'y a, dans les textes, aucun sens à découvrir. Le texte ne fournit aucun cadre contraignant à l'interprétation. C'est ce qui explique que pour Troper, il n'y a pas d'interprétation *contra legem*. Une interprétation *contra legem*, en effet, serait celle qui irait à l'encontre du sens véritable de la loi. Or, on ne dispose d'aucune interprétation permettant d'établir le sens véritable, auquel on pourrait comparer le produit de l'interprétation authentique. Le seul standard juridiquement incontestable est celui qui est déterminé par l'interprétation authentique ».

⁷ M. Troper, *La philosophie du droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 4^e éd., 2015, p. 99 : « Tout énoncé est doté non pas d'une, mais de plusieurs significations entre lesquelles il s'agit de choisir. Ce choix ne correspond pas à une réalité objective, mais traduit seulement les préférences subjectives de celui qui l'exprime. Aussi, le produit de l'interprétation ne peut-il être ni vrai, ni faux ».

Cependant, comme chez Kelsen, il n'y a pas chez Troper une croyance en la liberté absolue de l'interprète. Notamment, la liberté de l'interprète est tempérée par la situation et le contexte dans lesquels il évolue. Il est contraint « de faire le choix rationnel de la cohérence ». Son interprétation « est juridiquement libre, mais socialement déterminée ». V. sur les limites de la liberté de l'interprète : M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorzcyk, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, LGDJ, 2005.

⁸ M. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in Mél. C. Eisenmann, 1977, Cujas, p. 135.

il échappe à celui qui l'a créé « pour suivre un parcours qui lui est propre »¹. Il devient ce que l'organe chargé de son application décide d'en faire². « L'activité d'interprétation n'est, en réalité, jamais neutre »³ car avant l'interprétation, il n'y a pas de norme, mais un simple texte⁴. Ce passage sur texte à la norme présente quelque chose d'insaisissable et fuyant. Il y a un « mystère de l'interprétation »⁵ qui provient de la place du libre arbitre du juge dans la précision des termes de la loi⁶. « L'interprétation de la loi est un art »⁷, c'est l'art de choisir le sens à attribuer à un texte dont il n'est pas l'auteur⁸.

231. Le libre arbitre du juge dans l'interprétation des textes de loi n'est pas à craindre. Il est indispensable à la réalisation concrète du droit. Le contentieux est bien trop divers pour faire l'objet d'une règle écrite par cas litigieux⁹. Une règle est posée par le législateur mais il appartient au juge de l'interpréter dans le cadre du litige particulier dont il est saisi. « Le juge est nécessaire, parce que chaque procès est singulier : interpréter le droit c'est aller d'un point à un autre, de l'universel au singulier ; à travers le particulier, en attribuant le poids de la

¹ M. Lebeau, *De l'interprétation stricte des lois*, Th. Paris II, 2003, p. 5.

² La place de la volonté dans l'acte d'interprétation du droit a été illustrée par J. Giraudoux dans *La guerre de Troie n'aura pas lieu* par le biais d'une controverse entre Hector, Demokos et Busiris : Hector s'adresse à Busiris qui lui a énuméré trois manquements aux règles du droit international de la flotte grecque qui auraient selon lui justifié une riposte à laquelle Hector souhaite échapper :

-Hector : « Tu vas donc, et sur-le-champ, me trouver une thèse qui permette à notre Sénat de dire qu'il n'y a pas eu manquement de la part de nos visiteurs, et à nous, hermines immaculées, de les recevoir en hôtes ».

-Demokos : « Quelle est cette plaisanterie ? ».

-Busiris : « C'est contre les faits Hector ».

-Hector : « Mon cher Busiris, nous savons tous ici que le droit est la plus puissante école d'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité ».

-Busiris : « Le Sénat m'a demandé une consultation, je la donne ».

-Hector : « Je te demande, moi, une interprétation. C'est plus juridique encore ».

V. : J. Giraudoux, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, éd. Flammarion, 2015, Acte II, Scène V.

³ J.-F. Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Librairie Droz, 1979, p. 154.

⁴ V. M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 2001 ; *Pour une théorie juridique de l'état*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 98.

Pour une étude, de la pensée de Michel Troper, v. le n° 37 de la revue *Droits*, 2003/1, qui lui est exclusivement consacré.

⁵ J. Moreau, in G. Darcy, V. Labrot et M. Doat (dir.), *L'office du juge*, Colloque du Sénat, le 29 et 30 septembre 2006, Les colloques du Sénat, 2008, p. 27.

⁶ V. C. Wolmark, *La définition prétorienne, Étude en droit du travail*, préf. G. Borenfreund, 2007, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses. L'auteur évoque dans une première partie de cette thèse « l'art de définir » en droit du travail. Pour l'auteur, « affirmer que la définition est un art trouve ses racines profondes dans la conviction que l'aspect formel de la définition dépend de sa destination », n° 13, p. 16.

⁷ S. Piazzon, *La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, Defrénois, 2009, n° 137, p. 257.

⁸ Pour une approche méthodologique de l'interprétation, v. : N. Régis, « Juger, est-ce interpréter ? », *Cahiers philosophiques*, 2016/4, n° 147, p. 26, spéc. p. 29.

⁹ Montaigne l'a montré : « Qu'ont gagné nos législateurs à choisir cent mille espèces et faits particuliers, et y attacher cent mille lois ? Ce nombre n'a aucune proportion, avec l'infinie diversité des actions humaines. La multiplication de nos inventions, n'arrivera pas à la variation des exemples » : Montaigne, *Les Essais*, Livre III, chap. XIII.

contingence qui manquait, afin de rendre le singulier pleinement contingent »¹. Le juge utilise son libre arbitre pour établir le sens à donner à un texte particulier (Section 1). Et puis, parce que la volonté peut défaire ce qu'elle a créé, il peut choisir de changer une interprétation qui était jusqu'ici consacrée pour adapter son interprétation aux besoins nouveaux qu'il identifie à l'occasion d'un litige dont il est saisi. (Section 2).

Section 1 : L'établissement de l'interprétation

232. Le droit comme langage. Le droit est un « phénomène linguistique »², un langage particulier³. Tout texte de loi n'est qu'une suite de mots censée commander le comportement des gens. « Les mots de la langue laissent déjà place à un écart au réel rendant nécessaire une interprétation »⁴. Pour que cet ensemble de mots forme une règle, il faut qu'il impose une norme de comportement, une conduite particulière. Il faut qu'à travers les mots de la loi, une règle apparaisse. L'interprétation donne au juge une faculté herméneutique, c'est-à-dire la possibilité de donner du sens à un texte, une sorte de pouvoir de « comblement »⁵ en vertu de laquelle il doit faire dire à la loi ce qu'elle ne peut pas dire⁶. Le passage des mots à la règle ne se fait jamais de façon directe et immédiate. Dans ses travaux d'herméneutique consacrés à l'interprétation, Paul Ricoeur s'est intéressé au phénomène du sens multiple. Il a démontré que, comme tout langage, le langage du droit est composé de mots qui ne reçoivent pas qu'un seul et unique sens. Un même ensemble de mots peut avoir une pluralité de significations. Il ne faut donc pas s'arrêter au sens premier du texte mais se projeter au-delà⁷. Il peut signifier quelque chose et autre chose dans le même temps sans pour autant perdre la première signification. Chaque mot induit une variété de significations potentielles qui, comme le feu

¹ E. R. Grau, *Pourquoi j'ai peur des juges. L'interprétation du droit et principes juridiques*, éd. Kimé, 2014, p. 19.

² P. Jestaz, *Le droit*, PUF, Connaissance du droit, 9^e éd., 2016, p. 11.

³ Pour une étude du droit comme langage : G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 3^e éd., 2005.

⁴ M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 3^e éd., 2016, p. 78.

⁵ V. utilisant l'expression : Rép. civ., Dalloz, v^o Jurisprudence, 2016, par L. Bach, nos 103 s.

⁶ Portalis a insisté sur cette nécessité dans son discours préliminaire. Pour lui, « les détails trop variables et trop contentieux (...) ne doivent point occuper le législateur ». « L'office de la loi, ajoute-t-il, est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application » : J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (1801), préf. M. Massenet, Éditions Confluences, 2004, p. 17 et 23.

⁷ C'est ce qu'a expliqué Ricoeur en écrivant : « la signification du texte, dans son intégralité (son sens, plus sa référence) n'est pas quelque chose qui se tient derrière lui (l'intention cachée), mais quelque chose qui se tient devant lui et qui nous interpelle ». V. P. Ricoeur, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique*, II, Paris, Seuil, 1986, p. 115.

de Bachelard¹, exprime une forme d'ambiguïté, de polysémie. Pour Ricoeur, « il arrive qu'une phrase soit ainsi faite qu'elle ne réussisse pas à réduire à un usage monosémique le potentiel de sens, mais qu'elle maintienne ou crée la concurrence entre plusieurs lieux de signification »². Dans le domaine du droit, cette polysémie intrinsèque du langage crée un paradoxe. Alors qu'il est attendu de la loi l'affirmation d'une règle claire, univoque, elle reste, en tant que phénomène linguistique, porteuse de la même ambiguïté que tout autre langage. « Greffé sur le langage naturel, le langage juridique est par essence équivoque³. Les textes de lois, comme tout langage, favorisent l'ambiguïté, l'équivocité et la plurivocité »⁴. Dotée d'une texture ouverte (*open texture*) selon la célèbre formule de Hart⁵, la règle de droit laisse toujours supposer plusieurs possibilités, y compris lorsque le sens d'un texte est prétendument clair⁶ ou que le juge se voit adresser des instructions pour interpréter le texte dans un sens plutôt que dans tel autre. L'interprétation n'est finalement qu'un choix entre plusieurs sens

¹ Dans sa *Psychanalyse du Feu*, Bachelard analyse le feu qui exprime selon lui une ambiguïté dans la représentation qui peut en être faite. Il exprime à la fois la mort et la vie. C'est un symbole du diable et de l'enfer et en même temps un élément purificateur. « Parmi tous les phénomènes, écrit Bachelard, (le feu) est vraiment le seul qui puisse recevoir aussi nettement les deux valorisations contraires : le bien et le mal. Il brille au Paradis. Il brûle à l'Enfer. Il est douceur et torture. Il est cuisine et apocalypse. Il est plaisir pour l'enfant assis sagement près du foyer ; il punit cependant de toute désobéissance quand on veut jouer de trop près avec ses flammes. Il est bien-être et il est respect. C'est un dieu tutélaire et terrible, bon et mauvais. Il peut se contredire : il est donc un des principes d'explication universelle » : G. Bachelard, *La psychanalyse du feu*, 1938, Gallimard.

² P. Ricoeur, *Le conflit des interprétations. Essais d'herméneutique*, éd. du Seuil, Paris, 1969, p. 72.

³ C'est le cas, par exemple, de la pratique des réserves d'interprétation. À l'occasion du contrôle qu'il exerce, le Conseil constitutionnel peut déclarer une disposition conforme ou non à la Constitution. Il a aussi une autre option – qu'il a lui-même créé – qui consiste à déclarer une disposition conforme à la Constitution, à condition qu'elle soit interprétée de la façon qu'il indique. La pratique est complexe car elle s'exprime de façons parfois très différentes mais l'idée sur laquelle elle repose est toujours la même. Le Conseil constitutionnel tente d'orienter l'interprétation. En principe, ces réserves ont la même autorité que les décisions du Conseil. En vertu de l'article 62, alinéa 3, de la Constitution, les décisions du Conseil constitutionnel « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Le juge chargé de l'application de la loi doit se rappeler que, si le Conseil n'avait pas émis une telle réserve, le texte en question n'aurait pu être promulgué.

Le Conseil d'État considère que les réserves d'interprétation ont autorité de la chose jugée et qu'elles lient donc le juge : CE, 15 mai 2013, req. n° 340554 ; 26 mars 2012, *Danna*, req. n° 34066. Par conséquent, la réserve s'incorpore à la loi. Or, quelque part, c'est là à la fois leur force et leur faiblesse. C'est parce que cette incorporation a lieu que le juge, qui dispose toujours d'une marge de liberté dans l'interprétation, peut toujours ignorer les réserves qui ont été émises. Finalement, seul le juge peut décider de se conformer ou non à l'orientation qui a été décidée par le Conseil constitutionnel. Son interprétation reste un acte de volonté.

⁴ D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préf. G., Wiederkehr, LGDJ, 1994, p. 32.

⁵ H. L. Hart, *Le concept de droit*, trad. fr. Michel van de Kerchove, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976, p. 155 s.

V. aussi, sur ce point : P. Amsalek, « La teneur indéterminée du droit », RDP 1991, p. 1119.

⁶ La théorie descriptive de l'interprétation énonce que, face à un texte clair, le juge doit se contenter de l'appliquer : *interpretatio cessat in claris*, ce qui est clair n'a pas à être interprété. Or, c'est le juge qui établit si un texte est clair ou non. Pour savoir si un texte est clair, il faut d'abord l'interpréter. Il faut que le juge décide d'en faire un texte clair, ce qui, en soi, n'est jamais évident, peu important le degré de précision auquel est parvenu le législateur. V. en ce sens, parlant de « préinterprétation » : J.-L. Bergel, *préc.*

V. sur cette théorie, opposée à la théorie normative ou réaliste : M. Troper, *La philosophie du droit*, PUF, « Que sais-je ? », 4^e éd., 2015, p. 98 s.

potentiels¹. « C'est au juge qu'il appartient de créer la norme en lui attribuant sa signification »². En disant le droit, le juge le fait³. C'est cette liberté d'interprétation qui fonde son « pouvoir normatif »⁴. Il lui appartient de donner au texte son sens en cherchant, parfois, à ériger sa propre lecture en standard⁵. 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'innovation⁶. L'interprétation est une expression du « rôle créateur »⁷ du juge ; or, comme toute création, elle repose sur le libre arbitre de son auteur. Ce rôle créateur se manifeste de plusieurs façons. Le juge fait œuvre créatrice lorsque, puisant dans la généralité des termes de la loi, il oriente l'interprétation d'un texte pour atteindre un but particulier (§1). Il apparaît aussi lorsqu'il se sert de l'interprétation pour élaborer, de toute pièce, une règle qui n'existait pas encore. (§2).

§1. L'orientation de la règle par l'interprétation

233. Choix du sens de la règle. L'interprétation « n'est pas seulement un jeu réglé, mais encore ouvert à une certaine liberté où la subjectivité, la fantaisie, voire l'arbitraire, *a priori*, ne sont pas nécessairement absents »⁸. En dépit de la « fidélité à la loi »⁹ qui est attendue de

¹ Montaigne a montré la diversité des interprétations qui exprime l'ingéniosité de l'esprit humain. L'homme est capable d'interpréter en tout sens, y compris sur « la parole la plus nette, pure et parfaite qui puisse estre » : « il n'est aucun sens que l'esprit humain ne trouve aux écrits qu'il entreprend de fouiller ». Historiquement, la réflexion de Montaigne sur l'interprétation est apparue dans le cadre du débat religieux sur la lecture de la Bible et dans un contexte de redécouverte des œuvres antiques. V. Montaigne, *Les Essais*, III, XIII.

² J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, « Thémis droit », 2^e éd., 2016, n° 146, p. 252.

³ V. sur le langage : J. L. Austin, *Quand dire, c'est faire*, Points, Essais, 1991.

⁴ S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, préf. M. Villey, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, t. 17, 1974, p. 27 ; M. Waline, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence, in Mél. G. Scelle, 1950.

V. sur ce point : D. de Bechillon, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », in Mél. P. Jestaz, Dalloz, 2006, p. 29.

⁵ M. Troper, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », *Pouvoirs, La justice*, 1981, n° 16, p. 9 : La norme supérieure que le juge applique, ne lui est pas donnée. C'est à lui qu'il appartient de la créer. En effet, ce qui préexiste au jugement n'est pas une norme, mais un texte, un texte législatif par exemple. La norme n'est pas ce texte, mais seulement sa signification. Tout texte étant susceptible de comporter plusieurs significations, il appartient au juge de choisir entre elles. Ce choix couramment appelé « interprétation », consiste donc dans la détermination du texte, c'est-à-dire de la norme applicable ».

⁶ M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 3^e éd., 2016, p. 78 : « L'interprétation consiste à rechercher le sens de la règle, non pas un sens qui serait caché et donc présent en elle, mais un sens qui donne toute sa portée à la règle, un sens parmi plusieurs possibles qui en fasse une règle juste. Toute interprétation est donc créatrice et ajouté à la règle ».

⁷ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, (1951), préf. D. Deroussin, Dalloz, 2^e éd., 2005, n° 9, p. 75.

⁸ F. Ost et M. van de Kerchove, « Le « jeu » de l'interprétation en droit. Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique », in APD 1982, p. 406.

⁹ I. Boucobza, *La fonction juridictionnelle, Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Dalloz, Nouvelles bibliothèque de thèses, 2005, n° 1, p. 1.

lui, le juge peut s'approprier le sens de la règle de droit¹. Il peut privilégier une direction plutôt qu'une autre en choisissant « non sans hésitation ni débat, de donner un certain sens au texte »². De ce point de vue, le sens d'un texte ne s'impose jamais au juge. C'est à lui de l'établir. La marge de liberté dont il dispose dans l'interprétation, « c'est l'échec de ceux qui naïvement ont cru pouvoir élaborer une bonne méthode d'interprétation conduisant infailliblement à la solution exacte »³. Tout cela dépend très largement de la volonté du juge. Motulsky lui-même n'était pas défavorable à cette part de subjectivité dans l'interprétation. Il l'appelait même de ses vœux. C'est ici, écrit-il, que le juriste doit faire preuve d'un esprit sensible aux réalités de la vie, qu'il doit remplir de matière vivante les formules abstraites et schématiques que livrent les règles de droit »⁴. Usant de sa faculté « de faire parler la loi »⁵, le juge peut établir le sens d'une règle écrite en fonction du résultat auquel il veut aboutir. « L'interprétation peut être plus ou moins ingénieuse et subtile ; elle peut même parfois prêter au législateur des vues, des intentions qu'il n'avait pas... Meilleures ou moins bonnes (...) »⁶. Le juge peut décider de doter un texte d'un contenu dont il ne disposait pas immédiatement, non pas par une envie soudaine⁷ mais pour répondre à un besoin qu'il croit découvrir. Cette marge de liberté du juge dans la détermination du contenu d'un texte a quelque chose de fascinant. Sans doute parce qu'elle s'écarte de l'image d'un juge bouche de la loi, censé être un simple organe d'application du droit. Adaptant son interprétation au résultat qu'il souhaite obtenir, le juge peut inverser le syllogisme (A) et orienter son interprétation en fonction (B).

¹ M. Troper, « La liberté de l'interprète », in G. Darcy, V. Labrot et M. Doat (dir.), *L'Office du juge*, Les colloques du Sénat, vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, p. 37.

² P. Jestaz, *Le droit*, PUF, Connaissance du droit, 9^e éd., 2016, p. 112.

³ *Ibid.*

⁴ H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, (1948), préf. P. Roubier, rééd. présentée par M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2002, n° 61, p. 61. Il poursuit : « le champ de l'intensité du rayonnement du Droit, son adaptation aux exigences de l'actualité et, par là, son évolution, tout cela est commandé par l'interprétation, qui, dès lors présente une importance tout particulière sur laquelle, si la matière elle-même sort du cadre de nos investigations, nous ne laisserons pas d'attirer l'attention ». Et à Henri Motulsky de renvoyer, en note, à l'ouvrage de François Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif...*

⁵ R. Colson, *La fonction de juger, étude historique et positive*, préf. L. Cadiet, Presse Universitaire de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2006, n° 309, p. 138.

⁶ C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, Paris, Durand / Hachette et Cie, 1854, Tome 1, pp. 125-126.

⁷ Génay se situe à l'opposé de cette idée. Il s'est expliqué sur la critique que pouvait susciter la défense de la liberté de l'interprète. « Ne tombons-nous pas dans l'abîme de l'arbitraire individuel ? N'allons-nous pas, de gaité de cœur, nous exposer à tous les dangers des jugements empiriques ou d'occasion, et sacrifier par là ce besoin primordial, absolu, indiscutable, la certitude du droit, d'où la sécurité même de la vie social ? », écrivait-il. Il finit par ajouter qu'il trouvait « absolument défailante » cette objection : F. Génay, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, LGDJ, 1919, n° 86, p. 215 s.

A. L'inversion du syllogisme

234. « Un résultat qui tire ». « Il existe en gros deux manières de faire du droit. Quand on observe le droit en mouvement, on distingue assez nettement une force qui pousse et une force qui tire. Cela a été relevé depuis longtemps dans le droit que fait le juge. Normalement le travail du juge consiste à déduire la solution des litiges des règles applicables. Le droit fonctionne alors comme une force qui pousse. Le juge subit l'engrenage de la règle, parfois contre son gré. Mais on sait qu'en fait il se détermine généralement à partir de la solution qui lui paraît juste, la règle de droit ne servant qu'à justifier son choix. Ainsi les juridictions collégiales ont l'habitude de ne s'entendre que sur la solution ; au juge rédacteur de parer celle-ci du texte idoine. La genèse de ce genre de jugements montre bien que ce n'est plus vraiment la loi qui pousse, mais un résultat qui tire »¹.

235. Syllogisme régressif. Lorsque c'est le résultat qui tire et non la loi qui pousse, le juge met en œuvre un syllogisme particulier, qualifié de « régressif », qui consiste à choisir de ne pas partir de la règle de droit pour déterminer la solution du litige mais d'opérer le cheminement inverse. Cette pratique serait même courante. Il arriverait « très souvent »² que le juge parte de la solution qu'il veut atteindre « puis remonte à la règle de droit qui peut lui permettre d'arriver au résultat escompté »³. Il va partir de la solution à laquelle il souhaite aboutir pour ensuite interpréter la règle de façon à légitimer cette solution, quitte à lui faire dire ce qu'elle ne veut pas dire. La liberté d'interprétation lui permet alors d'élaborer un jugement d'opportunité. Cette emprise du juge sur le sens du texte, qui s'exerce à travers l'interprétation, témoigne de la part de pragmatisme que peut comporter cette opération. Il arrive qu'avant d'être fixée, l'interprétation passe un « un examen d'utilité pratique »⁴ avec le juge dans le rôle de l'examineur. « Il n'est pas rare que le magistrat juge le procès d'après sa conscience et son sentiment intime et qu'il trouve les raisons juridiques ensuite »⁵. Cette démarche conduit à remettre en cause la rigueur du syllogisme judiciaire traditionnel qui repose sur une logique purement démonstrative. Le juge pose la solution qu'il estime

¹ F. Grua, « La fée et l'horloge », RTD Civ. 2001, p. 319.

² E. Jeuland, « Syllogisme judiciaire », in L. Cadiet, *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1271.

³ *Ibid.*

⁴ V. Bolard, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé*, Th. Paris I, 2006, n° 115, p. 215.

⁵ J. Maury, « Observations sur la jurisprudence en tant que sources du droit », in Mél. G. Ripert, t. 1, LGDJ, 1950, p. 31.

opportune et cherche ensuite à légitimer sa solution en la revêtant d'un « habillage logique »¹. L'interprétation est guidée non pas par le sens que le législateur a entendu donner aux lois qu'il a édictées mais par sa volonté d'aboutir à une solution plus proche de ce qu'il estime être une issue satisfaisante.

236. Habillage juridique. Cette faculté démontre que « l'imagination créatrice a une place de choix »² dans l'interprétation du droit. Le grand art du juge consiste alors à faire en sorte que l'inversion du syllogisme ne se voit pas trop. Il devra masquer son libre arbitre afin que le reproche d'un jugement capricieux ne lui soit fait. Il devra habiller la solution retenue « de son nécessaire vêtement juridique pour en faire ressortir l'efficacité »³. Autrement dit, il lui faut « masquer le besoin d'équité par des interprétations savantes et compliquées qui aboutissent, sans trop de scandale,... à leur faire dire ce à quoi le législateur n'a jamais pensé »⁴. L'équité du juge apparaît en quelque sorte « sous les habits d'une autre qu'elle - loi, coutume, principes généraux du droit... »⁵ ou se glissera « dans des méthodes et raisonnements qui permettent de ne pas la nommer. Eminence grise du droit, elle est soumise à un principe de discrétion qui lui impose, pour jouer son rôle, de ne prétendre jamais à l'avant-scène »⁶. C'est une « gymnastique intellectuelle à laquelle le juge doit se plier et qui requiert de lui le maniement habile du raisonnement juridique »⁷. Pour parvenir à imposer une solution qu'il estime opportune, le juge pourra choisir de donner au texte sur lequel il se fondera, un sens orienté qui correspond à la solution privilégiée. La règle sera appréhendée non pas au regard de ce qu'elle dit mais plutôt au regard de ce que le juge cherche à lui faire dire.

B. L'élasticité de l'interprétation

237. Les *hard cases*. L'emprise du juge sur le sens des règles de droit, qui existe sans doute « depuis des millénaires qu'il y a des juges, et qui pensent »⁸, révèle une idée fondamentale, celle selon laquelle le juge n'est pas contraint par les termes de la loi. Il peut l'orienter pour

¹ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, introduction générale*, 4^e éd., L.G.D.J., 1994, n° 55.

² P. Draï, « Audience solennelle de la Cour de cassation », 8 janvier 1990, Doc. Fr. 1990, p. 17.

³ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 5^e éd., 2000, n° 55, p. 23.

⁴ H. de Page, *À propos du gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, Paris, Sirey, 1931, p. 158.

⁵ N. Molfessis, « L'équité n'est pas une source de droit », obs. ss. Soc., 6 déc. 1996, RTD Civ. 1999, p. 221.

⁶ N. Molfessis, « L'équité n'est pas une source de droit », obs. ss. Soc., 6 déc. 1996, RTD Civ. 1999, p. 221.

⁷ G. Cornu, *Droit civil. Introduction au droit*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé, 13^e éd, 2007, n° 182, p. 100.

⁸ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 9, p. 33.

lui faire dire non pas ce qu'elle dit immédiatement mais ce qu'il souhaite lui faire dire¹. L'interprétation dépend du contenu que le juge souhaite donner à un texte. Cette place du libre arbitre du juge dans le choix de l'interprétation a été soulignée par Herbert Hart. Selon lui, les règles de droit écrites ont une signification sémantique qui constitue une sorte de noyau dur qui contient son sens le plus clair et précis. Lorsque ce noyau dur permet de résoudre le différend, la décision judiciaire doit en découler car la règle accomplit son office. Cependant, selon Hart, il existe des cas difficiles - des *hard cases* – dans lesquels le noyau dur ne suffit plus. Il faut alors recourir à une signification plus lointaine de la règle car celle-ci n'est pas à même de fonder la décision du juge. La volonté du juge prend alors le pas sur la règle écrite et l'oriente selon les besoins concrets qui émergent du différend. « Par là, Hart porte un coup considérable à la thèse très formaliste qui tend à croire que les juges ne décident pas vraiment mais se bornent à appliquer les lois »². L'interprétation retenue par le juge aboutit alors à une règle « parasitaire » en ce qu'elle s'appuie sur la règle formelle qui lui sert de fondement³.

Cette théorie des *hard cases* démontre le rôle du libre arbitre du juge dans l'opération d'interprétation. Il arrive que ce dernier soit amené à développer, par opportunité, une interprétation qui est orientée par son sentiment de justice et non par les termes précis du texte. Cette faculté le conduit alors à inverser le rapport de force entre lui-même et la loi : le juge n'est pas soumis à la règle, c'est la règle qui devient soumise au juge. La faculté d'interprétation lui permet de tordre, par nécessité, le sens des mots de la loi par nécessité, tout en prenant cette dernière comme fondement du raisonnement. La solution n'est plus dans la déduction formelle pure mais dans la recherche d'une interprétation affinée de la loi et orientée vers la satisfaction des besoins que le juge a décelés. Cela démontre, plus

¹ Plus prosaïquement, le libre arbitre du juge peut aussi permettre de corriger un texte qui contient une erreur de rédaction. Ainsi en est-il lorsque la loi pénale s'égare et devient absurde. Un exemple le démontre. L'article 78 d'un décret du 11 novembre 1917 interdisait sous peine d'amende « de monter ou descendre ailleurs que dans les gares, stations, haltes ou aux arrêts à ce destinés et lorsque le train est complètement arrêté ». À s'en tenir au sens premier du texte, il n'était pas possible de descendre d'un train à l'arrêt. La seule possibilité de s'en extraire était donc d'en sauter en s'assurant bien sûr qu'il était en marche ! Pour corriger cette formulation ambiguë, le juge a bien été obligé d'interpréter le texte, de lui donner un autre sens que son sens littéral. La Cour de cassation a précisé que ce texte « devait être interprété comme interdisant aux voyageurs de monter dans les voitures ou d'en descendre avant l'arrêt complet du train » : Crim., 8 mars 1930, D. 1930, 1, 101, note P. Voirin.

² M. la Torre, « Le modèle hiérarchique et le *Concept de droit* de Hart », *Revus*, 2013, p. 117, spéc., n° 46.

³ H. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. de Kerchove, PU de Saint-Louis, Bruxelles, 2005, p. 101 : « les règles du premier type que l'on peut considérer comme fondamentales ou primaires, prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, qu'ils le veuillent ou non. Les règles de l'autre type sont, en un certain sens, parasites ou secondaires par rapport aux premières ; elles veillent en effet à ce que les êtres humains puissent, en accomplissant certains actes ou prononçant certaines paroles, introduire de nouvelles règles de type primaire, en abroger ou contrôler leur mise en œuvre ».

fondamentalement, que dans la mise en œuvre du syllogisme, « ce n'est pas tellement la correction formelle des déductions qui fait difficulté. C'est le choix des prémisses qui prête à discussion »¹. Cette élasticité de l'interprétation a été mise en exergue par Pierre Bourdieu qui a tenté de cerner les effets de neutralisation du droit dans la sphère judiciaire, une « neutralisation des enjeux » qui permet au juge d'orienter comme il le souhaite le sens des règles de droit. Pour Bourdieu, par « l'extraordinaire élasticité des textes, qui va parfois jusqu'à l'indétermination ou l'équivoque, l'opération herméneutique de déclaration dispose d'une immense liberté. Il n'est sans doute pas rare que le droit, instrument docile, adaptable, souple, polymorphe, soit en fait mis à contribution pour rationaliser *ex post* des décisions auxquelles il n'a eu aucune part »². C'est cette marge de manœuvre du juge, source d'un maniement de la règle de droit, qui fonde sa faculté d'« invention »³ à travers l'interprétation.

238. Liberté d'interprétation du juge pénal. Il y a de nombreux exemples dans lesquels le juge décide d'interpréter un texte par opportunité pour trancher une espèce particulière. Certains sont remarquables, plus que les autres, notamment parce qu'ils apparaissent dans les matières où le législateur impose précisément au juge une application fidèle des textes. C'est le cas en matière pénale où l'article 111-4 du Code pénal dispose que « la loi pénale est d'interprétation stricte ». Ce principe d'interprétation stricte de la loi pénale oblige le juge à rechercher le sens exact des textes et lui interdit de modifier la prescription qu'ils contiennent. Selon la formule de Portalis, « en matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence »⁴. Lorsqu'il applique un texte, le juge pénal doit respecter son sens et respecter son champ d'application puisqu'il ne peut en principe l'étendre au-delà de ses prévisions formelles en vertu du principe de légalité criminelle⁵. S'en suit une conséquence logique, celle d'une marge d'interprétation

¹ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis droit, 2^e éd., 2016, n° 86, p. 155.

² P. Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », Actes de la recherche en sciences sociales, n° 64, Paris, 1986, p. 8.

Bourdieu est allé bien plus loin que cela en écrivant qu'« en faisant accéder au statut de verdict une décision judiciaire qui obéit sans doute plus aux dispositions éthiques des agents qu'aux normes pures du droit, le travail de rationalisation lui confère l'efficacité symbolique qu'exercera toute action lorsque, méconnue dans son arbitraire, elle est reconnue comme légitime ». V. *Ibid.*, p. 8.

Pour une critique de cette position : D. de Bechillon ; « Sur la diversité des méthodes et manières de juger : propos introductifs », Cycle de conférence organisé par la Cour de cassation, 2004-2005.

³ P. Bourdieu, *ibid.*

⁴ V. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires au Code civil*, Tome 1, Paris, Videcoq, 1936, p. 474.

⁵ C. pén., art. 111-2 : « la loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs ».

C. pén., art. 111-3 : « nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement.

refusée au juge dans l'application du droit pénal. Dans un alinéa unique, l'article 111-4 du Code pénal dispose de façon laconique : « la loi pénale est d'interprétation stricte »¹. En la matière plus qu'ailleurs, la faculté d'interprétation du juge suscite la méfiance ; « le jeu de l'interprétation est perçu comme source d'arbitraire et d'inégalité, d'atteinte à la séparation des pouvoirs, mais aussi d'extension induite d'un droit odieux qu'il faut maintenir dans des limites rigides, balisées par la loi »². « Le pouvoir d'interpréter les lois pénales ne peut être confié au juge des affaires criminelles, pour la bonne raison qu'ils ne sont pas des législateurs »³. L'essentiel est dit : le juge ne doit pas donner une interprétation personnelle de la loi pénale car il n'en a pas la légitimité. C'est la loi, et la loi seule, qui doit commander le sens des règles de droit pénal et non l'appréciation personnelle du juge. Le principe d'interprétation stricte est, dans l'idée, un obstacle à la liberté d'interprétation du juge. Parce qu'il doit se soumettre à la lettre des textes, « c'est de la façon la plus impersonnelle possible que le juge doit s'efforcer de donner au texte le sens le plus évidemment prévisible par chacun »⁴. Il lui appartient d'appliquer scrupuleusement les textes. Il ne doit pas créer du droit en ajoutant au texte ou en lui donnant une signification qui n'est pas celle qu'a entendu lui donner le législateur.

Pourtant, malgré le principe d'interprétation stricte de loi pénale, le droit pénal ne parvient pas plus qu'un autre à brider la marge de liberté du juge. Ce qui lui est refusé au moyen d'un grand principe, il le récupère ponctuellement. Voilà que « contre toute attente, il arrive que le juge pénal crée du droit »⁵. Le juge pénal, comme tout autre juge, peut donner au texte un sens qui n'est pas celui qui découle immédiatement de sa rédaction. Le juge peut faire preuve d'un très grand pragmatisme dans son interprétation de la loi qui lui est pourtant demandé d'appliquer strictement. Il peut décider de changer d'interprétation parce que celle qu'il avait

Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention ».

¹ Pour certains auteurs, cette exclusion de la part du juge dans l'application du droit pénal tient à une considération fondamentale : historiquement, la mission du juge pénal n'est pas de parvenir à un équilibre dans la solution qu'il donnera au litige ; elle consiste à sanctionner les atteintes à l'ordre public. Partant, il serait indispensable que les tribunaux demeurent, en dépit des inconvénients que cela présente, « strictement tenus en lisières par les règles légales » : L. Husson, *Les trois dimensions de la motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 93.

² Y. Cartuyvels, « Les paradigmes du droit pénal moderne en période “post-moderne” », in *Un droit pénal post-moderne ?*, PUF, coll. « Droit et justice », 2009, p. 77.

³ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, (1764), trad. A. Fontana et X. Tabet, préf. X. Tabet, Gallimard, Bibliothèque de philosophie, 2015, p. 77.

⁴ E. Dreyer, *Droit pénal général*, Litec, 4^e éd., 2016, n° 557, p. 439.

⁵ *Ibid.* n° 575, p. 448. L'auteur consacre quelques pages à l'« interprétation créatrice » du juge pénal.

l'habitude d'adopter ne permet pas d'aboutir, dans une espèce donnée, à un résultat satisfaisant.

Un exemple permet de le comprendre. Il s'agit de la question de l'incrimination de viol. Cette infraction est définie par l'article 222-23 du Code pénal comme « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise ». Le viol est compris parmi les « agressions sexuelles », dont il est une des manifestations. Selon cette définition, le viol est d'abord un « acte de pénétration sexuelle », c'est-à-dire une atteinte sexuelle qualifiée. Parmi toutes les agressions sexuelles, seul le viol se caractérise par un acte de pénétration. C'est ce qui permet de le distinguer des incriminations voisines. Toujours selon la définition légale, le viol est ensuite un acte de pénétration commis « sur la personne d'autrui », ce qui rend logiquement impossible la caractérisation de cette infraction lorsque la victime n'a subi aucune pénétration. L'article 222-23 du Code pénal rend strictement impossible l'hypothèse d'un viol sur soi-même qui constituerait une sorte d'oxymore juridique. C'est pourtant cette interprétation qu'a pu retenir la chambre criminelle de la Cour de cassation à l'occasion d'une sordide affaire. En l'espèce, une personne avait contraint un jeune enfant à subir une fellation de sa part. La chambre d'accusation avait retenu la qualification de viol en considérant que l'infraction visée par l'article 222-23 du Code pénal peut être caractérisée sans qu'il soit nécessaire de distinguer si la pénétration est le fait de l'agresseur ou de l'agressé. L'arrêt de la chambre d'accusation renvoyant l'agresseur devant une cour d'assises sous l'accusation de viols aggravés avait fait l'objet d'un pourvoi en cassation intenté par ce dernier. Celui-ci prétendait que ce texte clair ne vise que la pénétration de la personne d'autrui par l'agresseur sexuel. La Cour en l'étendant à une hypothèse qu'il ne prévoit pas, à savoir la pénétration de l'agresseur par l'agressé, a ajouté à la définition légale du viol et a ignoré le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. Dans sa décision, la haute juridiction commence par relever que, pour renvoyer l'accusé devant la cour d'assises sous l'accusation de viols aggravés, la chambre d'accusation s'appuyait sur une information qui établissait clairement les faits : l'agresseur avait bien imposé à un mineur de 15 ans une fellation. Rejetant le pourvoi, elle estime ensuite, par une formule concise, que tout acte de fellation constitue un viol au sens de l'article précité, dès lors qu'il est imposé par violence, contrainte, menace ou surprise, « à celui qui le subit ou à celui qui le pratique »¹. Cette solution a constitué une extension remarquable du champ

¹ Crim., 16 déc. 1997, Bull. crim. 1997, n° 429, JCP G 1998, II, 10074, note D. Mayer ; D. 1998, chron. p. 212, obs. Y. Mayaud.

d'application de l'incrimination de viol qui aboutit finalement à une « bizarrerie », a pu dire un auteur, laquelle conduisait à reconnaître comme violeur, « non pas celui qui pénètre, mais celui qui est pénétré »¹. Il est indéniable que le juge a procédé ici à une interprétation *contra legem* dans la mesure où, contrairement à ce que prétendait la chambre d'accusation, le texte pose clairement l'exigence d'une pénétration commise sur la personne d'autrui ; or, en l'occurrence, c'est l'agresseur qui avait pénétré la victime. Mais cette interprétation créatrice apparaissait nécessaire dans la mesure où elle se justifiait par des considérations d'équité. La mise à l'écart de l'incrimination de viol aurait nécessité de recourir à d'autres incriminations, en particulier le délit d'agression sexuelle qui est quant à lui conçu en des termes bien plus larges mais qui a pour inconvénient de sanctionner moins durement l'agresseur. L'interprétation retenue reposait sur le souci de réprimer sévèrement l'agression dont cet enfant avait été victime. Le souci d'équité l'avait emporté sur la rigueur d'un principe imposé dans l'abstrait, sans égard aux spécificités de chaque espèce². Cet exemple démontre que, même en matière pénale, l'interprétation des textes doit se faire en fonction de considérations d'opportunité, quitte à faire dire à la loi non pas ce qu'elle dit mais ce que le juge souhaite lui faire dire.

239. Outre cette hypothèse dans laquelle le juge oriente le sens d'un texte, il y a un autre cas qui illustre le rôle essentiel du libre arbitre du juge dans l'interprétation : c'est le cas, beaucoup plus rare mais tout aussi remarquable, dans lequel le juge va littéralement créer le sens d'une règle en faisant parler un texte qui n'avait pourtant aucun contenu normatif.

§2. La création de la règle par l'interprétation

240. Texte muet. Si l'interprétation d'un texte est toujours un acte de création, il n'est pas courant de trouver des cas dans lesquels le juge crée de toute pièce une règle en s'appuyant sur un texte qui n'avait pas vocation à en contenir. Il faut dire que les textes qui n'ont pas de contenu normatif sont rares. Le plus souvent, lorsque le législateur élabore un texte, c'est qu'il décide d'en faire le réceptacle d'une règle de droit. Il arrive cependant que certaines

¹ Y. Mayaud, « Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation *contra legem*... et *contra rationem* », D. 1998, chron. p. 212.

² Quelques temps après, la Cour de cassation est revenue à une interprétation plus fidèle de l'incrimination de viol en affirmant que « l'élément matériel du viol n'est caractérisé que si l'auteur réalise l'acte de pénétration sexuelle sur la personne de la victime » : Crim., 21 oct. 1998, Bull. crim. n° 274, D. 1999, jurisp. p. 75, note Y. Mayaud ; JCP G 1999, II, 10215, note D. Mayer, Dr. pén. 1999, comm. 5, obs. M. Véron. Les faits étaient différents. Il s'agissait d'une femme qui avait abusé de son autorité sur un mineur de plus de quinze ans, en l'occurrence son beau-fils, pour lui imposer des rapports sexuels.

précisions textuelles n'aient pour seule utilité que de faciliter la lecture ou la compréhension d'un ensemble de texte. Or, il se peut que le juge utilise sa liberté d'interprétation pour doter ce texte d'un contenu alors même qu'il n'avait pas vocation à abriter une quelconque règle. Il ne s'agit plus alors pour le juge de faire dire à un texte ce qu'il n'a pas voulu dire, comme dans l'hypothèse d'une interprétation *contra legem* mais de lui faire dire quelque chose alors qu'il n'a jamais rien voulu dire. À l'analyse, c'est l'illustration la plus remarquable et la plus pure du pouvoir créateur du juge. Dans ce cas, la liberté d'interprétation du juge confine au miracle : elle consiste à faire parler un muet.

241. Responsabilité générale du fait des choses. Un exemple de la place de ce pouvoir créateur du juge peut être tiré du droit de la responsabilité délictuelle. L'essor du machinisme qui a accompagné la révolution industrielle a engendré un accroissement du risque d'accidents du travail. Les dommages causés aux ouvriers travaillant sur ces machines leur donnaient la possibilité de rechercher un responsable afin d'être indemnisés. Or, à cette époque, les fondements juridiques exploitables se résumaient au principe général de responsabilité du fait personnel posé aux anciens articles 1382 (art. 1240 nouv.) et 1383 (art. 1241 nouv.) du Code civil et aux régimes spéciaux de responsabilités prévus aux anciens articles 1384 (art. 1242 nouv.) à 1386 (art. 1242 nouv.) du même Code. Face à ces fondements possibles, les juridictions étaient confrontées à une difficulté pour permettre l'indemnisation de l'ouvrier victime ou de ses proches : aucun des régimes spéciaux n'était adapté à cette situation et seul le régime général de la responsabilité du fait personnel de l'ancien article 1382 (art. 1240) du Code civil pouvait être utilisé. Le problème était que l'application de ce régime était conditionnée à la démonstration d'une faute par la victime de dommages causés par une machine, la difficulté étant que l'accident n'était pas toujours provoqué par la faute de l'employeur. Animée par les réflexions de la doctrine, la Cour de cassation allait finalement utiliser son pouvoir d'interprétation pour créer un nouveau fondement de responsabilité ne reposant sur aucune faute. Elle a décelé un régime de responsabilité objective dans l'ancien article 1384 alinéa 1^{er} (art. 1242 nouv.) qui dispose qu'on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, « mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ». Cette consécration a d'abord été proclamée par un premier arrêt, l'arrêt *Teffaine*¹, rendu à l'occasion du décès d'un machiniste provoqué par l'explosion d'une partie de machine à vapeur servant à la propulsion d'un remorqueur sur la Loire. La chose

¹ Civ. 16 juin 1896, DP 1898. 1. 433, concl. Sarrut, note Saleilles.

présentait un vice, mais aucune faute n'était imputable à l'employeur. La Cour de cassation a affirmé que l'ancien article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil était doté d'une portée générale. Elle l'utilise pour créer un fondement autonome de responsabilité du fait des choses alors même qu'il ressort des travaux préparatoires du Code civil que ce texte a été conçu comme une simple formule de transition entre un principe – celui de la responsabilité du fait personnel – et les divers régimes spéciaux, du fait d'autrui et du fait des choses. La Cour régulatrice a par la suite parachevé son œuvre par l'arrêt *Jand'heur*¹ en rejetant la nécessité de démontrer le caractère dangereux de la chose et l'arrêt *Franck* sur la notion de garde². La Cour de cassation a fait dire à la loi ce qu'elle n'a jamais voulu dire afin d'adapter la règle à un nouveau besoin de la pratique : permettre aux victimes des accidents du travail d'obtenir réparation des dommages causés par l'utilisation des machines. En l'occurrence, la Cour de cassation est partie d'un texte sans valeur normative pour lui donner un sens qui n'était pas initialement le sien. Le législateur n'a rien trouvé à redire puisqu'il n'a jamais remis en cause ce fondement. C'est la preuve qu'il sait parfois s'incliner face à la créativité du juge³.

Cette faculté de faire parler un texte muet est souvent associée à une forme d'hypocrisie du juge qui prendrait le prétexte de l'interprétation pour faire dire à la loi, non ce qu'elle ne peut pas dire mais plutôt ce qu'elle ne veut pas dire. On aurait pourtant tort de le croire⁴. Cette faculté n'est pas un acte égoïste. Elle s'inscrit dans un besoin réel, celui d'enrichir le droit de considérations concrètes, toujours mouvantes, qui apparaissent avant que le législateur ne s'en soit saisi et qu'il est le seul à pouvoir déceler immédiatement. La marge de liberté du juge dans l'interprétation est un instrument de souplesse indispensable à la marche du droit.

242. Si le juge trouve dans la généralité de la règle de droit un terrain propice à la création des interprétations, son libre arbitre n'intervient pas uniquement dans l'établissement du sens à retenir à l'égard d'un texte donné. Il se manifeste également à travers le choix du juge de modifier une interprétation qui était jusqu'ici consacrée.

¹ Ch. réunies, 13 févr. 1930, D. 1930. 1. 57, rapp. Le Marc'hadour, concl. Matter, note Ripert.

² Ch. réunies, 2 déc. 1941, DC 1942. 25, note Ripert.

³ L'avant-projet de loi sur la réforme de la responsabilité civile rendu public le 26 avril 2016 va même jusqu'à consacrer pleinement cette interprétation dans un article 1243 du Code civil.

⁴ C'est même l'inverse en réalité. Un auteur relève qu'en inscrivant cette interprétation créatrice dans le cadre d'un texte, le juge se fait légaliste car il « sacrifie en toute bonne foi à la tradition et à un sentiment politique du respect de la loi » : Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, (1972), préf. G. Vedel, LGDJ, Anthologie du droit, 2004, p. 140.

Section 2 : Les changements d'interprétation

243. Inconstances utiles de l'interprétation. Le sens qui est donné par le juge à un texte n'est jamais immuable. Il est susceptible d'évoluer lorsqu'il lui semble nécessaire de privilégier un autre sens, plus approprié. La liberté d'interprétation dont disposent les juges leur donne la possibilité de dire une chose un jour puis de modifier leur approche le lendemain. Il y a, dans l'acte d'interprétation, une inconstance bénéfique qui renvoie à « sa liberté d'évoluer »¹. Sur ce point, la jurisprudence est très claire. Elle réserve au juge la possibilité de défaire ce qu'il a lui-même créé. La formule utilisée est même remarquable : « la sécurité juridique [...] ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit »². La Cour de cassation, rejointe sur ce point par la Cour européenne des droits de l'homme³, suggère que le juge conserve la liberté de faire évoluer sa jurisprudence. Elle le fait même avec une fluctuation terminologique qui traduit toujours le même principe. Elle refuse un droit acquis à une jurisprudence « figée »⁴, « immuable »⁵ ou « constante »⁶. L'idée est toujours de conférer au juge la faculté de faire évoluer ses interprétations. En modifiant son interprétation, le juge va agir sur la substance même de la norme en développant une lecture du droit différente de celle qui prévalait jusqu'alors⁷. Cette « versatilité »⁸ de l'interprétation repose sur un choix volontaire du juge. C'est lui qui détermine l'opportunité de s'écarter d'une interprétation précédente pour en consacrer une nouvelle. Le juge peut décider librement de s'écarter d'une interprétation qu'il a lui-même fixée (§1). Et, parce que qui peut le plus peut le moins, cette liberté lui permet aussi de s'affranchir d'une interprétation qui est adoptée par d'autres que lui (§2).

¹ G. Canivet, « Une vision humaniste de la jurisprudence », in *Le doyen Carbonnier et la jurisprudence*, Colloque organisé par la Cour de cassation et l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, le 30 nov. 2005, Lamy droit civil, 2006, n° 26.

² Civ. 1^{re}, 21 mars 2000, n° 98-11.982, Bull. civ. I, n° 97, D. 2000. Jur. 593, note Atias ; RTD civ. 2000, p. 666, obs. Molfessis ; RTD com. 2000, p. 707, obs. Bouloc ; Civ. 2^e, 8 juill. 2004, Bull. civ. II, n° 361.

³ V. CEDH 18 déc. 2008, *Unedic c. France*, n° 20153/04, AJDA 2009. 872, obs. J.-F. Flauss.

⁴ V. Civ. 1^{re}, 9 oct. 2001, D. 2001, n° 43, Rapport Sargos, note Touvenin ; JCP G 2002, II, 10045, note Cachard ; Civ. 2^e, 3 févr. 2011, n° 09-16364.

⁵ V. Soc., 27 sept. 2006, n° 04-474.84 inédit.

⁶ V. Civ. 3^e, 2 oct. 2002, n° 01-02.073, Bull. Civ. III, n° 200, D. 2003, p. 513, obs. C. Atias : « Face au mythe du « droit de l'homme à la sécurité juridique » est dressée une illusion, une image choisie pour être balayée. C'est celle du droit subjectif qui ne peut avoir pour objet le maintien d'un certain état du droit. Les justiciables ne sont titulaires d'aucun droit à être jugés selon une certaine norme ».

⁷ N. Piazzon, *La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, Lextenso, 2009, n° 173, p. 339. V. déjà sur le sujet : E. Ben Merzouk, *La sécurité juridique en droit positif français*, Th. Paris II, 2003.

⁸ N. Molfessis, *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis au président de la République*, LexisNexis, 2005, p. 23.

§1. Le changement d'interprétation émanant d'un même juge

244. Part politique de l'interprétation. La place du libre arbitre du juge dans l'interprétation s'exprime à travers les changements de position du juge quant au sens à donner à une règle de droit écrite. Dans ce cas, il s'agit toujours d'une évolution de l'interprétation par opportunité mais une opportunité plus générale que celle qui consiste à raisonner dans le cadre d'un cas concret. Le juge peut être amené à remettre en cause une interprétation antérieure que l'usure du temps a rendue inadaptée, dans le but de saisir les situations à venir sous le prisme de cette nouvelle interprétation. L'évolution de l'interprétation exprime alors une « doctrine »¹, c'est-à-dire un positionnement du juge sur la solution à appliquer à tous les litiges posant un même problème de droit. L'interprétation devient « constructive »² en ce sens qu'elle traduit une orientation décidée par un juge au sujet d'une problématique sociétale. Ce dernier exerce alors « un pouvoir normatif assumé »³ qui conduit à modifier l'état du droit positif en dehors de toute intervention du législateur.

Cet aspect de l'interprétation participe de ce qu'un magistrat a appelé « la part politique de l'acte de juger »⁴. Cela revient à admettre que le juge « a vocation à envisager - et donc à rechercher- les effets sociaux que ses décisions pourraient provoquer. Avoir une politique, c'est précisément faire des choix, sélectionner des voies, agir. C'est prétendre à une action sur le corps social et, dès lors, mettre en place les instruments d'une telle ambition »⁵. Le changement d'interprétation que peut impulser le juge participe d'une faculté nécessaire de rajeunissement de la loi (A), une faculté qui est exercée, en raison de leur place dans l'ordonnement juridictionnel, par les juridictions de cassation (B).

¹ R. Libchaber, « Une doctrine de la Cour de cassation ? », RTD Civ. 2000, p. 197. V. aussi : *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, sous l'égide de l'Institut des hautes études sur la justice, Documentation française, 1994.

V. aussi : P. Weil, « Le Conseil d'État statuant au contentieux, politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique », *Annales de la faculté de droit d'Aix*, n° 51, 1959, p. 289.

² J. Aspiro Sedky, « Présentation », in J. Aspiro Sedky, R. Brett, A. Michel et N. Thiébaud (dir.), *Les politiques jurisprudentielles*, Mare et Martin, coll. Presses Universitaires de Sceaux, 2015, p. 12.

³ *Ibid.*

⁴ D. Salas, « La part "politique" de l'acte de juger », *Les cahiers de la justice* 2011/2, p. 113. V. aussi sur ce point : W. van Gerven, *La politique du juge : essai sur la mission du juriste dans la société*, trad. Par M.-F. Rigaud et B. Dejemeppe, Bruxelles, Swinnen, 1983.

⁵ G. Canivet et N. Molfessis, « La politique jurisprudentielle », in Mél. J. Boré, *La création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007, p. 79.

A. La faculté de rajeunissement de la loi

245. La marge de liberté du juge dans l'interprétation donne au juge une faculté de « défaisabilité du droit »¹ lorsque ce dernier paraît dépassé. Le juge peut choisir de modifier son interprétation pour mettre le droit positif en conformité avec ce qu'il estime être les intérêts collectifs, ceux de la société en son entier². Ce faisant, il crée « des lignes de force »³ qui expriment une rébellion assumée : il peut rompre avec le passé d'une interprétation pour se projeter vers l'avenir : l'interprétation est « la forme intellectuelle de la désobéissance »⁴, écrivait le doyen Carbonnier. La liberté du juge de revenir sur une interprétation consacrée suscite de prime abord la réticence en ce qu'elle exprime, pour certains auteurs, une « grande désinvolture »⁵ du juge. Mais une telle vision est caricaturale. Lorsqu'il casse la routine d'une interprétation, le juge ne le fait pas pour assouvir ses besoins personnels. Il le fait au regard de certains besoins sociaux, « qu'il se considère apte à décrypter, même lorsqu'ils ne sont pas explicitement exprimés, et à répondre de manière plus appropriée que ne pourrait le faire le pouvoir politique (...)»⁶. Cette faculté de rajeunissement de la loi dont dispose le juge participe du mouvement nécessaire du droit (1). Si une interprétation « même dite “constante” », n'est jamais assurée de le rester »⁷, les changements d'interprétation ne sont jamais anodins. Il y a une belle théorie, connue de certains pays étrangers, qui illustre l'importance de la liberté du juge d'adapter les règles de droit aux besoins nouveaux. C'est la théorie de l'arbre vivant (2).

1. Le mouvement nécessaire du droit

246. Mouvement du droit. Cette liberté du juge d'influer sur le contenu d'un texte pour l'adapter aux besoins nouveaux n'est pas uniformément perçue. Pour certains auteurs, lorsque le juge interprète un texte pour dépasser sa généralité intrinsèque, il doit assurer son

¹ M. Carpentier, *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, Institut Universitaire Varenne, Collection des thèses, 2014, p. 560 s.

² V. F. Ost, *Dire le droit, faire justice*, 2012, 2^e éd., Bruylant, p. 117.

³ V. P. Waquet, « L'officieux et le “non-dit” », *Droit social*, n° 5, Mai 2009, p. 517 : « Juger au coup par coup est la tentation rémanente de la Cour de cassation. Mais le juge doit résister à ce travers, parmi les sinuosités des situations de fait, il doit dégager des lignes de force et bâtir ce que nous appelons – au grand étonnement de l'Université – une doctrine ».

⁴ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, « Thémis droit privé », 2002, 27^e éd. refondue, n° 158, p. 315.

⁵ A. Seriaux, « Le juge au miroir. L'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel contemporain », in Mél. C. Mouly, t. 1, Litec, 1998, p. 176.

⁶ C. Otero, *Les rébellions du juge administratif. Recherches sur les décisions juridictionnelles subversives*, préf. G. Quintaine, Avant-propos J. Caillosse, Institut Universitaire Varenne, Collection des thèses, 2014, n° 443, p. 305.

⁷ Rép. civ., Dalloz, v° Responsabilité (en général), 2016, par P. le Tourneau, n° 267.

application aux cas concrets sans rien ajouter à la loi. Cette interprétation ne serait donc nullement la manifestation d'un pouvoir créateur du juge ou, plus précisément, cette création ne serait qu'apparente¹. Cette conception de l'interprétation du droit est prêtée à un courant de pensée du XXI^e siècle communément appelé l'*École de l'exégèse*². Cette appellation désigne l'œuvre des commentateurs du Code Napoléon de 1804³. Cette doctrine se distingue des autres par le respect du sens du texte interprété. C'est la volonté du législateur que le juge se doit de découvrir pour déterminer le sens de la règle, même si ce sens n'est qu'implicite. Le droit serait en quelque sorte contenu dans la règle générale et le juge serait simplement chargé de le révéler⁴. Il en résulte une forme de « fétichisme de la loi »⁵, un « culte du texte »⁶, qui doit pousser l'interprète à se montrer fidèle à la volonté du législateur⁷ pour que « les Codes ne laissent rien à l'arbitraire des interprètes »⁸.

Ce courant de pensée a été remis en cause par une autre doctrine, dite « du droit libre », dont est à l'origine François Gén⁹. À une époque où l'autorité de l'École de l'exégèse était forte,

¹ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 2^e éd., 1955, n° 160, p. 385 : « En réalité quand on continue à parler de l'interprétation du droit c'est parce que, plus ou moins confusément, demeure chez certains l'idée que le droit positif n'est pas tout le droit. Il y aurait alors au dessus, ou tout au moins en dehors des lois, un droit dont le juge aurait la possibilité de dégager des règles. Comme ces règles ne nous seraient connues que par la décision du juge chargé de l'appliquer, la jurisprudence apparaîtrait comme une source de droit. Les décisions de justice rendraient visibles aux intéressés ces règles de droit jusqu'alors ignorées et les modifications qu'elles subissent sans cesse.

Une telle conception est inconciliable avec le positivisme juridique. Il n'existe pas d'autre droit positif que celui qui est établi par le Pouvoir sous la forme d'une loi ou d'un acte ayant la valeur de loi. Le pouvoir d'interprétation du juge consiste simplement à dégager nettement le sens du texte et par conséquent à préciser la règle. Donner une règle nouvelle supposerait un pouvoir de création que le juge n'a pas ».

² V. E. Gaudement, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, présentation de C. Jamin et P. Jestaz, La Mémoire du droit, coll. du deuxième centenaire du Code civil, 2002 ; J. Bonnet, *L'École de l'exégèse*, Paris, 1924.

³ J.-L. Halperin, v° Exégèse (École), in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Lamy, coll. Quadrige Dicos Poche, 2003, p. 681.

⁴ Pour une analyse critique de l'exégèse, v. : L. Husson, « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », in *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, 1974, p. 177.

⁵ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, (1951), préf. D. Deroussin, Dalloz, 2^e éd. 2005, n° 9, p. 79.

V. aussi, utilisant l'expression : C. Albige, *Introduction au droit*, Larcier, coll. « Paradigme », 2^e éd., 2015, n° 48, p. 45.

⁶ F. Grua et N. Cayrol, *Méthode des études de droit*, Dalloz, coll. « Méthode du droit », 2017, p. 13. Les auteurs s'interrogent sur le terme « Exégèse », lequel leur paraît mal choisi car il vise l'idée d'une interprétation littérale alors qu'elle l'Exégèse ne s'en tient pas uniquement à ce dernier.

⁷ V. P. Remy, « Éloge de l'exégèse », *Droits*, n° 1, p. 115.

⁸ F. Laurent, *Cours élémentaire du droit civil*, t. 1, Paris, Maresq, 1878, p. 9.

⁹ Sur le cheminement de Gén⁹ dans l'élaboration de ce courant de pensée : C. Jamin, « François Gén⁹, d'un siècle à l'autre », in J. Vanderlinden et Ph. Jestaz (dir.), *François Gén⁹, mythe et réalités 1899-1999. Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Dalloz, Bruylant et éd. Y. Blain, Montréal Paris, 2000, Montréal Paris, 2000, p. 3.

L'auteur évoque le parcours de l'auteur et les liens qui l'unissait à Saleilles, de quelques années son aîné. Sur ces liens, v. aussi : C. Jamin, F. Audren et S. Bloquet, *Lettres de François Gén⁹ à Raymond Saleilles. Une trajectoire intellectuelle 1892-1912*, LGDJ, 2015. À travers les lettres retranscrites dans cet ouvrage, la trajectoire de Gén⁹ se dévoile. On constate qu'il a progressivement quitté le terrain du droit civil pour rejoindre

Gény a fait vaciller les colonnes du temple. Il a contesté l'approche exégétique de l'interprétation en critiquant le postulat sur laquelle elle reposait¹. Dans *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*², un ouvrage devenu un « mythe »³, Gény a exposé une vision différente de l'interprétation⁴. « Dans cet ouvrage célèbre se trouvait, pour la première fois, conduite une attaque contre la doctrine, jusque-là couramment enseignée, d'après laquelle la loi était l'unique source de droit »⁵. Pour Gény, l'idée d'une interprétation qui consiste uniquement à découvrir le sens du texte repose sur l'idée d'une complétude de la loi. Elle « se dupe manifestement elle-même »⁶ lorsqu'elle prétend contempler la loi. L'interprétation donne lieu à une adaptation créatrice du juge qui ne se satisfait plus du « droit statique »⁷ mais se porte « au devant du droit vivant »⁸. Pour ce faire, il doit se référer à la volonté du législateur mais pas seulement. Il peut établir son interprétation librement, en fonction des besoins sociaux, économiques ou moraux. Mais il ne s'agissait pas, pour Gény, de sombrer dans le subjectivisme. L'interprétation induit une liberté qui n'est pas sans borne. Elle comporte des lisières nécessaires⁹. La recherche de l'interprétation est libre mais elle est aussi scientifique en ce qu'elle ne saurait se dérober à la raison, à la méthode¹⁰. En outre, tout au long de son ouvrage *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Gény accorde à la loi une place centrale dans la réalisation du droit par le juge car elle est pour lui,

celui de la méthode, notamment dans le travail du juge. Il apparaît surtout que Saleilles n'a pas été étranger à cette trajectoire. Cependant, les deux auteurs ont des points de divergence, leurs philosophies respectives ne peuvent se confondre : v. sur ces divergences E. Gaudement, « L'œuvre de Saleilles et l'œuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit », in Mél. F. Gény, t. 2, Paris, Sirey, p. 5, spéc. p. 11.

¹ V. sur le lien avec les juristes allemands et notamment Kantorowicz : P. Roubier, *Théorie générale du droit*, (1951), préf. D. Deroussin, Dalloz, 2^e éd., 2005, n° 9, P. 76.

Le doyen Roubier explique que les auteurs allemands ont porté cette *École du droit libre* au delà de l'œuvre de Gény qui s'est attaché à remettre en cause le « fétichisme » de la loi.

² F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préf. R. Saleilles, Paris, LGDJ, 2^e éd, 1919. V. sur Gény et son œuvre : B. Frydman, « Le projet scientifique de François Gény », in J. Vanderlinden et Ph. Jestaz (dir.), *François Gény, mythe et réalités 1899-1999. Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, op. cit. V. aussi : O. Cachard, F.-X. Licari et F. Lormant, *La pensée de François Gény*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013.

³ « Ce n'est plus un livre, c'est un mythe ! » : P. Jestaz, « Une image française de la loi et du juge », in C. Thomasset, J. Vanderlinden, P. Jestaz (dir.), *François Gény, mythe et réalités 1899-1999. Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, op. cit., p. 37-38. L'auteur ajoute : « ce qui veut dire qu'on le cite sans l'avoir lu (...) ».

⁴ V. toutefois, démontrant la proximité de l'exégèse et de la libre recherche scientifique : C. Jamin, « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e et XX^e siècle », RTD Civ. 1994, p. 815.

⁵ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, (1951), préf. D. Deroussin, Dalloz, 2^e éd., 2005, n° 9, p.75.

⁶ F. Gény, « Avertissement pour la seconde édition », op. cit., p. XI.

⁷ P. Roubier, *Théorie générale*, op. cit., n° 9, p. 83.

⁸ *Ibid.*

⁹ Sur les lisières de l'interprétation : F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préf. R. Saleilles, LGDJ, 2^e éd., 1919, t. 1, n° 87, p. 221-222.

¹⁰ V. en particulier l'ouvrage *Science et technique en droit privé positif* que Gény a écrit à la suite de *Méthode d'interprétation en droit privé positif*. Science et technique est une œuvre monumentale, publiée en quatre tomes de 1914 à 1924.

une norme stable qui garantit la sécurité juridique. Comme le relève un auteur, François Gén y aime la loi et la respecte¹. Il ne considère pas qu'elle doit s'effacer derrière le juge mais qu'elle doit guider son intervention². Toute élaboration juridique « est dominée par des opérations intellectuelles et par une méthodologie basées sur les principes de la logique commune, avec un certain assouplissement commandé par la nature propre de l'objet à pénétrer : les règles juridiques »³. Il résuma l'équilibre trouvé par une formule devenue célèbre : « par le Code civil, mais au-delà du Code civil ! »⁴.

La formule contient toute la substance de la pensée de Gén y sur l'interprétation de la loi. L'auteur pense qu'il faut s'en tenir à une application littérale de la loi lorsqu'elle répond aux besoins concrets mais il considère que l'interprète doit s'en libérer totalement lorsqu'elle ne le permet plus. Elle s'explique « non pas la volonté étroite de s'en tenir à la loi, mais au contraire par celle de laisser à l'interprète un vaste champ vierge qui lui permette de recourir à une libre recherche scientifique où la loi n'entrave pas plus son activité qu'elle ne l'appuie de son autorité »⁵. Pour Gén y, cette libération du juge est nécessaire chaque fois que la loi ne remplit plus son office. « En la supposant parfaite et complète, la loi ne peut à elle seule, porter directement toutes les injonctions, de nature à satisfaire les besoins tout concrets de la vie juridique. Entre ces besoins si complexes, si variés, si fuyants, et la formule rigide du texte légal, il faut un intermédiaire, qui puisse et sache adapter cette formule aux situations et

¹ P. Jestaz, « François Gén y : une image française de la loi et du juge », in *François Gén y, mythes et réalités 1899-1999*, Blais-Dalloz-Bruylant, 2000, p. 40.

V. aussi sur ce point : M. Martin, « La conception du droit par Gén y arrê tiste », in O. Cachard, F.-X. Licari et F. Lormant, *La pensée de François Gén y*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, p. 113.

² Cette conception se retrouve d'une certaine façon chez Saleilles qui a insisté sur l'importance de concilier le besoin d'un droit certain et celui d'une individualisation au cas concret. V. sur ce point : D. Derousin, « Saleilles : le droit, la méthode et la postérité », in *Raymond Saleilles et au-delà*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013, p. 171.

³ F. Gén y, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1924, t. IV, n° 302.

⁴ F. Gén y, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préf. Saleilles, LGDJ, 1919, t. 2, n° 185, p. 230. Raymond Saleilles avec qui Gén y a noué des liens très étroits a tempéré cette affirmation dans la préface qu'il a consacré à *Méthode d'interprétation* : « je serais de ceux peut-être qui en eussent volontiers retourné les termes : « Au-delà du Code civil mais par le Code civil ! ». Saleilles croit lui-aussi que l'interprète dispose d'une grande liberté par rapport au texte interprété. Mais il est plus mesuré que Gén y. Pour Saleilles, l'interprétation doit être correspondre aux besoins sociaux qu'il croit décelés auxquels ne répond pas la loi. Il croit cependant plus sûr de ne pas s'en détacher. Il finit la préface en concédant que ce à quoi ils tenaient le plus était à « l'Au-delà »... : « il serait difficile désormais que cet "Au-delà" ne devienne pas le mot d'ordre des juristes ».

Pour une étude de l'œuvre de Saleilles et celle de Gén y, v. : E. Gaudemet, « L'œuvre de Saleilles et l'œuvre de Gén y en méthodologie juridique et en philosophie du droit », in Mél. F. Gén y, Sirey, 1934, t. 2, pp. 1 s.

⁵ C. Jamin, « François Gén y, d'un siècle à l'autre », in J. Vanderlinden et P. Jestaz (dir.), *François Gén y, mythe et réalités 1899-1999. Centenaire de Mé thode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Dalloz, Bruylant et éd. Y. Blain, Montréal-Paris, 2000, p. 10.

circonstances, pour lesquelles elle est écrite. Cet intermédiaire, c'est précisément l'interprète du droit, et particulièrement dans les litiges concrets, le juge »¹.

Ces réflexions de Gény démontrent que le juge doit assumer pleinement le pouvoir créateur qu'il tient de sa faculté d'interprétation. Le respect du sens premier du texte, de la volonté du législateur, ne vaut que jusqu'à un certain point. Jusqu'au moment où, au regard des besoins concrets de la vie sociale, le texte ne permet pas de répondre aux attentes. Intervient alors le juge qui adaptera son interprétation pour faire ce que la loi ne peut pas faire. Mettant la loi en conformité avec ces besoins, le juge procède à une « seconde création »² : il lui donne une jeunesse nouvelle.

247. Corrections des carences de la loi. Ce rôle du juge dans l'interprétation des règles écrites engendre des commentaires tranchés visant à contester la création du droit par un organe qui ne dispose pas de la légitimité démocratique de certains de ses confrères étrangers³. Pour autant, cette marge de liberté du juge est indispensable car elle comble les lacunes de la loi. D'une part, elle insuffle dans le droit une dose de souplesse nécessaire. La marge d'interprétation du juge permet l'adaptabilité du droit aux besoins que la loi n'est pas en mesure d'anticiper. D'autre part, elle permet de se préserver d'une vision absolutiste de la loi induisant l'idée que la production normative est un monopole du législateur. Si, dans la tradition juridique française, la loi est érigée au rang de dogme en ce qu'elle émane de la représentation nationale, elle ne doit pas susciter une confiance aveugle. Ne constitue-t-elle pas seulement l'expression d'une majorité politique dont tout est fait pour quelle change en fonction de la couleur politique du chef de l'État ? Comme le dit - de façon un peu plus provocante - un auteur, « tandis que le Parlement amuse la galerie avec des réformes spectaculaires, la jurisprudence – anonymement – reprend de l'autre main. Tandis que le Parlement vote des lois de circonstances qui ne sont rien de plus que des décisions de politique conjoncturelle, la jurisprudence assure la continuité du droit, elle exprime un certain équilibre social, un équilibre en profondeur qui résiste à l'alternance politique »⁴. Il y a, entre le juge et le législateur un jeu de concurrence qui favorise le mouvement permanent du droit

¹ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préf. Saleilles, LGDJ, 1919, n° 84, p. 212.

² P. Roubier, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 9, p. 75.

³ V. O. Dupeyroux, « La jurisprudence, source abusive du droit », in Mél. J. Maury, Paris, Dalloz Sirey, 1960, tome II, p. 349. V. aussi : F. Terré, « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », APD 2007, t. 50, La création du droit par le juge, p. 305.

V. aussi, plus spécifiquement, regrettant le flou autour de l'interprétation judiciaire : A. Rieg, « Rapport français, droit civil et commercial », in *L'interprétation par le juge des règles écrites*, Trav. Ass. Capitant, Tome XXIX, 1978, p. 70.

⁴ P. Jestaz, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », D. 1989, chron. p. 153.

et son adaptation constante aux besoins sociaux. Le juge doit donc se saisir pleinement de ce rôle, quitte à s'émanciper du sens du texte pour en retenir un autre qui lui semble plus adapté. C'est ce qu'indiquait le Premier président Ballot-Beaupré dans un discours resté célèbre. Lorsqu'un texte ne paraît plus satisfaire aux besoins concrets, « il ne doit pas s'attarder à rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code en rédigeant tel ou tel article ; il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux ; il doit se dire qu'en présence de tous les changements qui, depuis un siècle, se sont opérés dans les idées, dans les mœurs, dans les institutions, dans l'état économique et sociale de la France, la justice et la raison commandent d'adapter librement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne »¹. Ces mots puissants démontrent que, malgré le risque de dérive qu'elle couve², la liberté d'interprétation du juge un rôle fondamental dans l'adaptation du droit.

Ils démontrent aussi ce qu'a mis en exergue Bourdieu lorsqu'il énonce que le champ juridique est « le lieu d'une concurrence pour le monopole du droit de dire le droit, c'est-à-dire la bonne distribution (*nomos*) ou le bon ordre, dans laquelle s'affrontent des agents investis d'une compétence inséparablement sociale et technique consistant pour l'essentiel dans la capacité socialement reconnue d'interpréter (de manière plus ou moins libre ou autorisée) un corpus de textes consacrant la vision légitime, droite, du monde social »³. Il arrive que le juge contredise ouvertement le législateur pour assumer pleinement son rôle créateur. Il imagine une interprétation nouvelle qui donne au texte un contenu novateur. Cette liberté du juge de faire évoluer son interprétation peut être perçue, selon la formule d'un auteur, comme « un pouvoir de rajeunissement »⁴ de la loi « qui la fait vivre suivant les exigences du temps présent, concourant ainsi à sa souplesse et à son adaptation à l'évolution sociale »⁵. Le juge use de son libre arbitre dans l'interprétation du droit pour opérer ce que Bourdieu nommait l'« historicisation de la norme » consistant à adapter le droit aux circonstances nouvelles,

¹ Discours de M. Ballot-Beaupré, Premier président de la Cour de cassation, in *Le centenaire du Code civil, 1804-1904*, Paris, Société de législation comparée, 1904, p. 26-27.

² Ce risque fut souligné par M. Ballot-Beaupré lui-même qui observa, dans ce même discours, la possibilité que l'interprète se laisse « entraîner dans des raisonnements artificiels et arbitraires ». V. M. Ballot-Beaupré, *ibid.*, p. 28.

³ P. Bourdieu, « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », Actes de la recherche en sciences sociales, n° 64, Paris, 1986.

⁴ J.-L. Bergel, « La loi du juge : dialogue ou duel ? », in Mél. Kayser, PUAM, 1979, t. 1, p. 21.

⁵ M. Deguergue, « Jurisprudence », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, p. 883.

« en y découvrant des possibilités inédites, en laissant de côté ce qui est dépassé ou périmé »¹. Les prétoires deviennent ainsi « comme les antichambres d'une législation assoupie »² permettant la mise en conformité du droit « aux exigences de l'actualité »³. Conçu comme un simple diseur de droit, le juge s'érige en réformateur. Il use de son libre arbitre « pour ajouter au passé en dépassant les solutions acquises »⁴ en faisant le constat de leur insuffisance ou de leur désuétude. Ce faisant, il s'élève « au rang d'acteur fondamental du processus d'adaptation du droit à la réalité »⁵ en procédant à une mise à jour de la loi, un *aggiornamento* permanent qui participe de la vitalité nécessaire du droit.

C'est cette idée d'une évolution nécessaire dans l'interprétation de la loi qu'exprime la théorie de l'arbre vivant consacrée dans certains pays étrangers.

2. La théorie de l'arbre vivant

248. Le droit comme « arbitre vivant ». La théorie de l'arbre vivant⁶ est une illustration du poids du libre arbitre du juge dans l'évolution du droit par l'interprétation. Cette théorie existe dans plusieurs pays ; en Italie ou encore au Canada⁷. Il s'agit d'une théorie d'interprétation constitutionnelle qui affirme que la Constitution est organique et doit être interprétée de façon large et libérale afin de l'adapter à l'évolution de la société. Cette théorie introduit l'idée que l'interprétation dynamique et progressiste peut varier en fonction du contexte social dans lequel s'inscrit le litige, le but étant de s'assurer que la norme reflète les changements sociaux et s'adapte aux mœurs nouvelles. L'interprétation n'est pas figée dans le passé ; elle se projette vers l'avenir. Cette métaphore de l'arbre vivant, qui illustre le caractère évolutif de la Constitution, trouve son origine dans l'affaire *Edwards c. Attorney-General for Canada*, qui visait à déterminer si les femmes pouvaient être qualifiées des « personnes ». Il s'agissait plus précisément d'interpréter une disposition constitutionnelle pour savoir si les femmes

¹ P. Bourdieu, « La force du droit. Élément pour une sociologie du juridique », Actes de la recherche en sciences sociales, 1986, vol. 64, n° 1, p. 8.

² F. Ost, *Raconter la loi, Aux sources de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, 2004, p. 19.

³ H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, (1948), préf. R. Saleilles, réed. présentée par M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2002, n° 61, p. 61.

⁴ G. Canivet et N. Molfessis, « L'imagination du juge », in Mél. J. Buffet, Paris, Petites affiches, 2004, p. 131-147.

⁵ R. Colson, *La fonction de juger. Étude historique et positive*, op. cit., n° 336, p. 147.

⁶ V. G. Zagrebelsky, « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », Constitutions 2010 p. 9 ; N. Maziau, « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité », D. 2011, p. 529 ; G. de Vergottini, « *Controllo incidentale* et Constitution vivante », Constitutions 2014 p. 429.

⁷ V. : G. Migneault, « L'administration de la justice et la structure judiciaire canadienne » :

https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_37/37-1-migneault.pdf

pouvaient être nommées au Sénat. En 1928, le Ministre de la Justice canadien décida de soumettre à la Cour suprême du Canada la question suivante : « la notion “personne” dans l'article 24 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique » de 1867, comprend-elle les femmes ? »

Les cinq juges - tous des hommes - déclarèrent unanimement que les femmes ne pouvaient être incluses dans cette catégorie. Ils ont pour cela estimé que l'interprétation de cette disposition devait recevoir le même sens que celui qui fut retenu lors de son adoption en 1867¹. Un appel de la décision fut interjeté devant le *Judicial Committee of the Privy Council*, le Conseil privé. Considérant que le mot « personne » était ambigu, les juges avaient considéré qu'il valait mieux procéder à une interprétation large du texte au regard du contexte social actuel et non pas du contexte dans lequel il fut adopté². La décision retranscrit la position de Lord Stankey, le lord chancelier, qui déclara : « le mot personne tel qu'il est mentionné doit inclure les membres des deux sexes, et à ceux qui nous demandent pourquoi il faudrait inclure les femmes dans cette notion, nous répondons : pourquoi pas? »³. C'est ainsi que les femmes eurent le droit de se présenter aux élections et d'être élues au Sénat⁴.

249. Mariage entre personnes du même sexe. La théorie de l'arbre vivant est l'expression de la faculté de juge de choisir de faire évoluer une interprétation pour la mettre en conformité avec les besoins nouveaux de la société. Elle traduit le rôle prépondérant du libre arbitre du juge dans l'interprétation lorsque sont en jeu des débats sociétaux qui dépassent le strict cadre d'un litige particulier. Par exemple, c'est en recourant à cette conception évolutive de l'interprétation que la Cour suprême du Canada a pu reconnaître la possibilité du mariage entre personnes du même sexe⁵. Elle a considéré que « le raisonnement fondé sur l'existence de “concepts figés” va à l'encontre de l'un des principes les plus fondamentaux d'interprétation de la Constitution canadienne : notre Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne.

¹ Cour suprême du Canada, *Edwards c. Attorney General for Canada*, (1928), SCR, 276.

² « The exclusion of women from all public offices is a relic of days more barbarous than ours, but it must be remembered that the necessity of the times often forced on man customs which in later years were not necessary ». Cela signifie : « Les dispositions qui empêchent les femmes d'être titulaires de charges publiques sont des vestiges d'une époque plus barbare que la nôtre, mais il ne faut pas oublier que les coutumes qui s'imposent à une certaine époque ne se sont plus nécessaires après quelques années ».

³ « The word "person" as above mentioned may include members of both sexes, and to those who ask why the word should include females, the obvious answer is why should it no ».

⁴ *Judicial Committee of the Privy Council, Edwards v. AG of Canada*, (1930), A.C. 124.

⁵ Sur la question, v. : H. Alcaraz, « Le mariage entre personnes de même sexe dans la jurisprudence constitutionnelle étrangère », RFDA 2013, p. 986.

Interprété de façon libérale, le mot « mariage » (...) n'exclut pas le mariage entre personnes du même sexe »¹.

250. En France, la théorie de l'arbre vivant n'est pas consacrée en tant que telle. Pour autant, l'interprétation évolutive des textes n'en est pas moins réelle. La Cour européenne valide elle-même le procédé en admettant que le droit est un instrument vivant qui doit être interprété « à la lumière des conditions de vie actuelles »². Si cette liberté d'adaptation du droit appartient à chaque juge, ce sont les juridictions de cassation qui, en raison de leur place dans l'ordonnement juridictionnel, sont amenées à procéder à cette adaptation de l'interprétation aux évolutions socio-économiques. Sur ce point, le moins que l'on puisse dire, c'est que les juridictions de cassation assument pleinement leur rôle.

B. Le rôle des juridictions de cassation

251. Juridictions de cassation. La place des juridictions dans l'ordonnement juridictionnel leur confère une autorité particulière. Placées au sommet de cet ordre, elles ont une nature herméneutique, c'est-à-dire qu'elles disposent du pouvoir d'interprétation de la loi³. Elles sont en mesure d'imposer leurs interprétations aux juges du fond qui s'efforceront de se conformer aux positions développées par les hautes juridictions pour ne pas encourir la censure⁴. L'autorité qui est ainsi conférée aux juridictions de cassation tient de ce point de vue au fait que leurs interprétations ne peuvent être remises en cause par un organe d'interprétation qui serait placé au-dessus. Pour Kelsen, cette place dans l'ordonnement juridique est décisive car c'est le dernier interprète, celui dont l'interprétation ne peut être remise en cause, qui est l'interprète *authentique* en ce sens qu'il « crée du droit »⁵. C'est ce

¹ Cour suprême du Canada, 9 déc. 2004, Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, réf. 2004 CSC 79.

V. plus généralement : P.-A. Côté, « Le souci de justice dans l'interprétation de la loi au Canada », in Mél. J.-L. Bergel, Bruylant, 2013, pp. 91 s.

² CEDH, 25 avril 1978, *Tyer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72.

³ V. sur cette nature : F. Zémati, « La nature de la Cour de cassation », BICC n° 575 du 15 avril 2003.

⁴ Les juridictions du fond ont même parfois l'obligation légale de se conformer à la position de la Cour de cassation. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un renvoi après cassation est ordonné par l'assemblée plénière. L'article L. 431-4 du Code de l'organisation judiciaire dispose que la juridiction de renvoi « doit se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci ».

⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, LGDJ, Bruylant, coll. La pensée juridique, 1999., p. 340. Pour Kelsen, c'est le cas non seulement lorsque l'interprétation est dotée d'un caractère général et qu'elle a vocation à être appliquée à d'autres litiges, mais aussi lorsque l'interprétation est propre à un cas concret.

qui explique que ces juridictions sont les mieux placées pour proclamer « le sens exact de la règle »¹ que l'ensemble des juges inférieurs devront mettre en œuvre.

252. Arrêt « de principe ». Cette proclamation aura parfois pour vocation d'instaurer une nouvelle règle de façon pérenne. L'interprétation des textes fixée par les juridictions de cassation, placées au sommet de l'ordonnancement juridictionnel, leur permet de rendre des arrêts dits « de principe » que les juges du fond devront respecter, sous peine de voir leurs décisions censurées. Ces derniers doivent être distingués des arrêts « de règlement »², une pratique de l'Ancien droit que prohibe expressément l'article 5 du Code civil. Les arrêts de règlement sont des décisions émises en dehors d'un litige³ qui ont vocation à servir de fondement à des décisions ultérieures. « La juridiction joue le rôle de législateur, exactement comme le fait l'organe investi par la Constitution du pouvoir de légiférer, ce qui conduit à une décentralisation de la fonction législative »⁴. La prohibition des arrêts de règlement n'empêche pas le juge d'émettre des arrêts de principe qui sont quant à eux des décisions rendues dans le cadre d'un litige particulier mais qui ont aussi pour but de fixer une interprétation⁵. « En d'autres termes, ce que l'article 5 interdit au juge – même au juge de cassation – c'est de créer des normes prétoriennes, et ce en dehors de tout litige. Cela n'exclut pas la création de normes prétoriennes dans le cadre de l'activité juridictionnelle »⁶. Ces arrêts de principe sont un moyen, pour les juridictions de cassation, de procéder à des changements d'interprétation dans le but d'arrêter le sens nouveau à donner à un texte particulier⁷. Le changement en question est une rupture⁸ car il consiste à prendre en compte une nouvelle photographie du contexte sociétal dans lequel le litige intervient. C'est pour cela que le terme

¹ J.-L. Aubert, « De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation », in Mél. P. Draï, Dalloz, 2000, p. 7.

² V. B. Beignier, « Les arrêts de règlements », *Droits*, n° 9, 1989, p. 45 ; H. Sinay, « La résurgence des arrêts de règlement », *D.* 1958. chron., p. 85 ; A. Audinet, « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? », in Mél. Brèthe de La Gressaye, 1967, Éditions Bière, p. 99 ; O. Tournafond, « Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement », in Mél. P. Jestaz, 2006, p. 547.

³ Sur l'importance de ce critère, v. : F. Terré, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., 2015, Dalloz, coll. « Précis », n° 335, p. 288.

⁴ Rép. civ., Dalloz, v° Jurisprudence, 2016, par L. Bach, n° 161.

⁵ Sur la différence subtile entre arrêt de règlement et arrêt de principe, v. : R. Perrot, « Prohibition des arrêts de règlement », *RTD civ.* 2010, p. 375, obs. ss. Civ. 2^e, 4 févr. 2010, n° 09-10.745.

⁶ F. Terré, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., 2015, Dalloz, coll. « Précis », n° 335, p. 288.

⁷ V. pour la cour de cassation en particulier : B. Oppetit, « Le rôle créateur de la Cour de cassation » in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 65.

⁸ V. sur ce point, P. Deumier, « Identification d'un revirement de jurisprudence : de l'évolution presque prévisible au vrai faux revirement », *RTD civ.* 2009, p. 493.

« revirement »¹ d'interprétation est souvent utilisé pour désigner ce type d'évolution. Étymologiquement, ce terme vient de « virer », lui-même dérivé du latin *virare* qui signifie « tourner ». Concept à l'origine maritime², le mot désigne un changement de conduite qui consiste à suivre une direction différente de celle qui était jusqu'alors suivie. Pour caractériser un tel revirement, il faut pouvoir constater plus qu'un simple décalage entre ces deux positions. Il faut observer une modification « dans la tendance habituelle d'une juridiction à juger dans le même sens »³ et constater un mouvement, celui de l'adoption d'une solution contraire à celle que le juge avait l'habitude de prendre. Le revirement est un « renversement de tendance dans la manière de juger »⁴. Il consiste à prendre un nouveau cap.

253. Droit public. En droit public, nombreux sont les exemples de revirements justifiés par une évolution de la société, sans doute en raison de la place particulière qu'occupe le Conseil d'État dans l'élaboration du droit⁵. Par exemple, ce dernier a pu interpréter de façon évolutive un texte de droit fiscal qui lui parut inadapté à la réalité sociale. Alors que la loi fiscale prévoyait une quote-part de 0,5 pour les enfants à charge, le Conseil d'État a considéré que cette quote-part devait être fixée à 0,25 pour tenir compte « de l'évolution des dispositions du Code civil relatives au divorce et à l'autorité parentale » et notamment à la possibilité d'une résidence alternée de l'enfant⁶. En droit privé, ces adaptations de l'interprétation se sont particulièrement exprimées à des périodes au cours desquelles des bouleversements économiques et sociaux se sont réalisés. C'est le cas du XIX^e siècle, qui a été présenté par certains auteurs comme « le siècle d'or, l'ère de la jurisprudence créatrice »⁷. C'est à cette période que la Cour de cassation a notamment pu élaborer des constructions jurisprudentielles

¹ V. en matière pénale : J.-C. Saint-Pau, « Le revirement d'interprétation », in *Histoires et méthodes d'interprétation en droit criminel*, XXI^e Congrès de l'Association française de droit pénal, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2015, p. 175.

² V. Pour le parallèle marin : J. Monéger, « La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : libre propos et images marines », RTD. Civ. 2005, p. 323-328.

³ J.-F. Casile, « Retour sur les conditions d'existence du revirement de jurisprudence en droit privé », R.R.J. 2004-2, p. 639. V. aussi adoptant le même point de vue : G. Dufour, *Sécurité juridique et règles de droit – illustration en droit des contrats*, Th. Lille 2, 2005, n° 260, p. 314.

⁴ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11^e éd., 2016, V. « Jurisprudence » (revirement de), p. 592.

⁵ V. sur ce point : M. Deguegue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 171, 1994.

⁶ CE, 25, avis, 14 juin 2002, *Mme Mouthé*, Dr. fiscal 2002, comm. 702, concl. Bachelier. Le Conseil a statué « eu égard à l'évolution des dispositions du Code civil relatives au divorce et à l'autorité parentale et notamment aux circonstances que, depuis la loi du 22 juillet 1987, l'autorité parentale peut être exercée en commun par les deux parents et que, depuis la loi du 4 mars 2002, ces dispositions ne font plus référence à la notion de garde juridique des enfants nés de parents séparés, divorcés ou en instance de séparation ou de divorce ».

⁷ G. Cornu, *Droit civil. Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé, 2007, p. n° 442, p. 231.

dans le but « d'adapter la législation à l'évolution de la société et des mœurs »¹. Mais la faculté du juge de cassation d'opérer un changement d'interprétation a perduré bien au-delà. Elle souligne l'importance du rôle normatif qui est le sien pour la prise en compte de ce qu'un auteur appelait « les faits de société », c'est-à-dire non « les faits caractéristiques des relations des parties qui s'affrontent, mais un ensemble de données - morales, sociales, politiques ou économiques - qui se trouvent engagées par le procès et sa solution »². C'est l'expression d'une mission à part entière : « la prise en considération de ces faits de société participe de l'office du juge de cassation »³.

254. Droit privé : l'exemple de l'indétermination du prix. Un exemple démontre que les juridictions de cassation opèrent ces changements pour prendre en compte les besoins qu'ils identifient. Il s'agit d'un arrêt rendu en matière contractuelle pour lequel l'avocat général avait lui-même expliqué qu'il était nécessaire de se libérer de l'interprétation antérieurement retenue d'un texte. La décision porte sur l'exigence de détermination du prix qui est inscrite à l'ancien article 1108 du Code civil. Ce texte mentionnait, parmi les conditions essentielles à la validité des conventions, la nécessité que le contrat comporte « un objet certain qui forme la matière de l'engagement ». L'ancien article 1129 du même Code (art. 1163 nouv.) exigeait que l'obligation « ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce ». De ces textes découlait une condition très claire, la nécessité que le contrat comporte un objet déterminé. Le but est d'éviter que l'une des parties ne soit pas soumise à l'emprise de l'autre qui pourrait seule déterminer l'objet des obligations souscrites. La Cour de cassation imposait classiquement le respect de ce critère de validité, que le contrat porte sur un corps certain ou une chose de genre. Pendant longtemps, la Cour régulatrice a appliqué cette exigence de façon très générale, y compris lorsque l'objet de l'obligation de l'une des parties consistait à verser une somme d'argent, c'est-à-dire à payer un prix. Elle se montrait même assez stricte notamment dans les contrats de longue durée. Il a été jugé, au visa de l'ancien article 1129 du Code civil (art. 1163 nouv.), que ne satisfait pas aux exigences légales la clause prévoyant que le prix sera celui « habituellement pratiqué »⁴, ou sera fixé par référence « aux prix

¹ R. Colson, *La fonction de juger, étude historique et positive*, préf. L. Cadiet, Les presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2006, n° 343, p. 150. V. aussi, J.-L. Halperin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996, p. 179.

² J.-L. Aubert, « Le fait et la Cour de cassation », in Mél. P. Simler, Dalloz-Litec, 2007, p. 844.

³ C. Charruault, « Propos sur la parole de la Cour de cassation », conférence prononcée à l'occasion du Cycle droit et technique de cassation, *Du moyen à l'arrêt : la technique de cassation au service du droit*, le lundi 15 mars 2010. Disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

⁴ Com., 11 oct. 1978, 2 arrêts, D. 1979.135, note R. Houin, JCP G 1979, II, 19034, note Y. Loussouarn.

habituellement pratiqués »¹. En l'absence d'une détermination suffisante, la Cour de cassation concluait à la nullité du contrat², voire à l'« inexistence » de la convention³. Le prix devait donc, conformément à la lettre de l'ancien article 1129 du Code civil (art. 1163 nouv.), être fixé au moment de la conclusion du contrat.

L'interprétation de ce texte a cependant évolué au sujet des contrats-cadres de distribution. La Cour de cassation a affirmé, en Assemblée plénière, que l'ancien article 1129 du Code civil (art. 1163 nouv.) n'était pas applicable à la détermination du prix. Lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, « l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation »⁴. Cette nouvelle interprétation a ensuite été appliquée par les différentes formations de la Cour. La première chambre civile a admis que n'encourt pas la nullité pour indétermination du prix, le contrat de vente faisant référence au « prix en vigueur le jour de la livraison » tel qu'il sera établi par le constructeur et répercuté par l'importateur au concessionnaire⁵. Depuis ces arrêts, l'ancien article 1129 du Code civil (art. 1163 nouv.) concerne toutes les choses de genre, à l'exception des sommes d'argent. La Cour de cassation considère aujourd'hui que le texte n'impose pas qu'il soit déterminé ni déterminable, à peine de nullité de l'obligation alors même que cet ancien article 1129 (art. 1163 nouv.) a servi de fondement à la plupart des décisions d'annulation. Le changement est fondamental car, depuis lors, la fixation d'un prix peut être abandonnée par le contrat à l'une des parties, sans en affecter la validité, sauf si une disposition légale oblige expressément les parties à fixer le montant du prix au moment de la conclusion du contrat⁶.

L'originalité de ce changement d'interprétation provient du fait que cette évolution est venue consacrer la volonté de la Cour de cassation d'adapter l'interprétation de l'ancien article 1129 du Code civil (art. 1163 nouv.) aux évolutions dans les rapports économiques, quitte à méconnaître sciemment la lettre du texte. « Dans un marché plus mouvant, plus diversifié, la faiblesse n'est plus nécessairement du côté de la distribution, loin de là. Quant au droit des

¹ Com., 22 juill. 1986, Bull. civ. IV, n° 190 ; Civ. 1^{re}, 28 juin 1988, *ibid.* I, n° 212.

² Paris, 5 juill. 1990, D. 1990, I. R. 220.

³ Com., 30 nov. 1983, Gaz. Pal. 1984.2.675, note J. Calvo.

⁴ Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, 4 arrêts, D. 1996. 13, concl. Jéol ; D. 1996. 13, note Aynès ; JCP G 1996, II, 22565, note J. Ghestin.

⁵ Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, JCP G 1997, n° 51, Actualités.

⁶ C'est le cas en matière de vente par ex. : v. C. civ., art. 1591 : « le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ».

affaires, qu'il soit national ou communautaire, il a envahi contrats et prétoires, provoquant un certain reflux du droit civil et une remise en cause de ses principes. Bref les choses ont beaucoup changé... »¹ avait concédé l'avocat général dans ses conclusions. L'interprétation littérale de l'article en question ne pouvait survivre à de tels changements. Il était nécessaire de faire évoluer le sens du texte pourtant très clair car son application inquiétait les praticiens, dans la mesure où elle fournissait, à une partie au contrat, le moyen technique de faire annuler un contrat afin de se tourner vers la concurrence et renégocier le prix d'achat des produits concernés. La Cour de cassation a décidé de développer une lecture plus efficiente du texte au regard de la pratique économique². Ce qui est remarquable dans « cette nouvelle orientation jurisprudentielle »³, c'est que les juges avaient parfaitement conscience de l'incompatibilité de cette interprétation à la lettre de l'ancien article 1129 (art. 1163 nouv.). Ils l'ont même clairement assumé en reconnaissant la nécessité de « tordre le cou, définitivement, de l'article 1129 ! »⁴. L'avocat général eut une phrase qui résuma parfaitement la place du libre arbitre du juge dans l'interprétation du droit : « l'un des paradoxes de notre Cour, c'est d'être au service de la loi – l'allégorie de Baudry⁵, au-dessus de nos têtes, nous le rappelle en permanence – et à ne pas hésiter, devant un besoin social impérieux, à l'appliquer au-delà, et même en dehors de ce qu'avait voulu le législateur »⁶. L'affirmation peut paraître provocante mais elle exprime une idée fondamentale : il n'est pas toujours souhaitable de conférer à l'interprétation un caractère immuable et littéral. « Cette histoire est exemplaire. Elle illustre parfaitement la manière dont procède la Cour de cassation lorsqu'elle est confrontée à un problème qui n'est pas tranché par le législateur et dont la solution soulève des interrogations sur le terrain de

¹ M. Jéol, D. 1996. 13, concl. ss. Ass. plén., 1er déc. 1995, préc.

² Sur le besoin de flexibilité des contrats de longue durée, v. : S. Saussier, « L'indétermination du prix (à propos des arrêts de 1995) : le point de vue d'un économiste », in C. Jamin, *Droit et économie du contrat*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2008, p. 115, spéc., nos 268, pp. 217 s.

³ C. Jamin, « Détermination unilatérale du prix : autoriser la résiliation du contrat sans exiger la preuve d'un abus », in C. Jamin (dir.), *Droit et économie du contrat*, op. cit., n° 210, p. 98. L'auteur analyse cette évolution en évoquant « la politique jurisprudentielle » de la Cour de cassation. Il souligne également la continuité des solutions malgré « le spectaculaire revirement issu des arrêts de 1995 ».

⁴ *Ibid.*

⁵ La "Glorification de la loi", un tableau commandé au peintre Paul Baudry (1828-1886), est présentée comme l'œuvre majeure de la Grande salle de la Cour de cassation. La haute juridiction en fournit une description sur son site internet : « le tableau, qui mesure 4,80 m sur 3,60 m, fut exposé au salon de 1881 où il obtint la médaille d'honneur. Il fut installé en 1888. La grande figure assise sur le piédestal à l'ombre des plis flottants de l'étendard national, représente la Loi. Au-dessus d'elle, deux figures allégoriques brandissent les attributs de la justice, main de justice, balance et glaive. A gauche du socle, l'Autorité s'appuie sur la hampe du drapeau, tandis que la jurisprudence lève un regard soumis vers la Loi qui lui intime une directive. Sur la droite, un magistrat en grand costume exprime le respect de la Cour en retirant sa toque. A ses pieds règnent la Paix et la Concorde ». V. :

https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/visite_cour_11/premier_etage_14/premiere_chambre_civile_86.html

⁶ M. Jéol, JCP G 1996, II, 22565.

l'équité ou de l'utilité sociale... »¹. Du reste, cette évolution a façonné une règle qui s'est appliquée avec constance, jusqu'à ce qu'elle soit formellement consacrée par l'ordonnance n° 2016-231 du 10 février 2016, dans un nouvel article 1164 du Code civil². Ce texte reprend littéralement la formulation de la solution adoptée par la haute juridiction. C'est la preuve de l'utilité du libre arbitre du juge dans l'interprétation. « Parce qu'elle est une adaptation de la règle de droit, la politique jurisprudentielle repose sur une analyse nouvelle de la situation sociale en cause et se propose de la régir pour l'avenir, en orientant, en interdisant, en tolérant... Elle entend être un principe de réalisme social en même temps qu'elle fixe des objectifs de réglementation »³. Le libre arbitre du juge est l'instrument utile d'une adaptation de l'interprétation aux contraintes économiques et sociales.

255. L'utilité du libre arbitre du juge dans ces changements d'interprétation ne se manifeste pas seulement lorsqu'un juge modifie sa propre lecture d'un texte de loi. C'est aussi le cas lorsqu'il décide délibérément de s'opposer à une interprétation retenue par un autre juge à l'égard d'une même règle de droit.

¹ M. Jeol, « Le contenu juridique des décisions du 1^{er} décembre 1995 », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux. Un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1997, p. 5. L'avocat général poursuit : « comme le rappelle l'allégorie de Baudry dans la Grand Chambre de la Cour suprême, la loi s'impose au juge de cassation : *Lex imperat* ! Mais, dans le même temps, à quelque pas de là, la statue de Saint-Louis, dans une attitude très pastorale, invite le même juge à être "juste" et à se préoccuper des conséquences de ses décisions pour les plaideurs comme pour la collectivité. Bref, à travers une peinture et une sculpture, se trouvent représentées symboliquement les deux sources d'inspiration de la jurisprudence : l'esprit de la loi et l'esprit de Saint-Louis. Lorsque la Cour de cassation a eu à connaître du problème de la détermination du prix, l'esprit de Saint-Louis a soufflé fort sur la solution ! Hier comme aujourd'hui ».

² C. civ., art. 1164 : « Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation.

En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ».

³ G. Canivet et N. Molfessis, « La politique jurisprudentielle », in Mél. J. Boré, Dalloz, 2007, p. 79.

§2. Le changement d'interprétation par rapport à un autre juge

256. Diversité des juges. La marge de liberté laissée au juge dans l'interprétation du droit lui donne la faculté de donner à un texte un sens différent de celui qu'a pu retenir l'un de ses confrères. « Parce que plusieurs lectures d'un texte sont acceptables, et parce que les interprètes sont multiples »¹, les divergences d'interprétation sont inhérentes au système juridique. Elles sont la conséquence de l'organisation juridictionnelle française qui se caractérise par sa diversité, une disparité de laquelle découle toujours une possible différence d'interprétation². Elles ne sont que « l'effet naturel de la diversité humaine »³. Mais elles sont aussi un bienfait participant de l'évolution du droit. La divergence d'interprétation est l'expression d'un dialogue utile des juges (A), y compris lorsqu'elle provient de l'audace d'un juge qui décide, en conscience, de s'opposer à une interprétation fermement consacrée (B).

A. L'expression d'un dialogue nécessaire des juges

257. Divergences inévitables. La question des divergences d'interprétation est désignée par de nombreuses expressions : « divergences », « disparités », « dissonances », « dissensions », de « contrariétés » ou encore « oppositions »⁴. Tous ces termes visent un seul et même phénomène, celui de « l'incertitude de la jurisprudence liée à sa diversité »⁵. Cela explique que le droit tente de réduire au maximum ces disparités afin d'assurer à l'interprétation des règles de droit une certaine cohérence. Telle est précisément l'une des fonctions des juridictions de cassation. Placées au sommet de l'ordonnancement juridictionnel, elles sont censées imposer aux juridictions inférieures une lecture unique de la loi. L'architecture même de ces Cours supérieures traduit la volonté de parvenir à cette homogénéité dans l'interprétation. S'agissant de la Cour de cassation par exemple, au-delà du fait qu'elle soit une juridiction unique, elle fut dotée, dès sa création, d'« une structure restreinte conçue

¹ P. Deumier, « Les divergences de jurisprudence : nécessité de leur existence, nécessité de leur résorption », RTD civ. 2013. 557, note ss. Ass. plén., 15 févr. 2013, n° 11-14.637.

² V. pour l'aspect historique de cette question : M.-R. Santucci, « Les divergences jurisprudentielles dans l'Ancien droit », in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 27-38.

³ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, « Thémis droit », 2^e éd. 2013, n° 43, p. 168.

⁴ La Cour européenne des droits de l'homme parle elle-même indistinctement de « divergences de jurisprudence », de « contradictions de jurisprudence » ou de « contrariété de jugements » pour désigner la disparité de solution « inhérente à tout système judiciaire » : CEDH, 28 octobre 1999, Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France., RFDA 2000 p. 1254 et s.

⁵ F. Zenati, « La notion de divergence de jurisprudence », in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 53.

selon le principe d'unité »¹. « Il y a, pour toute la République, une Cour de cassation » énonce l'article L 411-1 du Code de l'organisation judiciaire. Selon un auteur qui a consacré une étude sociologique au phénomène de jurisprudence, l'uniformité de l'interprétation est une préoccupation majeure au sein de la Cour de cassation. Au cours de son investigation, l'auteur a pu constater l'existence d'un véritable « souci d'harmonisation »² des points de vue entre les différentes chambres. Pour autant, malgré ces filtres, le droit se révèle impuissant à éliminer complètement les divergences d'interprétation d'une chambre à l'autre. Il tend vers ce but « sans prétendre éradiquer toute forme de contradiction entre énoncés décisionnels »³. Compte tenu de la généralité des règles de droit et de la liberté dont dispose leur interprète, « les divergences sont inévitables »⁴ car elles sont « le produit de la texture ouverte du droit »⁵. Le juge peut décider de se détacher d'une position prise, à l'égard d'une même règle de droit, par un autre juge. Ces divergences sont généralement mal perçues. « S'il est pour toute la République une Cour de cassation, il n'est malheureusement pas, pour toute la Cour de cassation, une jurisprudence »⁶, écrit un auteur. Est-on contraint de s'en offusquer ? La réponse est assurément négative. Le choix d'un juge de s'opposer à une interprétation retenue par un autre juge n'est pas toujours une mauvaise chose. Il est des cas dans lesquels la divergence est utile car c'est parfois par l'opposition des points de vue que se façonne, petit à petit, le sens de la règle de droit. Parfois, l'interprétation se pose en s'opposant.

258. Divergences utiles : le progrès du droit. Si ce phénomène « est parfois incompréhensible pour des profanes prompts à voir de l'injustice et du désordre là où l'identité des solutions n'est pas assurée »⁷, il est possible de voir dans ces divergences, un moyen de confronter les interprétations afin de dégager, à terme, celle qu'il convient de retenir. C'est ce qui explique que, pour la Cour européenne des droits de l'homme, la divergence d'interprétation entre deux juges d'un même pays, fussent-ils des juges de cassation, n'est pas en soi contraire à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le droit à un procès équitable. « L'éventualité de divergences de

¹ G. Canivet, « La Cour de cassation et l'interprétation uniforme du droit », Conférence donnée le 21 décembre 2001 à la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université Saint-Joseph de Beyrouth, n° 1.

² M. Saluden, *Le phénomène de la jurisprudence-Etude sociologique*, Th. Paris II, 1983, p. 308.

³ E. Severin, « Les divergences de jurisprudence comme objet de recherche », in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 91.

⁴ M. Saluden, *Le phénomène de la jurisprudence-Etude sociologique, op. cit.*, p. 308.

⁵ P. Deumier, « Les divergences de jurisprudence : nécessité de leur existence, nécessité de leur résorption », RTD civ. 2013, p. 557.

⁶ P. Morvan, « En droit, la jurisprudence est source de droit », RRJ 2001, n° 44, p. 98.

⁷ E. Severin, « Les divergences de jurisprudence comme objet de recherche », in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 91.

jurisprudence est naturellement inhérente à tout système judiciaire »¹ relève-t-elle. Plus que cela, elle peut se révéler utile à l'ordre juridique. L'interprétation divergente participe de l'élaboration du droit. Le choix du juge de s'éloigner d'une interprétation adoptée par un autre juge témoigne d'« un jeu d'influences »² qui peut parfois exister sur le sens d'un texte, jusqu'à ce que puisse être trouvé un point d'équilibre sur la position à adopter. En cela, la divergence d'interprétation peut constituer un facteur de progrès du droit³ : « loin d'être une monstruosité juridique, elle participe de l'application et de l'évolution de la norme jurisprudentielle »⁴. Elle permet « de découvrir le rationnel de certaines solutions ou de dénoncer au besoin celles que rien ne justifie »⁵. Elle n'est donc pas toujours synonyme de confusion ou de désordre. Comme le relève un auteur, il y a des divergences de diverses natures : « divergence-hésitation, divergence-perche tendue, divergence-provocation, etc. »⁶. Au-delà de cette diversité, il y a une unité : la divergence d'interprétation peut être l'expression d'une discussion à distance entre les juges sur le contenu à donner à un texte de loi. Lorsqu'un juge retient une interprétation qui n'est pas conforme à celle qui est retenue par un autre, il interroge la pertinence de la position de ce dernier. Il favorise la réflexion et crée une émulation sur l'interprétation à retenir.

Un exemple peut être fourni en matière de droit de la presse. Il s'agit de l'interprétation de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Ce texte est plus spécifiquement relatif à la procédure en cas de poursuite de délit commis par voie de presse. Il

¹ CEDH, gde ch., 20 oct. 2011, *Nedjet Sahin et Perihan Sahin c. Turquie*, n° 13279/05 ; Dalloz actualités, le 5 déc. 2011, C. Demunck. L'arrêt a été publié avec les opinions dissidentes de certains juges pour lesquels « l'absence de mécanisme efficace d'unification de la jurisprudence a entraîné – et, pire, entretenu – des divergences de jurisprudence entre les juridictions administratives ordinaires et la juridiction administrative militaire, qui ont abouti en l'espèce à des résultats créant une apparence "d'arbitraire" ». Ces juges ajoutent que, « si le droit interne peut connaître une variété de structures juridictionnelles, celles-ci ne doivent cependant pas créer une apparence d'arbitraire dans l'esprit des justiciables, lesquels devraient pouvoir être en mesure de se déterminer avec un degré de prévisibilité suffisant au regard de critères clairs, communs et stables au moment où ils exercent leurs actions. Sous peine que la justice ne dégénère en une loterie, la portée des droits d'un justiciable ne devrait pas pouvoir varier simplement en fonction de la juridiction saisie ».

² V. L. Cadet, « Jurisprudence administrative et jurisprudence judiciaire en matière sociale : le jeu des influences », *Dr. soc.* 1991, p. 200.

³ V. *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre.

de Bruxelles, Bruylant, 2007 ; *La Concurrence des juges en Europe, le dialogue en question*, Colloque organisé à l'Université de Tours, les 25, 26 et 27 novembre 2015 ; V. aussi les Mém. B. Genevois consacrés au *dialogue des juges*, Dalloz, 2009.

V. aussi : S. Stelzig-Caron, *La Cour de cassation et le dialogue des juges*, Th. Grenoble, 2011, notamment pour la dimension internationale du dialogue.

⁴ P. Deumier, « Les divergences de jurisprudence : nécessité de leur existence, nécessité de leur résorption », préc.

⁵ R. Perrot, préface à l'ouvrage de R. Martin, *Théorie générale du procès (droit processuel)*, éd. juridiques et techniques, 1984.

⁶ P. Jestaz, « Synthèse », in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 61.

est ainsi rédigé : « la citation précisera et qualifiera le fait incriminé, elle indiquera le texte de loi applicable à la poursuite ». Au regard de ce texte, des interprétations différentes ont pu être développées par deux formations de la Cour de cassation. Pour la Chambre criminelle, il résulte de ce texte que la citation doit comporter une qualification précise des faits incriminés. Cette interprétation conduit à l'annulation de toute « citation qui indique, comme étant applicables aux mêmes faits incriminés, deux textes prévoyant et réprimant deux infractions de nature et de gravité différentes, dont elle retient cumulativement les qualifications »¹. La position retenue par la chambre criminelle était donc très stricte. Quant à la première chambre civile, elle a développé une tout autre interprétation, bien plus souple, en estimant qu'en application de l'article 53 de la loi de 1881, l'assignation ne doit pas forcément préciser les faits qui constitueraient une injure et ceux qui constitueraient une diffamation². Sur une période assez longue, la même règle de droit a été interprétée différemment selon la formation de jugement qui était amenée à se prononcer. La question de l'application de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse au procès civil a provoqué en doctrine des débats animés et nombreux qui sont également apparus au sein même de la Cour de cassation. Celle-ci a rendu par sa formation la plus solennelle une décision allant à l'encontre de la position de la première chambre civile. Elle a décidé, en Assemblée plénière, que l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 devait s'appliquer de manière identique au procès civil et au procès pénal, afin de garantir le même traitement devant ces deux juridictions. En matière civile comme en matière pénale, l'acte introductif d'instance doit préciser et qualifier le fait incriminé en vertu de l'article 53 précité³. Cet arrêt n'allait cependant pas clore le dialogue jurisprudentiel. Cette décision de l'Assemblée plénière fut suivie, quelques jours après, d'une décision de la première chambre civile⁴ transmettant au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité mais ce dernier avait conclu à la conformité de l'article 53 de la loi du 29

¹ Crim., 3 juin 1982, Bull. crim. n° 142 ; Crim., 16 janv. 1990, *ibid.* n° 26 ; Crim., 31 janv. 1995, *ibid.* n° 39.

² Civ. 1^{re}, 8 avr. 2010, n° 09-14.399, D. 2010. 1673, obs. S. Lavric, note C. Bigot ; *ibid.* 2011. 780, obs. E. Dreyer. V. déjà : Civ. 1^{re}, 24 sept. 2009, n° 08-17.315, D. 2009. 2347, obs. S. Lavric ; Civ. 1^{re}, 24 sept. 2009, n° 08-12.381, D. 2009. 2348 ; *Légipresse* n° 266, nov. 2009, III, p. 221, concl. de l'avocat général D. Sarcelet. V.B. Ader, « la procédure de presse », Synthèse 2008 et Synthèse 2010 n° 270-1.

³ « Mais attendu que selon l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881, qui doit recevoir application devant la juridiction civile, l'assignation doit, à peine de nullité, préciser et qualifier le fait incriminé et énoncer le texte de loi applicable ; qu'est nulle une assignation retenant pour le même fait la double qualification d'injure et de diffamation » : Ass. plén., 15 févr. 2013, n° 11-14.637 : Bull. ass. plén. N° 1 ; *Dalloz actualité*, le 20 février 2013, obs. S. Lavric, note E. Dreyer ; *ibid.* 718, point de vue C. Bigot ; *Constitutions* 2013. 252, obs. D. de Belluscize ; RSC 2013. 104, obs. J. Francillon ; BICC n° 780, 15 avr. 2013, rapp. Mme Feydeau et avis M. Marin ; *Procédures*, avr. 2013, comm. 119, A.-S. Chavent-Leclère ; JCP G 2013, zoom 226, E. Derieux ; RLDI 2013, n° 91 mars 2013, E. Derieux ; *Gaz. Pal.* 20 juin 2013, n° 171, p. 9, note V. Barbé.

⁴ Civ. 1^{re}, 20 févr. 2013, n° 12-20.544, inédit, D. 2013, p. 570, RLDI 2013/91, n° 3048, comm. E. Derieux.

juillet 1881 à la Constitution¹. La première chambre a finalement ligné sa jurisprudence sur celle de l'Assemblée plénière en relevant d'office la nullité d'une citation qui n'avait pas précisé et qualifié le fait incriminé. Elle énonce qu'en vertu de l'article 53, « l'assignation doit, à peine de nullité, préciser et qualifier le fait incriminé, et indiquer le texte de loi applicable »². Cette uniformisation de la jurisprudence est intervenue à l'issue d'une période d'opposition qui résultait de la liberté d'interprétation laissée à chaque juge. Comme l'a relevé un auteur, la divergence était utile à la maturation de la règle, dès lors que la juridiction de cassation tente *in fine* de parvenir à sa « résorption »³. Cette décision est la démonstration que la divergence d'interprétation peut être constructive, dans la perspective d'une amélioration du droit. Le juge s'écarte délibérément d'une interprétation retenue par un autre juge, non par caprice, mais pour provoquer une réflexion sur le sens qu'il convient de donner à une règle particulière. En cela, la divergence exprime une dissonance nécessaire, laquelle provient parfois d'une audace du juge qui va se révéler constructive.

B. Une expression de l'audace du juge

259. Audace du juge. Le choix du juge de s'écarter d'une interprétation constante est d'autant plus remarquable lorsqu'elle consiste à s'écarter d'une interprétation communément admise par *tous* les autres juges. Le juge va délibérément s'opposer à cette interprétation classique pour impulser, de son propre mouvement, un changement. Le libre arbitre du juge permet l'expression d'une audace du juge qui empêche la stagnation du droit et provoque parfois le progrès *des* droits. C'est le cas lorsque le juge estime devoir adapter le contenu d'une règle aux besoins nouveaux que font naître les cas litigieux.

260. Le « bon juge » Magnaud. Historiquement, l'audace du juge est personnifiée à travers la figure d'un juge célèbre à qui l'on associe un adjectif flatteur : le bon juge Magnaud⁴. Paul Magnaud était le président du tribunal civil de Château-Thierry. L'affaire qui l'a rendu

¹ Cons. const. n° 2013-311 QPC du 17 mai 2013, *Société Ecocert France* [Formalités de l'acte introductif d'instance en matière de presse], D. 2013, p. 1279 ; RLDI n° 94, juin 2013, E. Derieux, Constitutions, avril-juin 2014, n° 2, p. 225, D. de Bellescise ; Legipresse, juill.-août 2013, n° 307, p. 415, note Lecuyer ; Gaz. Pal. 19-20 juin 2013, n° 170-171, p. 9, V. Barbé, *Ibid.* p. 18, F. Fourment ; RSC 2013, p. 917, B. de Lamy ; LPA, 16 mai 2014, n° 98, p. 6, obs. V. Tellier-Cayrol.

² Civ. 1^{re}, 6 avr. 2016, n° 15-10.552, Gaz. Pal. 24 mai 2016, n° 19, p. 28, note F. Fourment ; Dalloz actualité, le 19 avril 2016, obs. S. Lavric.

³ P. Deumier, *préc.*

⁴ V. A. Roussel, *Le bon juge*, Thomery, L'arbre verdoyant, 1983 ; M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du bon juge Magnaud », in Mél. G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 335. V. aussi : F. Terré, v° Magnaud, *Dictionnaire insolite du droit*, LGDJ, 2016, p. 84.

célèbre concernait Louise Ménard, une jeune fille mère de deux enfants en bas âge. Un jour, Dame Ménard a volé du pain chez un boulanger de Charly-sur-Marne car elle n'avait rien mangé depuis deux jours. Magnaud va décider de relaxer la jeune femme en motivant précisément la décision sur la base de l'ancien article 64 du Code pénal relatif aux faits justificatifs aux termes duquel il n'y avait ni crime ni délit, « lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister ». Le jugement commence par donner des précisions sur les circonstances de l'infraction. Magnaud relève que Louise Ménard a exprimé des regrets sincères, qu'elle était sans ressources, qu'elle habitait chez sa mère avec deux enfants à charge et qu'elle n'avait pas mangé depuis deux jours. Le juge souligne ensuite qu'il est regrettable, dans une société bien établie, qu'une femme puisse manquer de pain, dès lors que ce n'est point par sa faute précise-t-il toutefois. Il ajoute ensuite que « le juge doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi ». Or, selon lui, « la faim est susceptible d'enlever à tout être humain son libre arbitre et d'amoindrir en lui dans une grande mesure la notion du bien et du mal (...) », de sorte qu'un acte perd de son caractère frauduleux lorsqu'il est justifié par un besoin impérieux. Pour Magnaud, si un état pathologique permet de considérer comme irresponsables les auteurs de vol, cela doit à plus forte raison être le cas lorsque la personne en cause a agi sous l'irrésistible impulsion de faim. Il y avait donc lieu de renvoyer la prévenue des fins de poursuites « et, ce en application de l'article 64 du Code pénal ». « Louise Ménard est surprise, mais heureuse. Elle s'en tire bien »¹. Elle ignorait sans doute l'audace dont a fait preuve son juge dans l'interprétation d'une règle de droit, une audace qui a techniquement conduit à appliquer un texte relatif aux faits justificatifs à une personne parfaitement saine d'esprit qui avait de surcroît reconnu son forfait. Magnaud venait de donner une toute autre ampleur au mécanisme de fait justificatif de l'infraction en y incluant l'état de nécessité. Le parquet a ensuite fait appel mais la cour d'appel, tout en refusant la motivation du juge Magnaud sur l'état de nécessité, décida de relaxer la jeune femme en observant que « les circonstances tout à fait exceptionnelles de l'affaire ne permettaient pas de dire s'il y a eu ou non intention frauduleuse ». Et comme le doute devait profiter à la prévenue, elle fut relaxée. Magnaud avait gagné.

Le jugement eut un très grand retentissement dans la presse parisienne à l'époque. Il lui vaudra même le surnom de « bon juge », attribué par Georges Clemenceau lui-même dans un article publié dans le journal *l'Aurore*. Anatole France, qui lui attribua le même qualificatif,

¹ A. Rossel, *Le bon juge*, Thomery, L'arbre verdoyant, 1983, p. 13.

lui consacra également un article dans *Le Figaro*¹. La force de son jugement était « de combiner la pulsion d'équité, qui répond à un besoin de la conscience, et le raisonnement juridique qui préfigure l'état de nécessité »². Mais Magnaud ne s'est pas arrêté là. L'audace dont il faisait preuve dans l'interprétation était presque devenue une façon de penser sa fonction³. Les domaines dans lesquels il a été précurseur sont nombreux : mendicité, vagabondage, accidents du travail ou condition féminine. Il s'est toujours efforcé de faire preuve de bon sens dans l'application du droit⁴. Il n'hésitait pas à changer d'interprétation⁵ lorsque celle qui était classiquement retenue lui paraissait injuste⁶. « Attendu que les lois doivent être interprétées avec équité, bon sens, et sans routine... » a-t-il pu écrire dans un de ses jugements⁷. Sans routine, cela signifie sans une absolue constance et en préservant son libre arbitre dans l'interprétation des règles de droit. C'est ce qui lui donne la faculté de se projeter au-delà de la loi, d'établir l'équité par l'interprétation⁸. Utile et pratique, « l'interprétation a pour Magnaud surtout pour but de rééquilibrer des rapports que le magistrat juge inéquitables et encadrés par un droit social naissant et trop embryonnaire »⁹. C'est cette audace qui a permis au juge Magnaud d'être à l'origine d'autres innovations importantes dans des domaines variés. L'une des plus remarquables concerne la matière contractuelle. C'est lui qui développa une interprétation novatrice de l'article 1135 du Code civil en découvrant dans ce texte une obligation de sécurité de résultat¹⁰ que la Cour de cassation a fini par consacrer onze ans plus tard en faisant évoluer sa propre jurisprudence¹¹. « Tout se passe comme si Magnaud était sorti soudainement du rôle de juge "bouche de la loi" que notre culture juridique attend de lui »¹².

¹ L'article est disponible sur la base Gallica.fr : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k285324t/f1.item.langFR>

² D. Salas, v^o Magnaud (Le bon juge -), in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 858.

³ Dans le même registre, le juge anglais Hawkins fournit aussi une illustration intéressante de cette audace. En 1890, il relaxa un voleur de pain miséreux mais il ne s'arrêta pas là... Il fit procéder à une collecte auprès du public à l'audience au bénéfice du voleur et condamna même le boulanger à un jour de prison pour avoir enfreint l'interdiction faite aux boulangers de quitter leurs boutiques dans ces temps de disette ! « Un juge Magnaud avec l'humour anglais en prime » : M.-A. Frison-Roche, *ibid.*

⁴ V. aussi l'article intitulé *Un bon juge passé à la postérité : le Président Magnaud*, sur le site internet de la cour d'appel d'Amiens : <http://www.ca-amiens.justice.fr/index.php?rubrique=131&article=12680>.

⁵ Sur cette dualité, v. : M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du bon juge Magnaud », in Mél. Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 335 qui parle de Magnaud comme d'un « Janus ».

⁶ V. R. Drago, « De l'injuste au juste dans la loi », in *De l'injuste au juste*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 1997, p. 57 s.

⁷ V. A. Roussel, *Le bon juge*, Thomery, L'arbre verdoyant, 1983, p. 113 qui reproduit le jugement.

⁸ V. en ce sens : A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société, du XIXe siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975, p. 103.

⁹ C. Radé et S. Tournaux, « Retour sur le "phénomène" Magnaud et l'influence d'un magistrat hors norme sur l'évolution du droit du travail », *Droit social* 2015, p. 596.

¹⁰ T. civ. Château-Thierry, 7 nov. 1900, *Darce c/ Couesno*, *AD Aisne*, dossier n° 1 U 73, p. 444

¹¹ Civ., 21 nov. 1911, *CGT*, DP 1913. 1. 249.

¹² D. Salas, *ibid.*

261. Magnaud par Gény. La figure du juge Magnaud doit être abordée avec prudence. Elle présente quelque chose de problématique en ce qu'elle illustre la possibilité de voir le juge se laisser submerger par son sentimentalisme au détriment du droit général et impersonnel. Du reste, la critique la plus dure contre ses méthodes de jugement n'est pas venue de n'importe qui puisqu'elle a émané de François Gény. Farouche défenseur de la libre recherche scientifique, l'auteur n'en était pas moins circonspect face à l'attitude du juge Magnaud. Il jugeait sa conception de l'acte de juger trop dépendante des émotions et de la subjectivité. Il lui reprochait la forme de ses décisions, empreinte d'une ironie malséante, aussi bien que le fond, profondément déconcertant. Il n'avait pas échappé à Gény que Magnaud avait des ambitions politiques, ce qui le faisait douter de sa sincérité. Pour Gény, les jugements de Magnaud exprimaient « un relent de littérature électorale, qui trouble étrangement la sereine atmosphère de la justice », ce qui « aboutit à une sorte d'impressionnisme anarchique, dans l'application du droit positif »¹. Il se réjouissait que le phénomène Magnaud ne fut finalement qu'une « passade » qui n'a heureusement pas fait école et qui ne contredisait pas sérieusement sa doctrine. Pour autant, malgré les critiques qui peuvent lui être adressées, la passade Magnaud a eu des aspects positifs². L'histoire a retenu de Magnaud qu'il a, par son audace, « réinventé, par touches successives, des pans entiers du droit »³. Cela démontre quelque chose. Cette histoire suggère que le juge « ne peut se réduire à un organe inerte du système juridique, à une simple courroie de transmission de règles abstraites, préétablies et statiques à des cas particuliers. Il faut lui reconnaître un rôle de véritable acteur du système juridique qui dispose d'un certain pouvoir créateur de droit, doté d'une véritable responsabilité dans l'évolution du droit positif »⁴.

262. Cas du sexe neutre. Aujourd'hui, il est toujours possible de trouver quelques exemples d'interprétations divergentes qui ont l'audace pour moteur et le changement du droit pour ambition. Il y a toujours des juges audacieux dans les prétoires⁵. L'un des exemples les plus

¹: F. Gény, « Le phénomène Magnaud », in *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préf. R. Saleilles, Paris, LGDJ, 2^e éd, 1919, t. 2, n^{os} 196 s., p. 287 s.

² Ce que Gény n'ignorait pas d'ailleurs comme en témoignent les quelques pages qu'il a consacrées « aux résultats positifs du phénomène » : F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., n^o 198, p. 294.

³ Salas (D.), v^o Magnaud (Le bon juge -), in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 859.

⁴ J.-L. Bergel, « Introduction générale », in Dracy, M. Doat et V. Labrot (dir.), *L'Office du juge*, Les colloques du Sénat, vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, p. 13.

⁵ V. pour un exemple en matière pénale : G. Beaussonie, « Vers un retour du “bon juge” en droit pénal. À propos de l'absence de sanction d'une soustraction de produits périmés, note ss. Crim., 15 déc. 2015, D. 2016, p. 644.

remarquables dans l'actualité vient de Tours. Il concerne la question du transsexualisme. En droit français, la notion de sexe est depuis longtemps « insaisissable »¹. C'est ce qui explique que la jurisprudence a mis du temps à se constituer sur cette question. Elle s'est finalement fixée à la suite d'un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme qui a déclaré que la situation réservée en droit français aux transsexuels était incompatible avec le respect dû à la vie privée². Peu de temps après cette décision, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en admettant que pouvait obtenir le changement de son état le transsexuel vrai auquel sa morphologie modifiée et son comportement social confèrent une apparence le rapprochant du sexe qu'il revendique³. Lorsque le sexe d'une personne vient à être modifié par une opération chirurgicale, une transcription à l'état civil de son « identité de genre », c'est-à-dire celle vécue comme telle par la personne concernée, est possible. C'était la position constante de la haute juridiction judiciaire sur ce point⁴. Dès lors de deux choses l'une : soit une personne née homme se sent plutôt femme et elle peut demander à être reconnue comme telle sur son état civil, soit une personne est née femme mais elle se sent davantage homme et elle peut demander à être ainsi désignée. Logiquement, même si l'identité d'origine n'est pas ressentie comme étant la bonne, il n'y a pas d'autres possibilités que d'être soit un homme, soit une femme et de vouloir devenir soit l'un, soit l'autre. Mais voilà qu'un juge en a décidé autrement.

263. TGI de Tours. Il s'agit d'un juge du tribunal de grande instance de Tours, qui fut saisi d'une affaire dans laquelle une personne ne se réclamait pas du sexe opposé mais se présentait comme une personne « intersexuée », c'est-à-dire une personne dont les organes génitaux ne correspondent pas à la norme habituelle de l'anatomie masculine ou féminine. Née à Tours, cette personne était inscrite sur l'état civil comme étant de sexe masculin mais elle avait expliqué être née et avoir grandi avec « une ambiguïté sexuelle qui a perduré tout au long de

¹ M.-L. Rassat, « Sexe, médecine et droit », in Mél. P. Raynaud, Dalloz, 1985, p. 655.

² CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France*, req. n° 13343/87, AJDA 1992. 416, chron. J.-F. Flauss ; D. 1993. 101, note J.-P. Marguénaud ; D. 1992. 323, chron. C. Lombois ; D. 1992. 325, obs. J.-F. Renucci ; RTD civ. 1992. 540, obs. J. Hauser.

³ Ass. plén., 11 déc. 1992, n° 91-11.900 et n° 91-12.373, Bull. AP, n° 13, D. 1993. 1 ; RTD civ. 1993. 97, obs. J. Hauser ; JCP G 1993, II, 21991 concl. Jéol, note G. Mémeteau.

⁴ Elle a cependant posé des conditions en jugeant que « pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence » : Civ. 1^{re}, 7 juin 2012, Bull. civ. I, n° 123, D. 2012. 1648, note Violla ; AJ fam. 2012. 405, obs. Vial ; RDSS 2012. 880, note Paricard ; RTD civ. 2012. 502, obs. Hauser ; JCP G 2012, n° 753, note Reigné ; Dr. fam. 2012, n° 131, note Reigné ; Gaz. Pal. 2012. 1444, note Sarcelet ; Civ. 1^{re}, 13 févr. 2013, Bull. civ. I, n° 14, D. 2013. 499, obs. Gallmeister ; *ibid.* 1089, obs. Lemouland et Vigneau ; *ibid.* 2014. 843, obs. Galloux et Gaumont-Prat ; AJ fam. 2013. 182 ; RTD civ. 2013. 344, obs. Hauser.

sa vie ». Il/elle demandait que cette ambiguïté figure sur son acte d'état civil, posant à la juridiction la question de savoir s'il était possible que le sexe d'un individu soit autre chose que masculin ou féminin. En principe, le droit français apporte une réponse fermement négative à cette question. Selon la jurisprudence, « tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit obligatoirement être rattaché à l'un des deux sexes masculin ou féminin, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance »¹. Selon cette interprétation de la loi, en l'occurrence l'article 57 du Code civil², il faut faire un choix entre être un homme ou être une femme. Ce n'est pourtant pas ce qu'a décidé le tribunal de Tours qui a donné raison au requérant en jugeant que la demande « ne se heurte à aucun obstacle juridique majeur et a ordonné la substitution à la mention « sexe : neutre ». Le tribunal s'était appuyé sur le dossier thérapeutique de l'intéressé né « avec un vagin rudimentaire, un micro-pénis sans testicule » pour constater que le rattachement à tel ou tel sexe était dans son cas « impossible ». Il finit par en conclure que la mention figurant sur son acte est tout simplement « erronée » et que le sexe du requérant apparaît « comme une pure fiction imposée durant toute son existence ». Il avait également pris soin de se fonder sur le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme³. En définitive, voilà un juge qui, par une interprétation libre de la loi, a inventé un troisième sexe - le sexe neutre- en ayant parfaitement conscience de l'état de la jurisprudence sur ce point. Les réactions doctrinales n'ont pas tardé à suivre. Certains auteurs ont immédiatement souligné la position « audacieuse »⁴ du juge de Tours qui avait bouleversé l'une des classifications les plus traditionnelles du droit. D'autres ont relevé que « par ce jugement mesuré, empreint de sagesse, les juges font droit aux attentes légitimes d'une personne en proie à un malaise profond »⁵. « Gageons qu'approuver l'existence d'un sexe neutre, n'est pas sans arrière-pensées... ! »⁶ a écrit un auteur. Il y a effectivement dans cette interprétation audacieuse la volonté de rompre avec la binarité des sexes. Le juge a fait un choix d'interprétation, un choix

¹ Paris, 18 janv. 1974, D. 1974. 196, concl. Granjon.

² Ce texte impose, en son premier alinéa, de mentionner sur l'acte d'état civil le « sexe de l'enfant » après sa naissance : « L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille, suivi le cas échéant de la mention de la déclaration conjointe de ses parents quant au choix effectué, ainsi que les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. Si les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet ».

³ TGI Tours, 2^e ch. civ., 20 août 2015. D. 2015, p. 2295, note F. Violla ; D. 2016 p. 752 obs. J.-C. Galloux et p. 915 obs. M.-X. Catto ; Gaz. Pal. 5 janvier 2016 p. 91 note B. Bloquel ; AJ fam. 2015, p. 613, obs. S. Le Gac-Pech ; JCP G 2015, 1157, note J. Hauser ; R. Libchaber, « Les incertitudes du sexe », D. 2016, p. 20.

⁴ T. Coustet, « La justice reconnaît la mention « sexe neutre » sur l'état civil », Dalloz actualité, le 16 octobre 2015.

⁵ S. le Gac-Pech, « Vers la mention d'un sexe neutre », AJ fam. 2015, p. 613.

⁶ J. Hauser, « L'intersexuation : faut-il créer un troisième sexe mixte ? », RTD civ. 2016, p. 77.

de politique juridique, destiné à provoquer ce qu'il estimait être un progrès. Le but était de « sortir des routines du passé »¹ pour impulser le mouvement du droit positif. La décision a finalement été infirmée par la cour d'appel d'Orléans qui s'est montrée beaucoup plus prudente². Si la retranscription de la mention sexe neutre a été refusée par les juges du second degré, cela ne préjuge en rien du futur³. L'histoire retiendra peut-être un jour, si l'évolution venait à être consacrée, qu'il y avait au tribunal de Tours un juge dont l'audace a impulsé un changement important dans l'état du droit français⁴.

Conclusion du chapitre 2 :

L'étude du libre arbitre du juge dans l'interprétation permet de mieux comprendre ce que le juge apporte au droit.

264. Marche en avant du droit. D'une part, la marge de liberté dont il dispose dans la détermination du contenu des règles écrites est le moteur d'une dynamique nécessaire du droit. L'opération d'interprétation est essentielle car elle lui permet de se construire, de s'amender ; de se déconstruire, de s'oublier ; pour renaître sous une autre forme et se reconstruire. La marge de liberté dont dispose le juge à travers l'interprétation montre qu'il n'est pas la bouche de la loi mais « la parole vivante du droit »⁵. En précisant le sens des règles écrites, quitte parfois à aller à l'encontre de la volonté du législateur, le juge contribue à alimenter l'incertitude dans l'application du droit mais c'est une bonne chose. Il faut accepter

¹ R. Libchaber, « Les incertitudes du sexe », D. 2016, p. 20.

² Orléans, ch. réunies, 22 mars 2016, n° 01/12345, D. 2016, p. 708 ; *ibid*, p. 904, point de vue B. Moron-Puech ; JCP G 2016, 356 et 389, obs. D. Mazeaud ; LPA 2 mai 2016, n° 87, p. 9, note M. Péron ; Droit de la famille, mai 2016, n° 5, étude 8, par J.-R. Binet ; JCP G 2016, 492, note F. Vialla ; RTD Civ. 2016, p. 318, obs. J. Hauser ; D. 2016, p. 1915 note Ph. Reigné ; AJ Famille 2016 p. 261 obs. C. Siffrein-Blanc et p. 233 obs. A. Dionisi-Peyrusse ; Gaz. Pal. 12 juillet 2016, p. 81 note B. Bloquel. *Adde* A. Gogos-Gintrand, « Intersexualité : binarité des sexes, médecine et droit », RDSS 2016 p. 920.

Les juges du second degré ont notamment estimé qu'« admettre la requête de M. X reviendrait à reconnaître, sous couvert d'une simple rectification d'état civil, l'existence d'une autre catégorie sexuelle, allant au-delà du pouvoir d'interprétation de la norme du juge judiciaire et dont la création relève de la seule appréciation du législateur ».

³ J. Hauser, « Intersexuation : pas de sexe neutre, pour l'instant... ! », RTD civ. 2016, p. 318.

⁴ La loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e n'a pas pris parti sur la question, ce qui a fait dire à certains auteurs qu'elle constitue « une occasion manquée » même si elle contient des dispositions améliorant la situation des personnes intersexuées : B. Moron-Puech, « La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et les personnes intersexuées », D. 2016, p. 2353. V. aussi F. Vialla, « Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle : changement de la mention de sexe à l'état civil », D. 2016, p. 2351.

⁵ P. Hébraud, « Le juge et la jurisprudence », *in* Mél. Couzinet, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329.

que « le désordre - par sa flexibilité – puisse être créateur (...) »¹. Le libre arbitre du juge donne à l'interprétation un caractère dynamique qui permet de ne pas faire subir au droit les rythmes lents de l'élaboration de la loi. Voilà où se trouve l'utilité du libre arbitre du juge dans l'interprétation : il permet la marche en avant du droit. « Sans doute sommes-nous habitués aujourd'hui à un ordre juridique riche en règles, et à une législation très abondante ; cependant nous ne devons pas oublier que la législation peut seulement saisir les aspects déjà connus de la vie sociale ; en réalité, la loi marque un arrêt du droit ; mais pendant que le droit se trouve arrêté par une formule légale, la société ne cesse pas d'être en travail de telle manière que la vie s'orientera dans d'autres directions et que la loi sera bientôt dépassée »². C'est le libre arbitre du juge qui permet de corriger ce décalage qui existe parfois entre la loi et le droit.

265. Empirisme de l'interprétation. D'autre part, la marge de liberté dont dispose le juge dans l'interprétation démontre que l'acte de juger ne saurait consister en l'application mécanique d'une règle déterminée à un cas concret. Elle révèle qu'au lieu de voir dans le rapport du juge et du législateur, un rapport de conflit consistant à déterminer quelle est la source qui doit être subordonnée à l'autre, il est possible d'y voir une forme de complémentarité. Le juge trouve dans sa liberté d'interprétation, le moyen de combler les lacunes inévitables du droit à l'occasion des litiges toujours spécifiques qui se présentent à lui³. Il y a dans la faculté d'interprétation « toute la puissance de l'imagination du juge »⁴. Le rapport du juge à la loi est subtil. Le juge est lié par la nécessité de trancher les litiges conformément au droit mais il n'est jamais enfermé dans le sens premier du texte, celui qui a été posé littéralement par le législateur. Il peut lui donner un sens qu'il estimera plus utile. Sa

¹ V. Lasserre, *Le nouvel ordre juridique*, préf. F. Terré, LexisNexis, 2015, n° 3, p. 6. V. du même auteur : *L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit*, D. 2006, p. 2279.

Pour les aspects sociologiques du rôle du désordre, v. : G. Balandier, *Le désordre. Éloge du mouvement*, Paris, Fayard, 1988.

² P. Roubier, *Théorie générale du droit*, (1951), préf. D. Deroussin, Dalloz, 2^e éd., 2005, n° 9, p. 74.

³ Sur cette idée de complémentarité entre la règle générale et la règle du cas, v. P. Deumier, « La création du droit par le juge et la rédaction des arrêts par la Cour de cassation », in *La création du droit par le juge*, APD 2006, Tome 50, n° 27, p. 76 ; « La formation de la jurisprudence vue par elle-même », RTD Civ. 2006, p. 522.

V. aussi : P. Jestaz, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », RTD Civ. 1996, p. 299. L'auteur critique la présentation statique des sources du droit avec la loi placée au dessus de la jurisprudence : « Dans une perspective dynamique, et dialectique au sens de Hegel, je verrais la loi et le juge alternativement au-dessus et au-dessous l'un de l'autre ».

⁴ Il faut se rappeler les mots de Jean Giraudoux dans *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, éd. Bernard Grasset, 1946, p. 121 : « Nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité ».

marge de liberté lui donne un moyen « de s'en libérer quelque peu »¹ s'il estime opportun de le faire. La place de son libre arbitre met en lumière l'existence d'« un modèle pragmatique de l'interprétation »² en vertu duquel la mission de dire le droit ne peut s'envisager comme une retranscription fidèle de la volonté du législateur. Le juge a son mot à dire sur les mots de la loi. Il peut décider de lui attribuer la signification qu'il souhaite lui donner, non par caprice mais par besoin. Il utilise sa marge de liberté comme « une gomme à effacer »³ le sens de la loi, dès lors qu'une correction, ponctuelle ou pérenne, lui paraît devoir s'imposer. « *Da mihi factum...* et ensuite, on verra : je te donnerai certainement une décision, car la Justice ne peut être déniée et cette décision sera toujours, d'une certaine manière, “juridique ” parce que je suis juge, mais la façon dont je dirai le droit varie considérablement selon la nature de mon office »⁴. Le libre arbitre du juge constitue un instrument de souplesse et de flexibilité du droit qui permet une adaptation du contenu des textes à la réalité du contentieux. Ce faisant, il concrétise la quête d'un besoin, celui d'un empirisme dans l'interprétation conçu comme le fait « d'avoir le sens et le souci des réalités »⁵. Le libre arbitre du juge concrétise la préoccupation de saisir la spécificité de chaque litige pour « maintenir autant que possible, une certaine harmonie entre l'ordre juridique et la réalité sociale »⁶.

266. Ce rôle du libre arbitre du juge ne se retrouve pas uniquement dans l'acte d'interprétation. Il découle d'une autre marge de liberté, celle qui intervient une fois que la règle a été identifiée et interprétée. Reste enfin à la mettre en œuvre pour déterminer l'issue du litige. Le passage de la généralité de la règle objective au jugement ne se fait pas de façon directe et immédiate. Il passe parfois par un filtre qui tient au contrôle qu'exerce le juge sur la solution commandée par la règle.

¹ J.-L. Bergel, « Introduction générale », in G. Dracy, M. Doat et V. Labrot (dir.), *L'Office du juge*, Les colloques du Sénat, vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, p. 12.

² B. Frydman, *Le sens des lois*, 2^e éd., 2007, Bruylant, LGDJ, p. 576 s.

³ V. A. Bénabent, « Un nouvel instrument jurisprudentiel : la gomme à effacer », in Mél. Ph. Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 82.

⁴ H. Croze, « Le juge doit-il dire le droit ? », in Mél. S. Guinchard, Dalloz, 2010, p. 227.

⁵ G. Cornu, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, op. cit., p. 113.

⁶ *Ibid.*

Chapitre 3 : Le contrôle concret des règles de droit

267. Contrôle du droit. Dans le langage courant, le mot « contrôle » exprime la faculté de rester maître d'une situation. Il peut porter sur soi-même – auquel cas il ne gêne personne – mais il peut aussi porter sur les autres et devient alors plus problématique. Contrôler quelqu'un, c'est avoir la faculté de décider de son comportement et de son sort. Le contrôle, c'est l'empire de la volonté qui s'exerce sur autrui. Envisagé ainsi, il exprime une domination qui laisse augurer d'une possible sanction lorsque le maître, celui qui contrôle, n'est pas satisfait de la tournure des événements. Ainsi en est-il de l'enseignant qui impose à ses élèves des contrôles sur table pour rétablir le calme ou le sérieux de sa classe lorsque la situation lui échappe. Le terme paraît de ce point de vue surprenant lorsqu'il s'applique à l'office du juge. Comment le juge, l'organe censé être la bouche de la loi, pourrait-il avoir la faculté d'exercer cette forme de domination sur cette dernière ? Comment pourrait-il exercer le moindre contrôle alors qu'il lui est demandé d'en être l'agent ? Ces interrogations, qui conduisent à douter de la légitimité d'une telle prérogative du juge, ne sont pas justifiées. Lorsqu'il est saisi d'un litige¹, le juge du pouvoir de contrôler la règle de droit applicable. Il le fait de façon abstraite, c'est-à-dire qu'il vérifie la conformité d'une règle écrite, envisagée en elle-même, à l'ordre juridique dans laquelle elle s'inscrit². Il le fait aussi de façon plus empirique. Le contrôle abstrait se double d'un contrôle concret de la règle de droit qui se déploie au regard au regard des circonstances de chaque litige : « ce n'est pas le contenu de la loi qui est en cause mais les effets de son application dans un cas particulier »³. C'est ce dernier type de contrôle qui démontre le rôle prépondérant du libre arbitre du juge dans la dernière étape du processus de réalisation du droit, celle qui consiste à rapprocher la règle applicable aux faits de l'espèce pour en tirer une conclusion. C'est un contrôle permanent qui ne porte pas sur les règles envisagées en elles-mêmes mais sur leurs conséquences concrètes. Il renvoie à une mission fondamentale du juge qui consiste à combler le décalage toujours possible entre ce que dit la règle de droit et la solution à laquelle elle est susceptible d'aboutir dans un cas particulier. Le juge doit user de son libre arbitre pour « réduire l'écart pouvant exister entre la

¹ Il ne s'agit pas ici de s'intéresser aux mécanismes par lesquels la règle de droit est contrôlée en dehors de tout litige. Par exemple, il ne serait pas question du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel sur la conformité du droit à la Constitution, que ce soit sur le fondement d'un contrôle *a priori* ou d'un contrôle *a posteriori*. Le Conseil constitutionnel n'intervient pas, à proprement parler, en qualité de juridiction. Elle n'est pas saisie d'un litige qu'elle doit trancher par application des règles de droit.

² C'est le cas lorsque le juge contrôle la compatibilité d'une règle interne aux règles supra-nationales, en particulier aux conventions internationales en application de l'article 55 de la Constitution.

³ P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 3^e éd., 2016, n° 329, p. 375.

justice et le droit »¹. Lorsqu'il met en œuvre ce contrôle concret, il ne le fait pas pour assouvir un besoin de domination mais parce que ce travail fait partie intégrante de son office. Le juge doit vérifier la règle *in casu* et apprécier s'il convient de l'appliquer. Il doit s'enquérir du résultat produit par la règle dans le contexte particulier du litige : avant de juger le procès, le juge doit juger la loi². Le juge n'est pas la bouche du droit ; c'est une sentinelle, « toujours vigilante mais aussi unificatrice et créatrice qui ne doit pas se contenter de dire “halte-là” »³.

268. Ce contrôle concret des règles de droit s'exprime de deux façons. Il renvoie, en premier lieu, à la faculté de modulation des règles grâce à laquelle le juge peut parvenir à une contextualisation de l'application du droit qui conduit à une adaptation de la règle objective aux spécificités de l'espèce à trancher (Section 1). Il a trait, en second lieu, à une faculté plus spéciale qui consiste à neutraliser une règle de droit normalement applicable au litige lorsque son application paraît excessivement sévère (Section 2).

Section 1 : L'adaptation des règles de droit

269. Modulation du droit. L'adaptation de la règle au cas concret vise les hypothèses dans lesquelles le juge peut être amené à ajuster l'application du droit à l'aune des spécificités du litige qui lui a été soumis ; en un mot, à la moduler. Pour le dictionnaire Larousse, la modulation est « un changement de tonalité au cours d'un morceau »⁴. Appliquée au droit, elle vise « la faculté dont dispose la loi de passer d'une tonalité à une autre, de changer en prenant tour à tour une tonalité grave puis aigue, puis grave »⁵. La régulation renvoie à l'idée d'une absence de régularité. Lorsque la faculté modulatrice du juge est sollicitée, il est attendu de lui qu'il se décide sans constance, qu'il ne fasse preuve d'aucune régularité dans l'application du droit. Le but est de lui laisser la liberté de s'adapter aux circonstances de

¹ F. Terré, *Introduction générale au droit*, 6^e éd., 2003, Précis, Dalloz, n° 13, p. 14.

² La formule est inspirée d'une réflexion de Tocqueville. V. A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, I, Chap. IV, « Du pouvoir judiciaire aux Etats-Unis et de son action sur la société politique » : « Lorsqu'un juge à propos d'un procès, attaque une loi relative à ce procès, il étend le cercle de ses attributions, mais il n'en sort pas, puisqu'il lui a fallu, en quelque sorte, juger la loi pour arriver à juger le procès. Lorsqu'il se prononce sur cette loi, sans partir d'un procès, il sort complètement de sa sphère, et il pénètre dans celle du pouvoir législatif ».

³ V. J. Buffet, « La sentinelle de la loi », in Mél. P. Julien, Édilaix, 2003, p. 38. L'auteur met en scène un dialogue entre M. Lefait – conseiller de cour d'appel - et M. Ledroit – conseiller à la Cour de cassation. C'est M. Lefait qui souligne ce rôle de sentinelle dévolu à M. Ledroit.

⁴ Dictionnaire encyclopédique Larousse (en ligne), v° Modulation.

⁵ F. Lafay, *La modulation du droit par le juge. Étude de droit privé et sciences criminelles*, PUAM, 2006, t. I, n° 47, p. 41.

chaque cause. Il y a dans cette faculté de modulation la possibilité d'un ajustement de la règle de droit lorsqu'elle passe sous le filtre des circonstances de la cause (§1), ce qui permet d'aboutir à une individualisation indispensable de l'application du droit (§2).

§1. L'ajustement de la règle aux spécificités de l'espèce

270. Application ajustée du droit. La faculté dont dispose le juge d'adapter les règles de droit objectives aux spécificités des cas concrets crée une forme d'incertitude qui empêche de doter les règles de droit d'une prévisibilité parfaite. C'est pour cette raison que cette faculté est parfois décriée. Elle serait synonyme d'insécurité juridique en ce qu'elle placerait le plaideur dans l'impossibilité de connaître le contenu précis d'une règle car ce contenu dépend des circonstances. Elle est pourtant indispensable à la réalisation du droit, une réalisation qui ne peut pas toujours se faire dans l'abstrait, en fonction de règles purement objectives détachées des cas dans lesquels elles ont vocation à être appliquées. Le juge se voit parfois donner des directives plus ou moins précises, qui lui garantissent une marge de liberté indispensable¹ pour aboutir à une application ajustée des règles objectives. Dans son discours préliminaire, Portalis a lui-même souligné l'importance de ce rôle du juge : « il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans 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 ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue : et de ne pas s'exposer au risque d'être, tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude »².

271. Équité modulatrice. Cette liberté d'adaptation de la règle au cas d'espèce dévoile ce que cet acte a de subjectif. La modulation dont il est question repose pour une large part sur l'équité du juge. Or, l'équité relève de l'ordre du sentiment : « variable comme tous les sentiments, elle diffère donc du tout au tout suivant les individus »³. Elle permet de montrer que, contrairement à ce que laisse à penser une vision rigoriste de la méthode syllogistique, la réalisation du droit ne peut être totalement préservée de la volonté du juge dans l'acte d'application. Or, c'est bien là le problème. « Parler de l'équité, c'est réveiller des passions

¹ V. sur ce point : J. Moury, « De quelques aspects de l'évolution de la *jurisdictio* », in Mél. R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 302.

² J.-E.-M., *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, (1801), préf. M. Massenet, éd. Confluences, 2004, coll. Voix de la cité, p. 23..

³ P. Fabreguettes, *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1926, p. 402.

enfouies. Méfiance ancienne et haine tenace résumant son étrange dessein »¹. Il est vrai que, pour des raisons historiques, « l'équité sent le souffre en France car elle y est perçue comme un blanc seing donné au juge pour statuer selon ses humeurs ou ses convictions. Elle serait le manteau sous lequel se cachent son arbitraire et son ignorance »². La méfiance tient au caractère fuyant de la notion. « Qui sait exactement ce que recouvre l'équité ? L'équité et la justice sont des valeurs que l'on peut difficilement prétendre connaître. Elles relèvent du sentiment et ne s'enseignent pas. Le droit et la loi, en revanche, sont certains et connus. Ils s'enseignent. C'est donc le droit et la loi qui doivent guider les jugements »³. L'équité est la manifestation d'une conception morale, par nature individuelle, du juste et de l'injuste. Elle s'oppose en cela à la loi qui est, quant à elle, la manifestation de la volonté générale. Alors que la loi prévoit l'application d'une même règle à toutes les situations de fait qui entrent dans son champ d'application, le recours à l'équité menace cette cohérence. L'équité ouvre la voie à ce que deux cas semblables reçoivent deux solutions différentes : « la loi est générale mais l'équité particulière »⁴. Le propre de l'équité, c'est de ne pas pouvoir s'enfermer dans une définition particulière, par cela même que son appréhension dépend de chacun. C'est aussi pour cela que, malgré la finesse des analyses de la notion, elles n'ont pas permis d'en savoir plus sur ce qu'elle recouvre réellement. Elle reste de l'ordre du ressenti, de l'immaîtrisable et donc de l'incertain. Le professeur Jestaz a exprimé cette idée : « D'où vient que les meilleurs esprits ne peuvent s'accorder sur une notion générale dont ils admettent cependant les manifestations particulières ? C'est qu'il n'existe pas de notion générale, du moins au sens abstrait du terme. L'équité est avant tout un sentiment, une tournure d'esprit que l'on s'entête à définir sans s'apercevoir que la pléthore de définitions équivaut à un procès verbal de carence »⁵. Il faut se résoudre à considérer que l'équité relève de la conscience du juge, de son libre arbitre. Elle comporte, par définition, une part d'incertitude qu'il ne faut pas craindre mais au contraire protéger. Il s'agit d'une incertitude bénéfique qui renvoie à la sphère de liberté dont doit disposer le juge pour mettre en œuvre les règles de droit objectives. L'ajustement de la règle de droit aux besoins du cas concret replace l'équité, cette « vertu personnelle, qui consiste à régler sa conduite sur le sentiment naturel du juste et de l'injuste »⁶, au centre de l'application du droit. Elle permet de remédier, si besoin, au

¹ D. Salas, « L'Équité ou la part maudite du jugement », *Justices* n° 9, Janvier/Mars 1998, p. 109.

² A. Girardet, « L'équité du juge : si on levait le voile ? », *Justices* n° 9, Janvier/Mars 1998, p. 1.

³ N. Cayrol, *Droit de l'exécution*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. « Précis Domat », 2016, n° 585, p. 326.

⁴ P. Bellet, « Le juge et l'équité », in Mél. R. Rodière, Dalloz, 1981, p. 10.

⁵ Rép. civ., Dalloz, v° Équité, 1972, par P. Jestaz, n° 1.

⁶ L. Cadiet, « Efficience versus équité », in Mél. J. van Compernelle, 2004, Bruylant, p. 26.

« tranchant »¹ des règles objectives. C'est ce qui fait du droit autre chose qu'une science car le droit est aussi un art subtil : l'art du bon et de l'équitable, *jus est ars boni et aequi*. Ce recours à l'équité modulatrice « impose à l'auteur de la règle ou de la décision de faire prévaloir l'axiome selon lequel le droit est fait pour l'homme et non l'homme pour le droit »². Le droit strict ne gouverne que jusqu'à un certain point. Jusqu'au point où le juge décide que cette application produit des effets qui ne sont pas appropriés. Entre alors en jeu l'équité, laquelle ne doit pas être vue comme une « sorte de joker ou de valet d'atout qui assure une justice parfaitement juste »³ mais comme le seul moyen dont dispose le juge pour adapter les règles aux besoins concrets des litiges et tendre vers la solution juste. Ainsi comprise « l'équité n'est pas l'antithèse du droit positif, mais son achèvement ; le dernier acte de cette entreprise collective »⁴. Elle introduit « dans l'application mécanique du droit une appréciation de la justesse et de la justice des conséquences. L'équité modulatrice, c'est cette raison éclairée qui repose sur le libre arbitre du juge et qui permet de parvenir à une individualisation indispensable de la règle de droit.

§2. L'individualisation de la règle

272. Casuistique nécessaire dans l'application du droit. Lorsqu'elle conduit à réguler l'application des règles de droit, l'équité consiste en « une méthode casuistique portée vers l'individualisation et la recherche de la solution adaptée à l'espèce »⁵. Cette recherche d'adaptation n'entre pas en contradiction avec le caractère général et impersonnel des règles de droit. Au contraire, c'est la vocation de ces dernières que d'être individualisées⁶. Elle préserve les justiciables d'une application mécanique qui ne ferait qu'altérer la qualité de la réalisation du droit. « Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie »⁷ énonçait Portalis. « Le mot équité désigne une certaine aptitude ou disposition d'esprit qui distingue le juge éclairé de celui qui ne l'est pas, ou qui l'est moins. Alors l'équité n'est, dans le magistrat, que le coup

¹ Ph. Blondel, « Le fait source de droit », in Mél. P. Draï, Dalloz, 2000, p. 204.

² F. Hage-Chahine, « Dans L'équité ou les équités. Confrontation Occident et monde arabe », Société de législation comparée, 2004, p. 239.

³ *Ibid.*

⁴ M. Villey, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1986, 4^e éd., t. II, p. 229.

⁵ S. Zaki, « Définir l'équité », APD, Sirey, Tome XXXV, 1990, n° 3, p. 88.

⁶ En ce sens, v. : J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 3^e éd., 1998, n° 43, p. 52.

⁷ J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, (1801), préf. M. Massenet, éd. Confluences, 2004, coll. Voix de la cité, p. 16.

d'œil d'une raison exercée par l'observation, et dirigée par l'expérience »¹. Cette individualisation de la règle est une opération complexe, riche d'une multitude de critères qui doivent en guider la mise en œuvre. Il s'agit toujours de prendre en compte les circonstances mais parfois, l'accent sera mis sur la personnalité du plaideur en cause et, d'autres fois, sur la situation dans son ensemble.

273. Critère personnel. L'individualisation de la règle se fera, dans certains cas, en fonction de la personnalité de la partie qui devra en supporter l'application. L'individualisation prend alors la forme d'une personnalisation, au sens propre, du droit. Le droit pénal constitue par exemple un champ particulièrement intéressant dans lequel s'exprime ce critère. Le plus remarquable est que le besoin de personnalisation se combine avec une autre exigence, celle d'une application rigoureuse des textes qu'exprime le principe d'interprétation stricte du droit pénal prévu par l'article 111-4 du Code pénal². Malgré cette nécessité, le droit pénal ne peut se passer plus qu'un autre de l'individualisation du droit. La détermination de la sanction applicable à l'auteur d'une infraction en donne une illustration. Dans ce domaine, le juge dispose d'une marge de liberté importante qui lui permet de parvenir à une personnalisation indispensable de la solution. C'est Saleilles qui a été précurseur dans la démonstration de ce besoin de souplesse dans la réalisation du droit. Dans son ouvrage *L'individualisation de la peine*, publié en 1898, il a montré que cette individualisation ne pouvait être qu'une opération pratique et concrète. « En réalité, il n'y a pas d'individualisation légale. La loi ne peut en effet prévoir que des espèces, elle ne connaît pas les individus »³. Le juge, lui, qui est avec la réalité, est censé les connaître, de sorte que c'est sur ses épaules que repose la charge de cette personnalisation. Ce principe est aujourd'hui pleinement consacré. Il est inscrit dans les premières dispositions du Code pénal, en particulier en son article 132-24 qui dispose que les peines « peuvent être personnalisées » selon les modalités qu'il détermine. Cette individualisation est perçue comme « la clé de voûte de la pénologie moderne »⁴ en ce qu'elle permet au juge de « pondérer la sanction et personnaliser la peine en se gardant d'une application trop formelle, égalitaire et “mécanique” de la loi (...) »⁵. C'est une liberté qui

¹ *Ibid.*

² Composé d'un alinéa unique, l'article 111-4 du Code pénal dispose : « la loi pénale est d'interprétation stricte ».

³ R. Saleilles, *L'individualisation de la peine*. Étude de criminalité sociale, Paris, 1898, rééd. en 1901 et 2001, F. Alcan, p. 141.

⁴ R. Ottenhof (dir.), *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, 2001, ERES, Coll. Criminologie et sciences de l'homme.

⁵ A. Girardet, *loc. cit.*, p. 4.

participe d'un besoin d'équité au sein de la matière pénale¹. C'est une garantie plus qu'un danger dans la mesure où elle préserve l'application du droit pénal d'une forme d'automatisme des peines qui se révélerait inefficace au regard des finalités, notamment « resocialisante », de la sanction pénale. La modulation judiciaire permet en somme d'écarter « les fausses certitudes de la légalité »². Le traitement de la délinquance s'obtient « non par la fixité de la peine, mais par l'ajustement de la sanction en fonction des circonstances de chaque espèce. Il n'existe donc plus d'équation mathématique entre l'infraction et la peine ; le rôle du juge ne se limite plus à distribuer des sanctions prévues par la loi »³. Il consiste plus substantiellement à penser la peine, à la façonner lui-même dans un cadre général prévu par la loi, et au moyen des outils juridiques que cette dernière lui fournit. C'est à une peine sur-mesure que permet d'aboutir la faculté de modulation du juge⁴. En cela, elle agit contre une application aveugle des règles de droit. « À travers le processus d'individualisation judiciaire se réalise le passage de la peine arbitrairement prévue par la loi à la sanction concrète déterminée dans son espace et sa quotité »⁵. Deux personnes condamnées pour le même acte infractionnel pourront se voir prescrire deux peines différentes. Le juge n'est pas un distributeur automatique de peines. Il se prononce au regard de la personnalité de l'agent, de ses motivations, de ses perspectives de réinsertion, etc⁶. Le rôle du libre arbitre du juge est si important qu'il n'est même pas demandé à ce dernier de se justifier. Selon la Cour de cassation, les juges du fond disposent, quant à l'application de la peine, dans les limites fixées par la loi, d'une faculté discrétionnaire dont ils ne doivent aucun compte⁷. Le droit laisse au

¹ En ce sens : Ch. Pitchers, « L'équité dans la décision pénale », in *Justice et équité*, Justices n° 9, 1998, Dalloz, p. 136.

² D. Salas, « Une relecture de l'individualisation de la peine », in *L'individualisation de la peine*, Toulouse, ERES, « Criminologie et sciences de l'homme », 2001, n° 5, p. 199.

³ E. Dreyer, *Droit pénal général*, Litec, 4^e éd., 2016, n° 134, p. 109. L'auteur voit dans cette individualisation, le signe d'une « dilution » de la sanction pénale.

⁴ V. J.-C. Soyer, « une certaine idée du droit...de la sanction pénale », in Mél. A. Decocq, Litec, 2004, pp. 557 s.

⁵ E. Rotman, « Le sens de l'individualisation judiciaire », RSC, 1977, p. 437.

⁶ En ce sens : J.-C. Soyer, « Une certaine idée du droit...de la sanction pénale », in Mél. A. Decocq, Litec, 2004, p.563.

⁷ V. par ex. : Crim., 3 nov. 1955, Bull. crim. n°540.

La seule limite concerne la peine d'emprisonnement. Les dispositions de l'article 132-24 imposent au juge pénal de motiver le prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme au regard de sa nécessité, du caractère inadéquat de toute autre sanction, de la gravité de l'infraction et de la personnalité de l'auteur : Crim., 8 oct. 2014, Bull. crim. n° 202 ; Dalloz actualité, le 5 nov. 2014, obs. Léna ; AJ pénal 2015. 200, obs. Lasserre Capdeville ; Dr. pénal 2015. Chron. 3, obs. Bonis-Garçon.

juge le soin de composer la sanction en fonction de son appréciation de la cause¹. Le libre arbitre du juge permet l'expression d'une adaptabilité nécessaire de la sanction pénale².

274. Critère situationnel. Dans d'autre cas, ce n'est pas spécifiquement la personnalité d'une partie qui justifiera cette faculté d'individualisation du juge mais des considérations plus générales, qui tiennent davantage à la situation du litige au sens des conditions matérielles ou morales dans lesquelles se trouve une personne. Le juge doit parfois s'appuyer sur un critère situationnel pour procéder à l'adaptation de la règle applicable au litige. C'est le cas chaque fois qu'il doit contextualiser la règle avant de la mettre en œuvre, c'est-à-dire lorsqu'il lui est demandé d'analyser la règle objective à l'aune des circonstances d'ensemble du litige.

275. Exemple de l'astreinte. Par exemple, le régime juridique de l'astreinte illustre particulièrement bien l'application de ce critère situationnel dans l'individualisation des règles de droit. L'astreinte est une mesure d'exécution³ qui relève de l'*imperium* du juge. Elle consiste en la condamnation d'une personne, accessoire à une décision de justice, à payer une certaine somme d'argent par période de retard dans l'exécution d'une obligation. La condamnation pécuniaire croît en fonction du degré de résistance de la partie condamnée à la supporter. Il s'agit de « frapper le portefeuille pour ébranler la volonté »⁴ ; plus spécifiquement pour vaincre la résistance du débiteur. Parce qu'elle présente un caractère comminatoire, l'astreinte repose sur un équilibre subtil. Elle doit être ni trop faible, ni trop élevée. Trop faible, elle serait indolore et trop peu contraignante pour pousser le débiteur à l'exécution. Trop élevée, elle perdrait de son intérêt en désabusant le débiteur. Pour trouver cet équilibre, le droit de l'exécution forcée s'en remet au libre arbitre du juge. Le juge apprécie, à son gré, l'opportunité de prononcer une astreinte. En matière civile⁵, c'est l'article L. 131-1 du Code des procédures civiles d'exécution qui le prévoit. Après avoir précisé que tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision,

¹ Cette dispense de motivation a pu être critiquée par des auteurs qui ont relevé que la faculté d'individualisation de la peine devrait être contrebalancée par une exigence accrue de motivation. « L'individualisation devrait être génératrice de contrainte pour le juge » : E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 136, p. 110.

² V. pour le risque de cette variabilité : I. Dréan-Rivette, « L'article 132-24 alinéa 2 : une perte d'intelligibilité de la loi pénale ? », *AJ pénal* 2006, p. 117 ; J. Larguier, « Mort et transfiguration du droit pénal », *in* Mél. M. Ancel, Pedone, 1975, t. 2, p. 138 : « toute les peines sont presque arbitraires en cette République ».

³ R. Perrot, « L'astreinte à la française », *in* Mél. J. Van Compernelle, Bruylant, 2004, p. 487.

V., pour une étude plus ancienne : H. Vizioz, « Les pouvoirs du juge des référés en matière d'astreinte », *JCP G* 1948, I, 689.

⁴ J. Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*, PUF, 22^e éd., 2000, n° 373.

⁵ La règle est la même en matière administrative. V. CJA, art. L. 911-1. V. J.Cl. Administratif, « Astreinte », 2016, par A. Béal.

le texte ajoute que le juge de l'exécution peut assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge « si les circonstances en font apparaître la nécessité ». La Cour de cassation considère que le juge qui prononce l'astreinte le fait en vertu d'un pouvoir discrétionnaire qui le dispense de motivation¹. Reste ensuite à en fixer le montant. C'est à lui qu'il revient d'« apprécier le montant susceptible de faire réfléchir sérieusement le débiteur aux conséquences de l'inexécution en lui faisant comprendre qu'il lui en coûtera davantage que de se soumettre à l'ordre du juge »². La détermination du montant se fait *in concreto*, au cas par cas au regard d'un ensemble de considérations qui tiennent aux circonstances du litige. Le juge dispose également d'une liberté quasi totale pour déterminer les modalités de l'astreinte, ce qui signifie qu'il peut choisir entre une astreinte définitive et une astreinte provisoire. Dans ce dernier cas, il lui revient d'arrêter le montant définitif de la condamnation, en fonction de détails qu'il aura identifiés. En matière civile, la Cour de cassation a précisé que le montant de l'astreinte provisoire doit être liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter³. L'appréciation relève, comme en matière administrative⁴, du pouvoir souverain du juge chargé de la liquidation⁵. Le régime de l'astreinte est construit autour du libre arbitre du juge et de sa faculté à confronter la règle aux particularités de l'affaire en cause.

276. Critère situationnel et « équité ». Ce critère situationnel apparaît en filigrane lorsque le droit charge le juge de tenir compte de l'« équité » pour ajuster l'application d'une règle de droit. L'utilisation de ce terme par un texte tend généralement à alerter le juge sur la nécessité de percevoir la situation dans sa globalité pour enrichir la règle d'éléments qui ne peuvent pas être perçus de façon abstraite. Par exemple, en droit de la famille, la question du divorce fait particulièrement intervenir la faculté de modulation du juge, ce qui est tout à fait compréhensible compte tenu du caractère sensible de ce type de litiges. Une illustration peut être trouvée en matière de rupture du lien conjugal, en particulier en ce qui concerne les suites

¹ Civ. 3^e, 3 nov. 1983, Bull. civ. 1983, III, n° 219.

² J.Cl. Procédure civile, « Astreinte - prononcé », 2014, par Y Desdevises et N. Gerbay, n° 59.

³ Civ., 2^e, 9 janv. 2014, n° 12-25.297, RD banc. et fin. 2014, comm. 56, S. Piedelièvre.

Cependant, pour apprécier le comportement adopté par le débiteur pour exécuter l'injonction, les juges du fond doivent se placer à compter du prononcé du jugement fixant l'injonction et ne pas tenir compte de son comportement antérieur : Civ. 2^e, 17 mars 2016, n° 15-13.122.

⁴ En matière administrative, le juge peut librement majorer ou minorer l'astreinte : CE, 22 mars 1999, *Bergeron*, JurisData n° 1999-050343 ; Rec. T. p. 968. Mais il résulte des articles L. 9, L. 911-7 et L. 911-8 du Code de justice administrative que la décision par laquelle la juridiction ayant prononcé une astreinte provisoire statue sur sa liquidation présente un caractère juridictionnel. Elle doit donc être motivée. Le juge doit préciser les motifs qui le conduisent à procéder à une telle modulation de l'astreinte : CE, 6 oct. 2010, n° 307683, *Commune de Castellet*, JurisData n° 2010-017768 ; Rec. p. 368 ; JCP A 2011, act. 2158.

⁵ Civ. 2^e, 3 juill. 1996, n° 94-17.168, inédit, D. 1997, jurispr. p. 231, note L. Boré.

d'une décision de divorce. Il est prévu, aux termes de l'article 270 du Code civil, que si le divorce met fin au devoir de secours entre époux, l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Le texte donne cependant au juge la liberté d'adapter cette règle de principe aux circonstances concrètes de la cause. Il confère au juge la possibilité de refuser d'accorder une telle prestation « si l'équité le commande ». Il lui suggère de se prononcer soit en considération des critères prévus à l'article 271¹, soit, lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture. Les critères utilisés, qui se regroupent en vérité sous la notion d'équité, sont délicats à cerner, de sorte que « des divergences d'appréciation sont susceptibles de survenir d'une juridiction à l'autre »². Un juge a pu estimer que le simple abandon du domicile conjugal ne constitue pas une circonstance particulière de nature à priver une épouse de cette prestation compensatoire³. En revanche, un autre juge a pu estimer l'inverse en relevant l'attitude incompréhensible de l'épouse qui, abandonnant mari et enfants avait choisi, sous l'emprise d'un « guide »⁴, une vie exclusivement spirituelle. Autre exemple, une juridiction a pu priver une épouse du bénéfice de cette prestation compensatoire en raison de son alcoolisation excessive et des injures proférées de manière répétée à l'encontre de son mari⁵. Pour le juge, ce comportement était difficilement conciliable avec une demande de prestation. À s'en tenir à l'application de la règle de principe, le droit aurait abouti à un comble : le mari régulièrement affublé de noms

¹ C. civ., art. 271 : « La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible.

À cet effet, le juge prend en considération notamment :

- la durée du mariage ;
- l'âge et l'état de santé des époux ;
- leur qualification et leur situation professionnelles ;
- les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne ;
- le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial ;
- leurs droits existants et prévisibles ;
- leur situation respective en matière de pensions de retraite en ayant estimé, autant qu'il est possible, la diminution des droits à retraite qui aura pu être causée, pour l'époux créancier de la prestation compensatoire, par les circonstances visées au sixième alinéa ».

² C. Siffrein-Blanc, « L'éviction d'une prestation compensatoire au nom de l'équité », note ss., Civ., 1^{re}, 8 juil. 2010, AJ fam. 2010. 492.

³ Rouen, 6 déc. 2007, Juris-Data n° 350809.

⁴ Montpellier, 5 févr. 2008, AJ fam. 2008. 395, obs. David.

⁵ Toulouse, 9 oct. 2007, Juris-Data n° 344895.

d'oiseaux aurait dû en plus verser une somme d'argent à son ex-épouse... La juge a considéré qu'il convenait d'éviter au pauvre homme un pareil sort.

L'utilisation du terme équité pour appeler le juge à l'application du critère situationnel se retrouve également lorsqu'il est demandé à ce dernier de s'intéresser à la situation des plaideurs, non au sens propre mais au sens plus courant du terme. C'est la situation pécuniaire qu'il doit parfois prendre en considération pour ajuster la règle aux circonstances litigieuses. L'application du droit devient variable en fonction de la fortune des plaideurs, plus ou moins importante. Le droit processuel recourt à ce critère en ce qui concerne un aspect auquel toute partie à un litige est sensible : la question des frais de l'instance. En principe, les frais qualifiés de dépens doivent être supportés par une partie désignée, en l'occurrence la partie perdante. La règle est par exemple énoncée très clairement à l'article R. 761-1 du Code de justice administrative ou à l'article 696, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile conformément à un principe ancien qui existait déjà en droit romain et dans l'ancien droit. Le droit processuel aménage cependant au juge la liberté de décider d'une modification de la répartition prédéterminée. Les textes qui posent le principe laissent au juge la possibilité d'y déroger. Par exemple, l'article 696, alinéa 2, du Code de procédure civile dispose que ce dernier peut, par décision motivée, mettre la totalité ou une fraction seulement des dépens à la charge d'une autre partie. C'est également le cas du juge administratif qui peut, « en raison des circonstances particulières d'une affaire, décider de faire supporter tout ou partie des dépens à la partie qui l'emporte »¹. Ensuite, une fois déterminée la partie qui supportera la charge des dépens, le juge doit également mettre à sa charge les frais qui n'entrent pas dans cette catégorie, autrement dit les frais irrépétibles. L'article 700 du Code de procédure civile prévoit que « le juge condamne la partie tenue aux dépens ou qui perd son procès à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ». Mais, là encore, il laisse au juge la possibilité d'adapter cette règle aux circonstances. Il lui demande de tenir compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée et lui donne la possibilité de décider, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, de dire qu'il n'y a pas lieu à ces condamnations. L'article L. 761-1 du Code de justice administrative reprend la même formulation en ce qui concerne les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel.

¹ CE, sect., 17 mars 1972, *Auchier*, Rec. p. 231 ; CE 24 avr. 1974, *Jaubert*, Rec. p. 247 ; CE 23 févr. 1990, *Cne de Plénée-Jugon c/ Cts Moulin*, req. n° 72530, Rec. T. p. 930 ; CE 20 avr. 2005, *Mme Cocordano*, req.n° 257580, Rec. T. p.1051 et p.1071.

La Cour de cassation admet aujourd'hui que le juge bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'équité¹. Le seul visa du texte dans la décision suffit, sans autre justification, à justifier une condamnation au titre des frais irrépétibles². Il n'est demandé au juge aucune explication sur les raisons qui l'ont conduit à adapter la règle de principe fixée à l'alinéa premier de ce texte. Il décide en conscience de la répartition qu'il estime la plus juste. Il peut mettre à la charge d'une partie ou d'une autre la totalité des frais, diviser ces frais en parts égales ou en mettre plus à la charge de l'une que de l'autre. Tout dépend des circonstances. Les plaideurs n'ayant pas les mêmes capacités financières, le juge doit pouvoir déterminer *in concreto* la distribution des frais. Le droit processuel place ainsi toute sa confiance dans le libre arbitre du juge, c'est-à-dire dans sa faculté à déterminer dans le concret d'une situation litigieuse quelle est selon lui la meilleure répartition possible.

277. En parallèle de cette faculté de modulation de la règle applicable, le juge dispose également d'une autre faculté de modération qui révèle également l'utilité de ce libre arbitre en ce qu'elle permet d'exclure l'application d'une règle lorsqu'elle paraît inadaptée à l'espèce en cause ; en un mot, de la neutraliser.

¹ Civ. 2^e, 10 oct. 2002, n° 00-13.832, Bull. civ. II n° 219 ; Rev. huiss. 2003 p. 97 obs. M. Douchy ; Civ. 2e, 6 mars 2003, n° 02-60.835, Bull. civ. II, n° 54 ; Civ. 2^e, 22 mars 2006, n° 04-17.215, Bull. civ. II, n° 85 ; Soc., 9 mai 2006, n° 04-43.495 ; Civ. 1^{re}, 16 janv. 2007, n° 06-10.460 ; Com., 6 nov. 2007, n° 05-15.152 ; Civ. 3e, 29 mars 2011, n° 10-15.619 ; Civ. 2^e, 8 mars 2012, n° 11-10.679 ; Civ. 2^e, 6 déc. 2012, n° 11-26.146. Sur une critique de la nature discrétionnaire de ce pouvoir, Rembauville-Nicolle, « Du bon usage des dispositions de l'article 700 du NCPC », Gaz. Pal. 8-12 avril 2007 p. 846.

² V. en mat. administrative, précisant que la simple mention des « circonstances de l'espèce » suffit à motiver la décision sur le bénéfice des frais irrépétibles : CE 7 oct. 1992, *Min. Agriculture c/ Scherrer*, req. n° 116369, Rec. T. p. 1227.

Section 2 : La neutralisation des règles de droit

278. Modération du droit. La faculté du juge de neutraliser l'application d'une règle de droit participe du contrôle concret qu'il doit effectuer au moyen de son libre arbitre. Là encore, il ne s'agit pas de la neutraliser *a priori* mais après une confrontation de la solution qu'elle ordonne aux circonstances d'une affaire particulière. Il est question non pas d'une modulation d'une règle de droit - qui ne peut aller jusqu'à paralyser cette dernière - mais d'une modération. La faculté modératrice consiste, pour le juge, à écarter l'application d'une règle normalement applicable lorsque cette application lui paraît produire des conséquences excessives. Elle lui permet de choisir de corriger « ce que l'application stricte des règles de droit avait d'insuffisant ou de trop dur »¹. En d'autres termes, une règle est applicable au litige et devrait commander sa solution mais le juge va en décider autrement en l'écarter au regard des conséquences qu'elle est susceptible de produire dans une espèce donnée. Historiquement, cette faculté de neutralisation est une part importante de son office. Elle relève de ce que Savigny² appelait le « Droit anormal », le *jus singulare* des romains, qui se distingue du Droit normal, *jus commune*, lequel s'apparente à un droit pur, *strictum jus*, en ce qu'il se déduit de la *ratio juris*. Le *jus singulare*, c'est le droit confronté aux exigences pratiques, aux *utilitas*³. « L'ordre juridique est patent, et voilà pourtant qu'une autre force l'emporte, à ce seuil où le sommet du droit serait un sommet d'injustice : à ce point, (la bonté du législateur) relâche la pression du droit ; pouvoir extrême qui ne peut être, dans le système, qu'un secours ultime, sursaut, rejet du pire ou de l'excès, dernier ressort, refus de l'orgueil juridique absolu »⁴. Cette faculté du juge se manifeste « chaque fois que la correction imposée se fait dans le sens d'une réduction, d'une modération de la rigueur de la règle de droit normalement applicable »⁵. Il s'agit d'une liberté dont le bénéficiaire est plus rare que celle qui laisse au juge le soin de moduler l'application du droit⁶. Elle est également différente car il ne

¹ F. Nivet, « Équité et légalité », *Justices* n° 9, Janvier/Mars 1998, p. 192.

² Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guénoux, LGDJ, Paris, Coll. « Les Introuvables Droit privé », 2002, rééd. de l'éd. de 1841, T. I, p. 281 s.

³ V. R. Von Jhering, *L'Esprit du Droit romain*, trad. O. Meulenaere, 1877, T. III, p. 29 : « Le besoin pratique (*l'utilitas*) exigera parfois que la règle abstraite soit sacrifiée au profit d'un rapport particulier et qu'une question générale en elle-même soit décidée dans son application spéciale à ce rapport. Tel est le *jus singulare* des Romains ».

⁴ G. Cornu, « La bonté du législateur », *RTD Civ.* 1991, p. 283.

⁵ C. Brunet, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Th Paris, 1973, p. 13.

⁶ Le premier à en avoir donné les critères est le doyen Cornu dans son *Vocabulaire juridique*. V. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11^e éd., 2016, v° Pouvoir modérateur, p. 665 : « Pouvoir exorbitant conféré au juge par la loi dans des cas spécifiés (exceptionnels) de déroger à l'application

s'agit pas d'adapter la règle aux nécessités de l'espèce mais de déterminer s'il convient de la neutraliser pour éviter l'excès qu'elle produit dans l'espèce en cause (§1). En cela, la faculté modératrice du juge exprime l'intervention de l'équité correctrice du juge, qui permet de remédier aux effets négatifs de l'impersonnalité des règles objectives (§2).

§1. La prise en compte des conséquences excessives de la règle

279. Inflexion de la règle. Les règles de droit sont ce qu'elles sont. En posant des prescriptions, elles visent un idéal abstrait. Elles déterminent ce qui doit être fait ou ce qui ne doit pas l'être. Elles disent ce qui est juste, au sens littéral du terme, c'est-à-dire ce qui est conforme au *jus*, au droit. Mais elles sont condamnées, par leur impersonnalité, à poser le juste dans l'abstrait. Elles sont dans l'impossibilité de saisir l'infinie diversité de la réalité humaine. Lors de leur réalisation, apparaît parfois un décalage entre ce qui devrait être et ce qui est. Jean Carbonnier envisageait ce problème sous l'appellation d'« incidence de la loi », une formule qui désigne, selon lui, « une retombée de la loi en dehors de la cible »¹. Philippe Malaurie l'aborde quant à lui de façon plus frontale encore en parlant d'effet pervers de la loi pour viser le cas dans lequel la règle produit un effet « complètement contraire à celui que ses auteurs attendaient »². Il y a derrière ces termes la même idée : l'application rigoureuse des textes ne permet pas d'imposer une solution satisfaisante au litige. C'est le juge qui doit être placé en « correcteur nécessaire du droit posé et positif, car la règle de droit, infirme de sa généralité, ne peut appréhender avec justesse l'ensemble des cas particuliers »³. D'où la nécessité de lui confier une mission correctrice pour éclairer l'application du droit de la prise en compte des circonstances concrètes de chaque affaire. Le juge peut être amené à « vivifier »⁴ la règle en introduisant un élément de souplesse dans sa mise en œuvre. La faculté correctrice du juge témoigne « d'un scepticisme émanant des pouvoirs législatifs et réglementaires qui reconnaissent leur impossibilité à garantir la complétude du droit par des textes (...) »⁵. Par sa faculté correctrice, le juge peut confronter le juste légal et le juste concret. Il peut rechercher si le juste légal coïncide avec le juste concret. Or, cette recherche est le produit du libre arbitre du juge. Le juste est une notion « à la fois universelle et

normale de la règle de droit (strict), lorsque celle-ci entraînerait des conséquences d'une rigueur manifestement excessive ».

¹ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Anthologie du droit, 10^e éd., 2014.

² P. Malaurie, « L'effet pervers des lois », in Mél. G. Cornu, PUF, 1994, p. 309. V. aussi, adoptant la même appellation : G. Pignarre, « L'effet pervers des lois », RRJ 1994, p. 1097.

³ J. Fisher, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM., 2004, n° 19, p. 37.

⁴ *Ibid.*

⁵ Rép. civ., Dalloz, v° Équité, 2011, par C. Albiges, n° 46.

subjective »¹ qui « humanise la loi »². La faculté modératrice est une garantie d'intelligence dans la réalisation du droit. Elle introduit dans l'application mécanique des règles objectives et abstraites « une appréciation de la justesse et de la justice des conséquences »³. Elle permet d'accorder une « dispense »⁴ en ce qu'elle tend à éviter « les conséquences trop rigoureuses de l'application de la loi »⁵. La principale critique qui peut être adressée à cette faculté modératrice est d'insuffler, dans la mise en œuvre du droit, une trop grande part d'incertitude. Ce qui est craint, c'est de « donner libre cours à l'arbitraire du juge, puisque celui-ci justifie la dérogation au gré des espèces par des critères qui l'inspirent, sans pour autant s'imposer dans l'avenir à d'autres affaires »⁶. La faculté de modération repose effectivement sur le libre arbitre du juge mais ce n'est pas un mal. C'est ce qui fait du juge l'organe d'une « justice incarnée, une étincelle de vie nécessaire pour animer la mécanique froide et insensible du droit »⁷. La possibilité dont il bénéficie de neutraliser la règle lorsqu'elle produit des conséquences excessives donne à l'acte d'application du droit toute son épaisseur. La décision intègre pleinement sa prudence, « cette vertu qui conjugue les certitudes de la raison et les évidences de l'intuition »⁸. C'est l'importance, au sein de l'acte de juger, du recours à l'équité correctrice que dévoile la faculté de neutralisation concrète du droit dont dispose le juge.

§2. Le recours à l'équité correctrice

280. Si « juger est un art »⁹, c'est parce que cet acte consiste à réduire le décalage qui peut exister « entre la matière juridique abstraite et la réalité sensible du droit »¹⁰. La règle n'est plus appliquée pour elle-même mais au regard des conséquences qu'elle produit dans une espèce donnée. Historiquement, la faculté modératrice du juge correspond à la fonction première de l'équité (A), une équité dont les manifestations concrètes permettent de mesurer l'importance du libre arbitre du juge dans la modération des règles de droit (B).

¹ N. Dion, « Le juge et le désir du juste », D. 1999, p. 195.

² *Ibid.*

³ P. Deumier, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 102, p. 96.

⁴ C. Blanchard, *La dispense en droit privé*, préf. P. Conte, Éditions Panthéon Assas, Thèses, 2010.

⁵ *Ibid.*

⁶ Ph. Le Tourneau, « Préface », *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004, p. 13.

⁷ J. Fisher, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004, n° 2, p. 20.

⁸ Ph. le Tourneau, « Préface », in J. Fisher, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004, p. 12.

⁹ A. Garapon, J. Allard et F. Gros, *Les vertus du juge*, Dalloz, 2008, p. 9.

¹⁰ J. Fischer, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, *op. cit.*, n° 1, p. 19.

A. La fonction première de l'équité

281. *Epieikeia*. La faculté de modération contribue à libérer le juge « de la stricte application du droit légiféré »¹ en lui conférant la possibilité de « (tenir) en échec l'application rigoureuse de la loi »². Autrement dit, « en même temps qu'il énonce une formule générale, le législateur charge le juge de la compléter pour le cas particulier non point selon son sentiment personnel, mais dans le sens de l'équité »³. Ce n'est pas la fantaisie ou le bon-vouloir du juge qui est mis en avant, c'est le sens d'équité du juge. Il lui est parfois demandé de tenir compte des particularités du cas dans son application des règles de droit : « le juge doit alors peser les intérêts en présence afin de les équilibrer, de les égaliser au sens de l'égalité proportionnelle (équité, d'*aequitas*, égalité, *arquus*, égal) »⁴. Pour Aristote⁵, l'équité, l'*epieikeia*, doit être envisagée comme un moyen de combler les lacunes de la loi qui, par sa généralité, ne permet pas toujours de parvenir à la solution juste. Pour lui, « la nature de l'équité, c'est précisément de redresser la loi là où elle se trompe, à cause de la formule générale qu'elle doit prendre »⁶. L'équitable est « une heureuse rectification de la justice rigoureusement légale »⁷, un moyen de corriger l'erreur qui peut résulter de la tournure trop générale de la loi dans des cas particuliers qu'elle n'a pas pu régir avec suffisamment de précision. Surtout, pour Aristote⁸, cette équité correctrice est rendue nécessaire par une limite inhérente aux lois positives qui tient à la nature des choses pratiques. Elle permet au juge d'exprimer la *phronesis*, c'est-à-dire la prudence envisagée comme la vertu de la raison dans son activité de délibération sur l'action à entreprendre. Le juge ne peut se contenter d'appliquer des règles générales mais il doit délibérer pour déterminer si elles sont compatibles avec les circonstances toujours particulières des affaires qui se présentent à lui. Domat insista sur la nécessité de « préférer l'équité à (la) rigueur que paraît demander la lettre »⁹ des règles écrites dès lors que cette rigueur n'est pas essentielle à la loi. L'application concrète du droit est ainsi humanisée par la marge de liberté donnée au juge, laquelle lui permet « d'infléchir l'application d'une règle en

¹ C. Albiges, *L'équité en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, n° 261, p. 172-173.

² G. Cornu, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Cours de DEA de droit privé, Paris II, 1970-1971, p. 236.

³ J.-M. Grossen, « Le pouvoir modérateur de juge civil suisse », in Mél. G. Cornu, *Droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, 1994, p. 193.

⁴ L. Cadiet, « Efficience versus équité », in Mél. J. Van Compernelle, 2004, Bruylant, n° 3 p. 27.

⁵ V. C. Michon, « L'*epieikeia* aristotélicienne comme correctif de la loi », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* II, 2011, p. 35.

⁶ Aristote, *L'éthique à Nicomaque*, trad. R. Bodéüs, GF Flammarion, 2004, Livre 5, Chapitre 10, §6.

⁷ *Ibid.*, § 4.

⁸ V. C. Michon, « L'*epieikeia* aristotélicienne comme correctif de la loi », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, II, 2011, p. 35.

⁹ J. Rémy, *Œuvres complètes de J. Domat*, Tome 1, Paris, 1828, p. 87.

tenant compte de la situation subjective des parties »¹. En cela, la faculté de modération est l'« illustration du rôle salutaire – salvateur – que peut remplir le juge, hors l'application ordinaire du droit »².

B. Les manifestations de l'équité correctrice

282. L'équité correctrice est parfois expressément visée par la loi qui attend du juge qu'il procède à un contrôle des résultats produits par la règle dans une espèce donnée (1). Mais elle s'exprime également en l'absence d'une telle autorisation à travers le contrôle de proportionnalité qui est parfois opéré par le juge (2).

1. L'équité correctrice expressément autorisée par la loi

283. Appréciation concrète. La neutralisation d'une règle de droit par le juge dans le cadre d'un contrôle concret ne constitue pas une menace pour le droit mais un gage de qualité des décisions de justice. C'est ce qui explique que, le plus souvent, elle est directement prévue par le législateur qui demande au juge de déterminer s'il convient ou non de modérer une règle de droit pourtant applicable et, ce, au regard des conséquences excessives qu'elle peut avoir. L'équité se trouve ainsi « juridicisée »³ selon la formule de Bruno Oppetit. Les termes employés par la loi pour viser le recours à l'équité correctrice sont variables mais ils expriment toujours la même volonté. Le juge est expressément autorisé à mettre à l'écart la règle lorsque les conséquences produites par son application sont « manifestement contraire(s) à l'équité »⁴, « manifestement excessives »⁵, « d'une exceptionnelle dureté »⁶, etc. La modération repose sur un constat du juge, celui de l'excès auquel aboutit l'application

¹ A. Tunc, « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », in *L'hypothèse du non-droit*, 30^e séminaire organisé à Liège les 21 et 22 oct. 1977, Liège, 1978, p. 295.

² V. G. Cornu, *Droit civil. Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé, 2007, n° 179, p. 98.

³ B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, Précis, 1999, p. 121.

⁴ Par ex. : C. civ., art. 1579. Le Code civil prévoit des règles précises d'estimation des biens dans le régime de la participation aux acquêts. Il précise toutefois en son article 1579 que « si l'application des règles d'évaluation prévues par les articles 1571 et 1574 ci-dessus devait conduire à un résultat manifestement contraire à l'équité, le tribunal pourrait y déroger à la demande de l'un des époux ».

⁵ Par ex. : C. pr. civ., art. 524 qui donne au premier président de la cour d'appel la possibilité d'arrêter l'exécution provisoire lorsqu'elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives pour le débiteur.

⁶ Par ex. : C. pr. civ. éxe., art. L. 412-2. Le droit de l'exécution forcée donne au créancier titulaire d'un titre exécutoire de poursuivre l'expulsion de l'occupant sans droit ni titre de son bien. Cependant, l'article L. 412-2 dispose que « lorsque l'expulsion aurait pour la personne concernée des conséquences d'une exceptionnelle dureté, notamment du fait de la période de l'année considérée ou des circonstances atmosphériques, le délai prévu à l'article L. 412-1 peut être prorogé par le juge pour une durée n'excédant pas trois mois ».

rigoureuse de la règle de droit. Ce constat nécessite une appréciation de l'écart entre l'application du droit et l'état d'une situation. Or, par hypothèse, « les données de la comparaison sont relatives en ce qu'elles varient d'une situation à l'autre »¹. C'est la raison pour laquelle le droit abandonne cette appréciation au juge. Il refuse que l'exercice de la faculté de modération judiciaire soit effectué au regard d'un modèle unique applicable, indistinctement, à la même catégorie de litige. Ce qu'il attend du juge, c'est une analyse *in concreto* des faits de l'espèce destinée à déterminer si la règle produit un résultat excessif rendant inopportune son application. Le juge ne se voit donner aucun mode d'emploi. Il doit user de son libre arbitre pour savoir s'il convient ou non de neutraliser la règle.

284. Exemple du droit de l'exécution. Tous les domaines du droit illustrent ce besoin de contrôle que le juge est chargé d'assouvir. Le droit de l'exécution attire particulièrement l'attention en ce qu'il induit *quasi* naturellement une telle prudence dans l'application du droit. La faculté de modération judiciaire est depuis très longtemps présente dans ce domaine. Un auteur relève que « les injustices de l'exécution constituent un problème tout à fait classique, et même un problème antique »². La question a été abordée par Platon lui-même dans *La République*, au début du livre I³. Par la suite, Cicéron a repris cette idée en expliquant qu'il y a des cas « où les façons d'agir les plus dignes d'un homme juste, de celui que nous disons être un honnête homme, changent de caractère et en prennent un contraire ». Il prend l'exemple de la remise d'un dépôt ou de l'exécution d'une promesse. Pour lui, « les circonstances peuvent être telles que la justice consiste à ne pas tenir sa parole et à ne pas se croire engagé (...). Il peut y avoir des promesses, des contrats, dont la mise à exécution soit nuisible à celui qui a reçu la promesse et à celui qui l'a faite ». De là, la maxime : *summum ius, summa injuria* – droit rigoureux, suprême justice⁴. Il y a dans ses réflexions de Cicéron cette phrase qui renferme en filigrane tout le rôle du juge dans la correction de l'application des règles inéquitables : « l'édit du préteur souvent, la loi parfois, te libèrent de cette obligation »⁵. Il en est ainsi car une règle de droit ne produit pas toujours les résultats escomptés lorsqu'elle est mise en application. « Forcer la loi produit des injustices. Il y a

¹ D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2005, n° 52, p. 51.

² N. Cayrol, *Droit de l'exécution*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. « Précis Domat », 2016, n° 582, p. 324.

³ Pour illustrer le propos, le philosophe narre un dialogue entre Socrate et Céphale sur les bienfaits de la richesse. Socrate dit « cette vertu même, la justice, affirmerons-nous simplement qu'elle consiste à dire la vérité et à rendre ce que l'on a reçu de quelqu'un, ou bien qu'agir de la sorte est parfois juste, parfois injuste ? ». Il poursuit : « tout le monde convient que si l'on reçoit des armes d'un ami sain d'esprit qui, devenu fou, les redemande, on ne doit pas les lui rendre, et que celui qui les rendrait ne serait pas juste, non plus que celui qui voudrait dire toute la vérité à un homme dans cet État ».

⁴ Cicéron, *De officiis*, trad. de M. de Barrett, éd. Lallemand, 5^e éd., 1807, Livre I. chap. 10.

⁵ *Ibid.*

détournement du droit. Ce qui était juste apparaît injuste à l'exécution »¹. Aux prises avec la réalité du litige, c'est au juge qu'il revient de déterminer lorsqu'il convient d'écarter la règle qui avait vocation à s'appliquer au regard des circonstances de la cause.

285. Exécution provisoire. À cet égard, le cas de l'exécution provisoire est intéressant. Dans certains cas, il est permis de déroger à l'effet suspensif de l'appel en bénéficiant d'une exécution anticipée de la décision de première instance. En matière civile, certains jugements peuvent être mis à exécution par provision de plein droit². Dans ce cas, le bénéfice de cette exception est automatique. Dans d'autres cas, l'exécution provisoire peut être prononcée à la demande d'une partie ou d'office par le juge, sauf dans les cas où la loi l'interdit. Elle peut être ordonnée chaque fois que le juge l'estime utile eu égard à la nature de l'affaire, pour tout ou partie de la décision. Il y a donc, dans l'exécution provisoire, une certaine gradation dans le recours au libre arbitre du juge. Il est refusé en matière d'exécution de plein droit mais il est recherché lorsque le juge dispose de la liberté d'accorder le bénéfice de cette anticipation de l'exécution. En principe, la décision de justice constitue un titre pleinement exécutoire sur le fondement duquel le créancier peut poursuivre l'exécution forcée en cas de résistance du débiteur. Le droit de l'exécution veille cependant à ce que cette exécution anticipée ne se fasse pas à n'importe quel prix pour le débiteur. L'article 524 du Code de procédure civile permet au premier président de la cour d'appel de faire obstacle à cette exécution provisoire lorsqu'elle aurait des conséquences manifestement excessives pour le perdant³. Il confie au juge un véritable pouvoir modérateur en lui donnant la possibilité de contrôler l'opportunité de l'exécution provisoire ordonnée en première instance au regard des conséquences qu'elle pourrait avoir. Il dispose de la possibilité d'apprécier la nécessité de faire échec à cette exécution. La Cour de cassation reconnaît aux premiers présidents un pouvoir souverain d'appréciation⁴. Il se contente de leur donner des guides d'appréciation en précisant que les conséquences manifestement excessives doivent être appréciées d'une part au regard des facultés de paiement du débiteur et, d'autre part, aux facultés de remboursement du créancier

¹ N. Cayrol, *Droit de l'exécution*, *op. cit.*, n° 583, p. 325.

² C. proc. civ., art. 514 al. 1^{er}.

³ Les conditions de l'arrêt de l'exécution provisoire ne se limitent pas aux conséquences manifestement excessives. Du reste, elles varient selon qu'il s'agit d'une exécution provisoire de droit ou ordonnée par un juge. V. C. pr. civ., art. 524.

⁴ Civ. 2^e, 11 juill. 1977, n° 76-14.094, Bull. civ. II, n° 184 ; Civ. 2^e, 29 mai 1991, n° 89-22.002, Bull. civ. II, n° 169 ; Civ. 2^e, 5 juin 1996, n° 94-12.803, Bull. civ. II, n° 139 ; Gaz. Pal. 1997. 1. Somm. 205, obs. Croze et Morel ; Soc., 11 déc. 1990, n° 86-45.377, Bull. civ. V, n° 641.

en cas d'infirmité de la décision¹. Mais seules les circonstances de l'espèce en cause doivent entrer en ligne de compte, de sorte qu'aucune considération de fond liée à la régularité ou au bien-fondé du jugement frappé d'appel² ne doit guider l'appréciation du juge. En fonction des circonstances, le juge peut estimer que la situation du débiteur ne nécessite pas un arrêt de l'exécution provisoire ou au contraire qu'elles justifient un tel arrêt. Tout dépend de l'appréciation, par le juge, des circonstances propres à chaque affaire.

Par exemple, une société avait été condamnée à payer par provision à un employé des sommes au titre d'heures supplémentaires et d'un licenciement déclaré nul. La société invoquait une forte baisse de son chiffre d'affaires pour demander l'arrêt de l'exécution provisoire. Appréciant concrètement la situation économique de la débitrice, le premier président d'une cour d'appel a considéré que les conséquences manifestement excessives de l'exécution n'étaient pas rapportées alors même que le chiffre d'affaires annuel de la société était très largement inférieur à la somme due au créancier !³.

À l'inverse, dans une autre affaire, un premier président avait admis la nécessité d'arrêter l'exécution provisoire d'une décision de première instance au regard de la situation d'une débitrice qui avait subi un redressement fiscal et qui était visée par un avis de recouvrement. Les considérations d'équité ressortaient clairement de l'arrêt rendu. Le premier président avait souligné que la débitrice, « étant veuve, retraitée, âgée de 69 ans » ne disposait pas des fonds suffisants pour désintéresser le Trésor public. Il s'était appuyé sur des avis d'impôt sur les revenus établissant un revenu annuel de 5380 euros et avait pris soin de relever que le patrimoine de cette dame était constitué pour l'essentiel, de l'appartement où elle a son domicile, sur lequel le Trésor Public avait déjà fait inscrire une hypothèque légale. L'exécution provisoire du jugement qui aurait, d'après le juge, conduit à une procédure de saisie immobilière du bien où résidait la débitrice aurait eu pour elle, « eu égard à son âge et à sa situation personnelle, des conséquences manifestement excessives »⁴. La décision illustre la volonté du juge de mettre en balance les intérêts en cause, une volonté dont la

¹ Ass. plen., 2 nov. 1990, n° 90-12.698, JCP G 1991, II, 21631, concl. Monnet ; RTD Civ. 1991, p. 169, obs. R. Perrot.

² Civ. 2^e, 23 oct. 1991, n° 90-15.272, Bull. civ. II, n° 281 ; Gaz. Pal. 1992. 1. Pan. 26 ; Civ. 2^e, 27 nov. 1996, n° 95-10.384, Bull. civ. II, n° 270.

³ V. par ex. pour le cas d'un salarié dont le licenciement avait été déclaré nul qui fut condamné à rembourser son employeur : Civ. 2^e, 8 déc. 2009, n° 08-19.523 et n° 08-19.524, inédit.

⁴ Civ. 2^e, 18 févr. 2016, n° 14-20.199.

concrétisation « repose pour une large part sur la sagesse du juge »¹. C'est à lui qu'il appartient d'établir l'excès de la règle dans le cas d'espèce.

Cet exemple tiré du droit de l'exécution démontre que le libre arbitre du juge est essentiel pour imposer une application éclairée des règles de droit ; éclairée par la prise en compte des circonstances de la cause et par les conséquences inopportunes que pourrait avoir l'application littérale des textes. Il permet l'expression d'un besoin de mesure et de précaution dans la réalisation du droit.

286. La neutralisation des règles de droit qui s'exerce par le biais de la faculté de modération renvoie à un type de contrôle particulier qui consiste lui-aussi à interroger le résultat auquel aboutit la règle avant de l'appliquer. Mais la spécificité du mécanisme tient au fait qu'il consiste à pousser à son paroxysme la logique originelle du contrôle concret des règles objectives, à savoir la pondération des intérêts en présence. La neutralisation d'une règle pourtant applicable s'opère parfois par le biais d'un contrôle de proportionnalité.

2. Le contrôle de proportionnalité

287. Lorsqu'il met en œuvre un contrôle de proportionnalité, le juge procède à une mise en balance des intérêts en présence, à une pondération², pour savoir s'il convient, selon lui, de faire application des règles qui doivent normalement lui permettre de résoudre le litige (a). Le mécanisme est aujourd'hui au cœur d'une évolution importante qui aboutit à une généralisation de ce type de contrôle sur le fondement des droits fondamentaux (b).

a. La balance des intérêts en cause

288. Proportionnalité. Le contrôle de proportionnalité est l'un de ces objets juridiques qui suscitent autant de reproches que de louanges. Il permet au juge de s'assurer de l'adéquation de la solution normalement imposée par les règles de droit aux réalités d'une cause en particulier en procédant à une balance des intérêts mis en concurrence à l'occasion d'un cas litigieux. C'est un « mode normatif, concret et effectif, de régulation juridictionnelle en vue de la détermination du juste équilibre dans la relation entre des intérêts autonomes *a*

¹ M. Thiberge, « L'exécution provisoire du jugement et l'équilibre des intérêts des parties », D. 2011, p. 610.

² V. déjà sur ce point : J. Van Compernelle, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in Mél. F. Rigaux, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 495.

priori concurrents »¹. Le contrôle de proportionnalité marque une certaine conception de la fonction de juger, qui dépasse l'application sèche de prémisses abstraites pour tendre davantage vers une « pondération des intérêts »², ce que les anglo-saxons désignent par la notion de « balance of convenience »³. Il exprime un besoin de mesure dans la réalisation du droit qui a été mis en évidence par Hart dans *Le concept de droit*⁴. Pour Hart, le juge ne peut s'en tenir aux énoncés trop généraux de la règle de droit lorsqu'il tranche un litige⁵. Il doit confronter les finalités en jeu et (...) ensuite résoudre la question en opérant un choix entre des intérêts en conflit de la manière la plus satisfaisante »⁶. Le juge doit procéder à cette balance des intérêts pour trouver un équilibre entre la règle et sa réalisation. Pour Hart, le juge doit appliquer les règles de droit lorsqu'il tranche un litige. C'est là sa fonction essentielle. Mais, il ne peut s'en tenir à ces règles objectives. Il lui faut en faire plus. Il doit confronter « les finalités en jeu et (...) ensuite résoudre la question en opérant un choix entre des intérêts en conflit de la manière la plus satisfaisante »⁷. Gény a lui aussi mis en lumière ce besoin de pondération. Selon l'éminent auteur, le juge a un rôle suprême qu'il a le devoir de mettre en œuvre et qui dépasse la simple application d'une règle à des faits litigieux. Ce rôle consiste à procéder à une véritable balance entre les intérêts en présence afin « de donner la satisfaction la plus adéquate aux diverses aspirations rivales, dont la juste conciliation apparaît nécessaire pour réaliser la fin sociale de l'humanité »⁸. Pour Gény, c'est toute la mission du juriste que de résoudre les intérêts antagonistes, des intérêts « qu'il doit accorder, en concepts d'un maniement assez aisé et assez souple, pour enfermer la vie sociale dans un cadre accommodé à sa complexité, à sa mobilité, à sa fluidité incessante »⁹.

289. Proportionnalité et équité. En cela, ce contrôle de proportionnalité repose sur l'équité du juge, une équité qui s'exprime à travers une « pesée des intérêts »¹⁰ en présence¹. Le but

¹ P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, préf. F. Sudre, PUAM, 2005, p. 299.

² V. J. Van Compernelle, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in Mél. F. Rigaux, *Nouveaux itinéraires en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 495.

³ V. H. Galland, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis d'Amérique*, Paris, Sirey, 1932, p. 104 et s.

⁴ H.-L. A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. Van de Kerchove, PU Saint-Louis, 1976, p. 161.

⁵ V. évoquant Hart : C. Jamin, « Motivation (suite) : quelle tradition civiliste défendre ? », D. 2016, p. 1073.

⁶ H.-L. A. Hart, *ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préf. Saleilles, LGDJ, 1919, t. II, n° 173. Sur ce point, v. : B. Frydman, « Le projet scientifique de François Gény », in F. Gény, *Mythe et Réalités, 1899-1999, Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Montréal, éd. Yvon Blais, 2000.

⁹ F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1924, t. 4, p. 163.

¹⁰ J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, PUF, 22^e éd. (1955), PUF, coll. « Thémis droit privé », 27^e éd., 2002, n° 9, p. 35.

est de bénéficier d'un des bienfaits essentiels de l'équité qui permet d'« harmoniser les intérêts en conflits »². L'idée-force de ce contrôle est d'imposer un filtre au stade de l'application du droit. Le terme proportionnalité exprime ce qui en fonde l'essence, à travers, notamment, son étymologie latine. Le mot vient du latin *proportionne* qui signifie « à chacun sa part ». « La proportionnalité a ainsi le sens d'un calcul et d'une comparaison entre des choses singulières que l'on essaie de rapprocher »³. Contrôler la proportionnalité implique de procéder à un rapprochement, à une mesure. C'est refuser l'application mécanique du droit en lui substituant une application pondérée par la prise en compte des circonstances de l'espèce. Ce n'est qu'après avoir procédé au contrôle que le juge peut dire s'il convient ou non d'appliquer effectivement la règle qu'il a sélectionnée. C'est en ce sens que le contrôle de proportionnalité concerne la problématique du libre arbitre du juge. Le contrôle de proportionnalité, c'est l'idée que si, dans une situation litigieuse, l'application des textes censés les résoudre produirait des effets excessifs, trahissant leurs objectifs initiaux, alors il convient de les écarter pour sauvegarder les intérêts en cause⁴ ; « ce qui s'appelle juger en équité »⁵.

290. Hétérogénéité de la proportionnalité. Il faut cependant préciser d'emblée que le contrôle de proportionnalité est un mécanisme hétérogène. Il n'existe pas un type de proportionnalité mais plusieurs⁶. Par exemple, pour la Cour de justice de l'Union européenne⁷, il consiste à vérifier que les actes des institutions européennes sont aptes à

L'expression se retrouve aussi, à propos de la théorie de l'abus de droit, dans l'ouvrage d'introduction au droit des professeurs Ghestin et Goubeaux : *Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd. avec le concours de M. Fabre-Magnan, 1994, n° 804-805, p. 790.

¹ Sur la nécessité de ne pas réduire le contrôle de proportionnalité à cette balance des intérêts, v. l'intervention d'E. Jeuland in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, JCP G 2016, n° spécial, suppl., p. 55.

² L. Cadiet, « L'équité dans l'office du juge civil », *Justice*, n° 9, 1998, p. 99.

³ E. Jeuland, *loc. cit.*

⁴ V. A. Gervais, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in Mél. Roubier, t. 1, Dalloz, 1961, p. 241. Pour une approche critique, v. : P.-Y. Gautier, « Contre la balance des intérêts : la hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p. 2189.

⁵ N. Cayrol, *D.* 2016, p. 449, note ss. Civ. 1^{re}, 30 sept. 2015, n° 14-16.273.

V. cependant, distinguant « jugement en équité » et « jugement d'équité » : F. Chenedé, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation », *D. D.* 2016, p. 796.

⁶ En ce sens : L. Cadiet, « Introduction », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation, préc.*, p. 13 s.

⁷ Il s'agit d'un principe général du droit de l'UE. Le principe apparaissait implicitement à l'article 6 § 4 du Traité sur l'Union européenne : « l'Union se dote des moyens nécessaires pour atteindre ses objectifs et mener à bien ses politiques ». L'article 5 du traité instituant la Communauté européenne disposait également que « l'action de la communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité ». L'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mentionne quant à lui expressément la proportionnalité sous forme de principe.

réaliser l'objectif visé et ne dépassent pas les limites de ce qui est nécessaire à la poursuite de cette fin¹. La Cour européenne des droits de l'homme utilise quant à elle un contrôle fondé sur la proportionnalité d'une ingérence dans un droit en examinant l'impact qu'elle a sur celui-ci. C'est un contrôle du « juste équilibre entre intérêts concurrents »². En droit interne, certaines juridictions françaises mettent en œuvre un contrôle de proportionnalité quelque peu différent. Par exemple, le Conseil constitutionnel vérifie la constitutionnalité d'une mesure en appréciant la conciliation entre les exigences constitutionnelles antagonistes³. « Il s'agit de l'adéquation du moyen, de sa nécessité et de la proportionnalité *stricto sensu* donc de la pesée des intérêts en présence »⁴. Quant au Conseil d'État, il est traditionnellement ouvert à ce type de contrôle⁵ depuis l'arrêt *Benjamin* du 19 mai 1933 où la haute juridiction a vérifié si une mesure de police administrative était justifiée par rapport aux circonstances et proportionnée à la menace pesant effectivement sur l'ordre public⁶. Procédant à un examen dit du bilan coût/avantage, le juge administratif vérifie la juste mesure entre une décision ou un acte qui fait grief et le but poursuivi. Il faut cependant que la disproportion soit évidente pour qu'elle puisse justifier une mise à l'écart de la mesure.

291. Contrôle de « fondamentalité ». Aujourd'hui, parallèlement à ces mécanismes somme toute classiques, c'est un type de proportionnalité particulier qui tend à se développer ; un contrôle s'exerce davantage sur le fondement de la conventionalité des règles de droit interne dans le cadre d'une espèce particulière. Le contrôle de proportionnalité consiste alors en un

A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité : Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Th. Paris I, 2013.

¹ CJUE, 5 mai 1998, *The Queen and Ministry of agriculture c. Commission des Communautés*, aff. C_157/96, Rec. 1998-5, p. I-2258, point 61 : « Il convient de rappeler que le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, exige que les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés ».

V. sur la question : M.-H. Vieu-Planchon, *Le principe de proportionnalité devant la cour de justice et le tribunal de première instance des communautés européennes*, Th. La Réunion, 2010.

² V. CEDH, 7 juill. 1989, *Gaskin c/ Royaume-Uni*, série A n° 160, §. 40 ; 22 févr. 1989, *Barfod c/ Danemark*, série A n° 149, § 29.

³ V. par ex. : Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC ; JCP G 2008, II, 10077, note J.-Ph. Feldman ; JCP G 2008, act. 166, Aperçu rapide B. Mathieu.

V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », Cah. Cons. const. 2007, n° 22 ; J.-B. Duclercq, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Th. Paris I, 2014.

⁴ E. Jeuland, « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », in Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation, JCP G 2016, n° spécial, suppl., p 20.

⁵ V. sur l'attention portée par le juge administratif français « aux attentes du justiciables », notamment en termes de droit fondamentaux : C. Leclerc, *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, préf. Y. Laidié, L'Harmattan, 2015.

⁶ CE, *Benjamin*, 19 mai 1933, n° 17413, Rec. p. 541.

contrôle de « fondamentalité »¹. L'application de la loi est envisagée à l'aune des droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme². Le juge peut ainsi être amené à écarter la disposition applicable si elle lui paraît, dans le cas d'espèce dont il est saisi, contraire aux droits fondamentaux du plaideur en cause. Le contrôle abstrait de la loi, qui consiste à apprécier sa conformité aux conventions internationales au premier rang desquelles se trouve la Convention européenne des droits de l'homme, se double d'un contrôle concret effectué à l'aune des circonstances particulières de l'espèce en cause. C'est donc une expression de la faculté modératrice du juge, qui tend, selon certains auteurs³, à s'accroître « sous couvert du manteau des droits fondamentaux »⁴. Ce contrôle de fondamentalité repose comme les autres contrôles de proportionnalité sur l'idée d'une balance des intérêts. Le juge ne va pas à l'encontre de la volonté du législateur, mais il se met en position de « gommer les effets non désirés par celui-ci dans les cas qu'il n'aurait pas envisagés »⁵. Il dépend « de la conception qu'aura le juge du fond éventuellement saisi, de l'équilibre des intérêts en cause »⁶. Le juge ne se contente pas de vérifier la légalité de la situation qui lui est soumise. Il détermine aussi si la règle identifiée comme étant applicable doit s'appliquer ou si les circonstances n'exigent pas qu'il en soit autrement au regard des droits fondamentaux des plaideurs. Cette évolution s'inscrit aujourd'hui dans un mouvement plus vaste tendant à une redéfinition du rôle du juge, un rôle qui ne constitue plus en un contrôle purement légaliste de la situation litigieuse. « Désormais, la fonction du juge repose sur des principes qui dépassent le cadre normatif traditionnel, si bien que le juge doit repenser son action relativement à ce nouveau cadre. Jusque-là, le juge s'en tenait à ce que les codes lui permettaient ou lui ordonnaient de faire ou de ne pas faire. De sorte qu'aujourd'hui s'imposent à lui, en plus des normes traditionnelles, des principes plus vastes, aux contours juridiques plus incertains »⁷. C'est cette transformation de l'office du juge que tend aujourd'hui à consacrer la généralisation du contrôle de proportionnalité.

¹ E. Jeuland, *loc. cit.*, p. 21.

² V. parlant d'un contrôle de « conventionalité » : B. Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », D. 2015, p. 1326.

³ V. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2015, 3^e éd., LGDJ, n° 102, p. 96. L'auteur traite de la question dans un passage relatif au « pouvoir d'adaptation » au cas reconnu au juge.

⁴ P.-Y. Gautier, « Éloge du syllogisme », JCP G 2015, 902. V. aussi, « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », D. 2015, p. 2189.

⁵ B. Vigneau, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », D. 2017, p. 123.

⁶ P.-Y. Gautier, *loc. cit.*

⁷ B. Bernabé, « L'office du juge et la liturgie du juste », Cahiers philosophiques, 4/2016, p. 49.

b. Le mouvement de généralisation du contrôle de proportionnalité

292. Évolution récente. La question du contrôle de proportionnalité connaît une forte actualité depuis que, sur l'impulsion de son Premier président – Bertrand Louvel – la Cour de cassation a entrepris une réflexion consistant à une redéfinition de son rôle¹. Cette démarche la conduit notamment à envisager un changement de ses méthodes de jugement². L'un des axes de réflexion consiste en la généralisation du contrôle de fondamentalité³. Si le Premier président Louvel a joué un rôle moteur l'émergence du débat sur la proportionnalité⁴, il faut relever que ce mouvement ne provient pas d'une démarche totalement spontanée. Elle tend à répondre à une exigence forte de la Cour de justice de l'Union européenne⁵ et de la Cour européenne des droits de l'homme⁶ qui ont explicitement reproché au juge français de ne pas

¹ E. Dreyer, « Un contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation », *Gaz. Pal.* 4 oct. 2016, p. 67.

V. déjà pour des réflexions sur l'office du juge de cassation : M. Billau, « Quel rôle pour la Cour de cassation au XXI^e siècle », in *Mél. J. Normand, Litec*, 2003, p. 31.

² V. C. Fattaccini, « L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation) », *D.* 2015, p. 1734 ; F. Zénati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTDC* 2016 p. 511 ; « Regards sur la réforme de la Cour de cassation » *JCP G n° spécial*, janv. 2016. V. aussi : P. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061 ; V. Rebeyrol, « Une réforme pour la Cour de cassation ? », *JCP G 2015*, doct. 954 ; C. Chainais, « À la recherche d'un modèle pluraliste de cassation 'à la française' », *JCP G n° Spécial suppl.*, janv. 2016 ; P. Deumier, « Accès à la Cour de cassation et traitement des questions jurisprudentielles », *D.* 2015, p. 1720 s. ; B. Hachtel, « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge », *D.* 2015, p. 1378. V. aussi, pour une approche plus critique : P.-Y. Gautier, « Éloge du syllogisme », *JCP G 2015*, 902. V. aussi : *Regards sur la réforme de la Cour de cassation. Vers une mutation du paradigme judiciaire ?*, 10^e colloque annuel organisé par le Master II Droit privé général de l'Université Panthéon-Assas, le 8 avril 2016.

V. cette phrase lourde de sens du Président Louvel à l'occasion d'un entretien au *JCP* : « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême nationale, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle. Si [elle] demeure ce qu'elle a toujours été [...], elle laisse se développer le contrôle de ses propres décisions par des Cours qui ont beaucoup élargi le domaine de réflexion et d'appréciation du juge. La Cour de cassation ne doit pas renoncer à être une Cour suprême » : Entretien avec B. Louvel, *JCP G 2015*, act. 1122.

V. déjà les réflexions autour de la nature de la Cour de cassation : J.-F. Burgelin, « La Cour de cassation en question », *D.* 2001, p. 932 ; A. Tunc, « La Cour suprême idéale », *RIDC* 1978, p. 437.

³ V. toutefois, sur l'hétérogénéité du contrôle de proportionnalité mis en œuvre par les juridictions supérieures, v. : L. Cadiet, « Introduction », in *Regards sur la réforme de la Cour de cassation*, *JCP G 2016*, n° spécial, spéc. p. 13.

⁴ V. le discours de rentrée solennelle prononcée le 13 janvier 2017 par M. le Premier président : « (la Cour de cassation) est animée par une culture vivante qui se nourrit de la société de son temps. La Cour n'échappe pas en particulier au mouvement de l'internationalisation du droit, entraîné, entre autres phénomènes, par l'adhésion de notre pays à la Convention européenne des droits de l'homme. En ratifiant cette Convention, la France s'est volontairement placée sous l'autorité juridictionnelle de la Cour de Strasbourg. Le génie de cette Cour est de se trouver à la confluence des traditions juridiques diverses de l'Europe dont elle nous propose la synthèse, arrêt après arrêt. De façon à occuper avec discernement l'espace de la marge nationale d'appréciation qui lui est laissée libre, la Cour de cassation s'est loyalement engagée dans la démarche de la Cour européenne dont elle devient un partenaire actif par ses groupes de travail et les arrêts auxquels cette réflexion conduit, traduisant peu à peu une conception renouvelée du légalisme traditionnel ».

Le discours est diffusé sur le site internet de la Cour de cassation :

https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_entretiens_2039/discours_entretiens_2202/remier_president_7084/debut_annee_35857.html

⁵ CJUE, 5 mars 2009, *Age Concern England*, aff. C-388/07, *JurisData* n° 2009-005532.

⁶ CEDH, 5 nov. 2015, n° 21444/11, *JurisData* n° 2015-024260 ; *JCP G 2015*, act. 1333, obs. A. Gouttenoire.

avoir procédé à ce contrôle. Partant, « lorsque le droit fondamental en cause est garanti par la Convention européenne des droits de l'homme, tout l'enjeu du contrôle de proportionnalité, pour les juridictions des États parties à la Convention, est d'éviter le risque d'une condamnation par la Cour de Strasbourg »¹. D'autant qu'après avoir introduit, par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, une procédure de réexamen des décisions pénales en cas de condamnation par la Cour de Strasbourg, le législateur français a renforcé l'effet direct des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme avec la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, dite de « modernisation de la justice du XX^e siècle »².

293. Cas du mariage incestueux. C'est ce qui explique que ce contrôle de fondamentalité est d'ores et déjà appliqué par les juridictions de cassation et, en particulier, par la Cour de cassation. Il a été mis en œuvre à plusieurs reprises dans des arrêts qui ont, à chaque fois, suscité des réactions passionnées.

L'un des arrêts fondateurs³ de ce mouvement de généralisation a été rendu par la Cour de cassation en matière familiale. Un couple marié en 1969 a divorcé en 1980. Quelques mois après, la femme a choisi d'épouser le père de son ex-mari, lequel a consenti à sa petite-fille une donation. À son décès, le nouveau mari a laissé pour lui succéder un fils unique qui

Sur cette décision, v. : E. Jeuland, « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *in* Regards sur la réforme de la Cour de cassation, JCP G 2016, n° spécial, spéc. p. 22.

¹ P. Chauvin, « Contrôle de proportionnalité : « Une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne », *Gaz. Pal.* 2016, n° 43, p. 10.

² Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, art. L. 452 : « le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes peut être demandé au bénéfice de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que cette décision a été prononcée en violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la même convention ne pourrait mettre un terme. Le réexamen peut être demandé dans un délai d'un an à compter de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Le réexamen d'un pourvoi en cassation peut être demandé dans les mêmes conditions ».

V. sur ce point : F. Chenedé, « Réexamen d'une décision civile après condamnation par la CEDH », *AJ fam.* 2016, p. 595.

³ V. déjà : Ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, n° 10-30.313, n° 10-30.316 et n° 10-30.242, *D.* 2011. 1080, 1128, entretien G. Roujou de Boubée, 1713, obs. V. Bernaud, et 2012. 390, obs. K. Parrot ; *AJ pénal* 2011. 311, obs. C. Mauro ; *Constitutions* 2011. 326, obs. A. Levade ; *RSC* 2011. 410, obs. A. Giudicelli ; *RTD civ.* 2011. 725, obs. J.-P. Marguénaud. Cette série d'arrêts précise que « les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la CEDH sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ». La Cour de cassation reconnaît l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne. Dès lors, « face à une difficulté donnée, le plus important n'est pas de savoir ce qu'en dit la loi votée par les représentants du peuple souverain, mais de s'assurer qu'un arrêt de la CEDH prononcé à l'encontre de l'un quelconque des quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe ne l'a pas tranchée, de manière bien établie, dans un sens différent ; et, en cas de réponse affirmative, d'appliquer la solution européenne sans attendre que le législateur veuille bien se donner la peine de l'adopter » : P. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061.

assigna l'épouse de son père en annulation du mariage qu'elle avait contracté avec lui. Une cour d'appel a accepté de prononcer la nullité du mariage en relevant que la Cour européenne des droits de l'homme considère que les limitations apportées au droit au mariage par les lois nationales des États signataires ne doivent pas restreindre ou réduire ce droit d'une manière telle que l'on porte atteinte à l'essence même du droit. Elle a ensuite précisé qu'il résulte de l'article 161 du Code civil une interdiction stricte, que ne remettait pas en cause la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, du mariage entre un beau-père et sa bru. La juridiction avait relevé qu'aux termes de l'article 164 du même Code, cette interdiction, qui ne peut être levée que par le Président de la République en cas de décès de la personne qui a créé l'alliance, est justifiée par une volonté de sauvegarde de l'homogénéité de la famille. Elle permettrait de maintenir des relations saines et stables à l'intérieur du cercle familial. Cela ne posait pas de problème en l'occurrence au regard, notamment, de l'âge mûr du premier enfant de l'épouse. Relevant d'office un moyen, la Cour de cassation censure la décision au visa de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Selon elle, le prononcé de la nullité du mariage revêtait, à l'égard de l'épouse, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans¹. En l'occurrence, l'applicabilité des règles de droit interne ne souffrait d'aucune ambiguïté. La Cour de cassation a cependant considéré que leur application devait *en l'espèce* être écartée en raison de la durée du mariage entre le beau-père et sa belle-fille, une union dont la validité n'avait pas été contestée avant l'ouverture de sa succession. Le juge a délibérément choisi d'écarter l'application d'un texte parfaitement applicable car ce dernier lui parut aboutir à un résultat excessif dans le cas d'espèce dont il était saisi. Cela ne signifie pas que la Cour de cassation prétend vider la loi de sa substance car la solution adoptée n'a pas vocation à s'appliquer dans tous les cas². Le juge a exercé son libre arbitre pour procéder à la balance des

¹ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D. 2013. 2914, 2014. 179, note F. Chénéde, 153, point de vue H. Fulchiron, et 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret, et 2013. 663, point de vue F. Chénéde ; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser, et 307, obs. J.-P. Marguénaud.

V. aussi dans le prolongement : Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790 : D. 2015. 2365, note H. Fulchiron ; *ibid.* 2016. 857, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 1966, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; RTD civ. 2015. 596, obs. J. Hauser ; *ibid.* 825, obs. J.-P. Marguénaud ; Civ. 1^{re}, 6 juill. 2016, n° 15-19.853, D. 2016. 1980, note H. Fulchiron ; Civ. 1^{re}, 5 oct. 2016, n° 15-25.507, AJ fam. 2016. 543, obs. J. Houssier ; D. 2016. 2062, obs. I. Gallmeister.

² V. par ex. : Civ., 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201. La Cour devait connaître d'une affaire similaire. Elle a cependant décidé d'annuler un mariage entre un beau-père et la fille de son ex-épouse. Elle commence par observer que l'annulation d'un mariage entre alliés en ligne directe est prévue par les articles 161 et 184 du Code civil et qu'elle poursuit un but légitime en ce qu'elle vise à sauvegarder l'intégrité de la famille et à préserver les enfants des conséquences résultant d'une modification de la structure familiale. Elle poursuit ensuite en énonçant qu'il appartient au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces

intérêts, ce qui lui a permis d'exclure l'application d'une règle de droit interne en raison de l'atteinte disproportionnée qu'elle risquait d'entraîner sur les droits des plaideurs. Il a procédé à une analyse des circonstances de l'espèce et de toutes les données de la situation pour décider d'écarter la règle interdisant le mariage.

294. Conseil d'État. Si la mise en place du contrôle de fondamentalité est prégnante devant la Cour de cassation, il faut noter que le Conseil d'État n'est pas en reste. La haute juridiction administrative est elle aussi concernée par la généralisation de ce contrôle conçu sous le prisme des droits fondamentaux. Dans un arrêt *M^{me} Gonzalez Gomez* du 31 mai 2016¹, le Conseil d'État a mis en œuvre un contrôle concret de proportionnalité semblable à celui qu'a utilisé la Cour de cassation. Il s'agissait de juger de la légalité du refus opposé par l'Administration à la demande d'une veuve de faire transférer de France en Espagne les gamètes de son mari, décédé d'une maladie grave, afin d'y bénéficier d'une fécondation *in vitro*. Autorisée en Espagne, à certaines conditions, durant l'année qui suit le décès du conjoint, l'insémination *post mortem* est interdite en France par l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique qui prévoit que l'assistance médicale à la procréation a pour objet, outre la prévention de maladies particulièrement graves, de remédier à l'infertilité d'un couple. Elle ne peut donc servir à faire naître un enfant lorsque l'un des membres du couple est décédé avant la conception, puisque cet enfant n'aurait pas pu naître en l'absence même de pathologie d'infertilité. L'article L. 2141-11-1 du même Code prévoit que l'exportation de gamètes ne peut être autorisée que si un certain nombre de principes fixés par le Code de la santé publique et le Code civil, dont l'interdiction de l'insémination *post mortem*, sont respectés. L'application de la loi française conduisait donc à refuser l'exportation demandée. Le Conseil

dispositions ne porte pas au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi. Or, en l'occurrence, elle a écarté une telle atteinte en s'appuyant sur plusieurs éléments. Elle a relevé, d'une part, que la fille en question avait vécu, alors qu'elle était mineure, durant neuf années avec celui qu'elle a ultérieurement épousé. Il représentait donc nécessairement pour elle une référence paternelle, au moins sur le plan symbolique. D'autre part, la haute juridiction a approuvé les juges du fond d'avoir constaté qu'aucun enfant n'était issu de cette union prohibée. Partant, l'annulation du mariage ne constituait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale au regard du but légitime poursuivi.

¹ CE, 31 mai 2016, *M^{me} Gonzales Gomez*, n° 396848, RTD civ. 2016, p. 528, obs. P. Deumier et et p. 600, obs. J. Hauser ; AJDA 2016, p. 1092 ; *ibid.*, p. 1398, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; D. 2016, p. 1470, obs. M.-C. de Montecler ; *ibid.*, p. 1472, note H. Fulchiron ; *ibid.* p. 1477, note B. Haftel ; AJ fam. 2016, p. 439, obs. C. Siffrein-Blanc ; *ibid.* p. 360, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RFDA 2016. p. 740, concl. A. Bretonneau ; *ibid.* p. 754, note P. Delvolvé ; Gaz. Pal. 2016, n° 24, note M. Afroukh, n° 27, p. 16, note P. Le Maigat et n° 28, p. 29, note M. Guyomar ; JCP G 2016, 864, note J.-P. Vauthier et F. Vialla ; Dr. adm. 2016. Repère 7, obs. J.-H. Stahl ; Dr. fam. sept. 2016. Étude 15, J.-R. Binet et Comm. 178, note R. Vessaud.

V. ensuite, pour une décision autorisant une insémination *post-mortem* : TA Rennes, 11 oct. 2016, n° 1604451, D. 2016, p. 2392, B. Haftel. L'auteur parle d' « un détour cosmétique » à la Convention européenne des droits de l'homme.

d'Etat, saisi d'un appel contre une décision du juge des référés de Paris ayant refusé l'exportation, a annulé cette dernière en enjoignant de procéder à l'exportation des gamètes vers l'Espagne. Pour ce faire, il a dans un premier temps relevé l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante, dont l'installation en Espagne ne résultait pas de la recherche de dispositions plus favorables à la réalisation de son projet que la loi française, mais de l'accomplissement de ce projet dans le pays où demeure sa famille qu'elle a rejointe. Puis, dans un second temps, la haute juridiction a estimé que le refus qui lui a été opposé sur le fondement des dispositions du Code de la santé publique portait, « eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire », une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale protégé par les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La stricte application d'une règle de droit interne, dont la conventionalité n'est pas remise en cause, a donc été écartée, au motif que dans l'espèce en cause, cette application porterait une atteinte grave et manifestement excessive à une liberté fondamentale. Dans cette décision, ce n'est pas le contrôle concret de conventionalité opéré par les juges qui est véritablement novateur¹. C'est la proclamation d'un *principe* selon lequel il appartient au juge d'apprécier si, au regard des circonstances de l'affaire, une disposition de droit interne applicable ne porte pas une atteinte excessive aux droits et libertés protégés par la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'État n'ignorant pas le contexte dans lequel est intervenu cet arrêt², il y a lieu de penser, comme le relève un auteur, que cette décision ne porte pas seulement une évolution du droit administratif mais qu'elle est « une étape importante d'une évolution plus générale du droit français autour de la “proportionnalité” »³.

295. Réception critique du contrôle. Ce mouvement de généralisation du contrôle de proportionnalité suscite un certain nombre de commentaires circonspects d'auteurs qui ont relevé que l'équité⁴ s'était érigée en outil de modération de la règle applicable pour parvenir à une solution jugée plus pertinente au cas d'espèce. Au-delà de cette affaire en particulier, c'est cet aspect du contrôle de proportionnalité qui suscite classiquement le plus de critiques

¹ V. déjà : CE, sect., 10 nov. 2010, n° 314449, *Communes de Palavas-les-Flots et de Lattes* ; AJDA 2010, p. 2183 ; *ibid.* 2416, chron. D. Botteghi et A. Lallet ; D. 2010, p. 2842, obs. R. Grand ; AJCT 2010, p. 163, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2011, p. 124, concl. N. Boulouis ; Constitutions 2011, p. 81, obs. P. De Baecke ; RTD civ. 2011, p. 501, obs. P. Deumier ; JCP G 2011, 131, chron. G. Eveillard, n° 2.

² V. les obs. de deux maîtres des requêtes dans leur chronique à l'AJDA qui font explicitement mention des évolutions touchant la Cour de cassation : L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionalité : *in concreto veritas* ? », AJDA 2016, p. 1398.

³ P. Deumier, « Contrôle concret de conventionalité : l'esprit et la méthode », RTD civ. 2016, p. 578.

⁴ V. F. Chénéde, « De l'équité aux droits de l'homme », note ss. Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, AJ Famille 2013, p. 663.

négatives, en plus d'une critique sans doute sous-jacente tenant à la prétendue absence de légitimité des droits fondamentaux sur le fondement desquels il s'exerce¹. Ce qui heurte dans cette évolution, c'est la révélation du poids du libre arbitre du juge dans l'application du droit ; un libre arbitre qui permet d'écarter la mise en œuvre concrète d'une règle applicable au regard des conséquences excessives qu'elle risque d'entraîner dans l'espèce en cause. C'est la soumission du juge à la loi qui s'en trouve remise en cause : « le mythe de l'application mécanique de la loi par le juge et des solutions qui se déduiraient logiquement des concepts se disloque, même si cela ne va pas sans résistance »².

Ce mode de contrôle concret de la loi a suscité des réactions très sévères d'auteurs qui réproouvent cette évolution de l'office du juge³. Ils lui reprochent de laisser au juge la possibilité « de remettre en cause des règles de droit en fonction de son sens de l'équité et à s'ériger ainsi en concurrent du législateur »⁴. Il relèverait « d'une rhétorique scientifique parfaitement utopique, faute de ce que la "proportion" équitable puisse être déterminée à l'aune d'autre chose que le sentiment arbitraire du juge qui rend la décision »⁵. Il tendrait à une interprétation « casuelle »⁶ de la règle de droit, laissant planer un vieux spectre ; celui d'un juge maître de la loi, un « *judge made law* »⁷, héritée d'ailleurs, qui ne correspondrait pas à notre tradition juridique. Le culte de la proportionnalité, cette « vogue »⁸ juridictionnelle, paraîtrait excessif aux yeux de ceux qui se demandent si ce contrôle ne serait pas « la négation même du droit »⁹ en ce qu'« il ne s'agi(ra)it de rien de moins que d'évincer une règle légale parce que le juge considère son application inopportune en l'espèce »¹⁰. Ce

¹ V. sur ce point : C. Jamin, « Les droits fondamentaux en mal d'enracinement », D. 2016, p. 2561.

² J.-P. Chazal, « Raisonement juridique : entre évolution pragmatique et (im)posture dogmatique », D. 2016, p. 121.

³ V. l'intervention du professeur Malaurie lors du colloque sur la réforme de la Cour de cassation organisé par la haute juridiction : « le principe de la proportionnalité dont vous vous régalez, le principe du procès équitable, le principe du balancement des intérêts, c'est de la bouillie pour les chats », in *Regards croisés sur la réforme de la Cour de cassation*, JCP G 2016, n° spécial, suppl. n° 1 et 2, p. 55.

⁴ T. le Bars, « Revirement de jurisprudence sur les clauses dites pénales en droit des libéralités », D. 2016, n° 10, p. 581, obs ss. Civ. 1^{re}, 16 déc. 2015, n° 14-29.285.

⁵ V. Bolard, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé*, Th. Paris I, 2006, n° 115, p. 211.

⁶ V. F. Boulanger, « Remarques critiques sur une possible généralisation du critère de proportionnalité dans la jurisprudence », AJ fam. 2016, p. 250. V. aussi : G. Drago, B. Fauvarque-Cosson et M. Goré (dir.), *L'accès au juge de cassation*, Société de législation comparée, coll. Colloques, vol. 26, 2015.

⁷ P. Malaurie, « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le *judge made law* à la manière européenne », JCP G 2016, 318.

⁸ ⁸ A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », D. 2016, p. 137.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.* : « Oh, bien sûr, elle fait rêver, l'enluminure du bon roi-juge sous son chêne, qu'une juste inspiration peut libérer de la mécanique des textes ! Qui n'est sensible à la conviction d'Antigone ? Et qui ne redoute le « *summum jus, summa injuria* » ? Le prix de ce rêve est depuis longtemps connu ! Si, au-delà des simples soupapes exceptionnelles classiques (abus de droit, *fraus omnia corrumpit*, etc.), on devait ériger en système que tout juge peut lever toute loi et écarter tout délai, selon la pesée du jour, alors tout deviendrait plaidable et rien ne

contrôle conduirait à privilégier le fait face au droit et traduirait l'« excès d'audace »¹ d'un juge de cassation qui sort de « sa réserve démocratique »² et exerce un contrôle sur la loi alors qu'il n'en aurait aucunement la légitimité³. Ainsi se dévoile le risque d'une dévalorisation de la loi au profit de la volonté du juge : « affaiblie par la multiplication des contrôles de conventionalité et de constitutionnalité auxquels elle est soumise à tous les stades de son existence, la loi semble être devenue impuissante à conférer suffisamment d'autorité à l'organe juridictionnel chargé d'en assurer le respect et l'interprétation uniforme »⁴. Cela induit alors une autre critique, très souvent avancée, tenant à l'émiettement de la prévisibilité du droit dans la mesure où « la généralité de la règle cède le pas à une application casuistique, tantôt autorisée, tantôt refusée, en fonction d'une balance des intérêts dont personne ne peut à l'avance prévoir l'inclinaison »⁵. Tout cela laisse à penser que « l'abandon du stricte contrôle de légalité »⁶ en faveur « d'un authentique contrôle de proportionnalité »⁷ augure d'une période sombre pour l'État de droit. « Que Dieu nous garde du bon vouloir des magistrats ! »⁸, s'exclame même un auteur.

296. Le contrôle de proportionnalité ne mérite pas de tels reproches, lesquels reposent le plus souvent sur « des postures dogmatiques »⁹ exprimant une forme de mystification de la loi générale et impersonnelle. Il y aurait d'un côté la loi, générale et abstraite, conçue comme le *graal* de l'égalité entre les justiciables et, de l'autre, le contrôle de proportionnalité, casuel et désordonné, provenant d'une balance des intérêts qui n'aboutirait à rien de bien positif. Il ne

serait jamais acquis qu'après un jugement cas par cas : ce serait délibérément sacrifier la recherche du prévisible cohérent sur l'autel d'une quête romantique de justice faite d'un bouillonnement permanent d'incertitudes et d'une effervescence de prétoires encombrés, donc brouillés, lents et coûteux ».

¹ F. Chénéde, « De l'équité aux droits de l'homme », AJ fam. 2013, p. 663.

² *Ibid.*

³ V. Cette question posée par un auteur et dont la formulation lui donne des allures d'affirmation : « peut-on admettre que des juges se reconnaissent le pouvoir d'évincer l'arbitrage des élus du Peuple au profit de leur appréciation personnelle des intérêts en présence ? ». V. F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », D. 2016, p. 796.

⁴ P. Puig, « L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », RTD civ. 2016, p. 70.

⁵ *Ibid.*

V. aussi en ce sens : T. le Bars, « Revirement de jurisprudence sur les clauses dites pénales en droit des libéralités », D. 2016, n° 10, p. 581, obs. ss. Civ. 1^{re}, 16 déc. 2015, n° 14-29.285. L'auteur s'inquiète d'une utilisation trop fréquente de ce contrôle de proportionnalité. Il y voit un vecteur d'« insécurité juridique » et un danger pour la « prévisibilité du droit ». Pour lui, désormais, « il sera impossible de déterminer à l'avance la validité d'une telle disposition insérée dans une donation partage ou, plus largement, dans une libéralité ».

⁶ F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », D. 2016, p. 796.

⁷ *Ibid.*

⁸ J. Houssier, « Que Dieu nous garde du bon vouloir des magistrats ! », AJ Famille 2016, p. 543, obs. ss. Civ. 1^{re}, 5 oct. 2016, n° 15-25.507.

⁹ J. Chazal, « Raisonnement juridique : entre évolution pragmatique et (im)posture dogmatique », D. 2016, p. 121.

s'agit pas de contester le fait que les juridictions de cassation tendent à modifier leurs méthodes ; pas plus qu'il ne s'agit de nier qu' « un cap a été franchi »¹ ces derniers mois vers une généralisation de ce contrôle², lequel dépasse la seule figure du juge de cassation. La banalisation de ce contrôle aurait un impact important sur le travail du juge, de tous les juges, y compris du fond qui n'auraient d'autre choix que de mettre eux-mêmes en place ce contrôle de « fondamentalité » pour ne pas encourir la cassation. Mais cette évolution ne semble pas négative. La généralisation du contrôle de proportionnalité peut être vue avec faveur pour de multiples raisons qu'il convient d'exposer.

c. Pour une généralisation du contrôle de proportionnalité

La généralisation du contrôle de proportionnalité peut être encouragée pour trois causes principales qui tiennent, d'abord, à la légitimité du procédé (α), ensuite, à sa conformité à la tradition juridique française (β) et, enfin, à la possible rationalité de la méthode mise en œuvre (γ).

α . La légitimité du contrôle de proportionnalité

297. Légitimité du contrôle. Il faut d'emblée répondre à l'un des arguments les plus récurrents contre la généralisation du contrôle de proportionnalité, celui qui tient au prétendu défaut de légitimité du juge dans la mise en œuvre de ce mécanisme. Aujourd'hui, « si les esprits s'échauffent, c'est souvent parce qu'ils partent du postulat que le juge a pour vocation d'appliquer la loi »³ et qu'il doit se limiter à ce rôle car son intervention tient sa légitimité de la loi qu'il ne fait que mettre en œuvre. Il est faux de prétendre que le juge ne dispose pas de la légitimité suffisante pour procéder à une neutralisation des règles de droit interne sur le terrain des droits fondamentaux. Premièrement, le contrôle de proportionnalité ne consiste pas à laisser libre cours aux humeurs du juge qui déciderait de lui-même d'écarter une règle de droit interne. Le contrôle de fondamentalité est un contrôle de légalité. Il repose sur des règles qui font partie intégrante de l'ordre juridique français même si elles prennent leur source dans une convention internationale. Ce n'est pas n'importe quel texte qui le prévoit. C'est la

¹ P. Puig, « L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », RTD civ. 2016, p. 70.

² V. pour l'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Chambre criminelle de la Cour de cassation : Crim., 25 oct. 2016, n° 15-83.774, Lexbase, n° 675, 10 nov. 2016, p. 27, obs. N. Catelan ; Dalloz actualité, le 16 nov. 2016, obs. J. Gallois.

³ C. Jamin, « Motivation (suite) : quelle tradition civiliste défendre ? », Édito, D. 2016, n° 19.

Constitution française du 4 octobre 1958 qui dispose, en son article 55, que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Le contrôle de fondamentalité prend directement appui sur des normes parfaitement applicables et non des moindres puisqu'il s'agit des droits issus de textes dont la valeur est supérieure au droit interne. Il n'est donc pas juste d'alimenter l'idée que le contrôle de fondamentalité repose sur le bon plaisir du juge. Que le dernier écarte une règle de droit interne parce qu'elle heurte une convention internationale n'a rien d'illégitime. La nécessité de respecter les droits fondamentaux n'est pas une « formule magique »¹ tendant à récuser les critiques. C'est une conséquence des arrêts *Jacques Vabres*² et *Nicolo*³ qui ont admis que le juge national a la possibilité d'écarter une loi interne au profit d'une convention internationale avec laquelle elle entre en conflit. Simplement, dans le contrôle de proportionnalité, le contrôle de fondamentalité opéré par le juge n'est pas uniquement abstrait ; il est aussi concret. Cela n'a rien de scandaleux : qui peut le plus (contrôler la conventionnalité d'un texte) peut le moins (contrôler la conventionnalité d'une application de ce texte). En outre - et c'est sans doute tout aussi important - la légitimité du juge dans la mise en œuvre du contrôle de fondamentalité provient d'une autre disposition de la Constitution dont il est étonnamment peu question dans les articles « à charge » contre le contrôle de proportionnalité. C'est l'article 66 de la Constitution qui fait de l'autorité judiciaire, « la gardienne des libertés individuelles »⁴. Il n'y a pas d'organe plus légitime que le juge pour se prononcer sur le respect des droits fondamentaux des plaideurs. Et quant à la critique qui consiste à relever que le juge s'érige en concurrent du législateur lorsqu'il procède au contrôle de proportionnalité, elle est tout simplement fautive. Lorsque le juge écarte une règle de droit interne parce que, eu égard aux faits d'espèce, elle porte atteinte à un droit fondamental, il ne remet pas en cause la règle elle-même mais son application. Il ne rend aucun arrêt de règlement mais se prononce dans le cadre relatif d'un litige particulier⁵.

¹ F. Chenedé, « Contre révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2016, p. 796, n° 8.

² Ch. mixte, 24 mai 1975, *Sociétés des cafés Jacques Vabres*, n° 73-13.556, GAJC, n° 3.

³ CE, 20 oct. 1989, *Nicolo*, n° 108243, Rec. p.190, concl. Frydman, GAJA, n° 90.

⁴ V. D. Cohen, « Le juge, gardien des libertés ? », Pouvoirs, n°130, *L'état des libertés*, p. 113.

⁵ C'est ce que n'a pas manqué de préciser la Cour de cassation à l'occasion de l'arrêt du 4 décembre 2013, n° 12-26.066. Elle a indiqué, dans un communiqué mis en ligne sur son site internet, qu'« en raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné. Le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question ». Comme pour insister particulièrement sur ce point, la formule est mise en gras dans la lettre du communiqué.

β. La conformité du contrôle de proportionnalité à la tradition juridique française

298. Conformité à la tradition. La deuxième raison tient à l'absence de révolution provoquée par ce mode de contrôle. Contrairement à une idée largement relayée, le contrôle de proportionnalité est loin d'être nouveau dans le système juridique français¹. Il a été écrit que ce contrôle de proportionnalité serait susceptible de nuire à notre tradition juridique en favorisant une casuistique porteuse d'une subjectivité dangereuse. Elle renverrait aux anciens Parlements et au spectre de leurs jugements d'équité. Il serait même « le produit d'une contre-révolution propre à renverser la République »². Ces réflexions partent du postulat que le contrôle de proportionnalité est contraire au modèle légaliste français, incarné par l'article 12 du Code de procédure civile qui rappelle au juge sa mission d'application du droit. Il s'agit d'opposer, d'un côté, le légalisme sécurisant et, de l'autre, le proportionnalisme abscons faisant voler en éclat toutes certitudes dans la réalisation du droit. Rien de moins, en somme, que d'abandonner le syllogisme, à la base du raisonnement juridique. « Plutôt que d'appliquer la règle de droit à un cas d'espèce, pour en tirer une solution, il faudrait, spécialement lorsque sont agités des droits fondamentaux et dans une démarche pluridisciplinaire, aller directement à un contrôle de proportionnalité, en mettant les droits des plaideurs en balance, à partir des faits constatés »³. Or, c'est là que le bât blesse. Alors que le modèle du syllogisme est « garant de rigueur intellectuelle et d'objectivité »⁴, le contrôle de proportionnalité serait quant à lui porteur d'incertitude. L'impression est donnée qu'avec la proportionnalité, c'est l'insécurité qui guète et le spectre d'un gouvernement des juges qui réapparaît. Pire, certains, tentant une métaphore culinaire, l'assimilent au « pof-pof »⁵, cette manière familiale de cuisiner qui consiste à s'affranchir de la recette pour laisser libre court à son humeur du jour. La proportionnalité comme méthode de jugement signerait la « restauration voilée du “jugement en équité” »⁶, un jugement qu'il faudrait craindre car, avec la généralisation du contrôle de

¹ Sur ce point, v. : L. Cadiet, « Introduction », *loc. cit.* et D. de Bechillon, « Observations sur la contrôle de proportionnalité », in *Regards sur la réforme de la Cour de cassation*, JCP G 2016, n° spécial, p. 28 : « (...) qu'on le veuille ou non, les discordances d'intérêts qui se trouvent ainsi traitées ne sont rien d'autre que le résultat du conflit des normes qui ont rendu ces intérêts légitimes à part égale et que, pour un kelsenien comme votre serviteur, il n'y a là rien de nouveau sous le soleil d'un État de droit moderne ».

² F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », D. 2016, p. 796.

³ P.-Y. Gautier, « Éloge du syllogisme », JCP G 2015, 902.

⁴ C. Jamin, « Motivation (suite) : quelle tradition civiliste défendre ? », D. 2016, p. 1073.

⁵ W. Dross, « Les servitudes de lotissement et la Cour de cassation, ou quand la technique juridique s'abîme dans le pof-pof », RTD civ. 2016, p. 394, obs. ss. Civ. 3^e, 21 janv. 2016, n° 15-10.566. Cette technique « a pour avantage la surprise du résultat car on obtient, à la fortune du cas, quelque chose chaque fois différent ».

⁶ F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », D. 2016, p. 796.

V. aussi : B. Haftel, « Libres-propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge », D. 2015, p. 1378.

proportionnalité, « tout deviendrait plaidable et rien ne serait jamais acquis qu'après un jugement au cas par cas : ce serait délibérément sacrifier la recherche du prévisible cohérent sur l'autel d'une quête romantique de justice faite d'un bouillonnement permanent d'incertitudes et d'une effervescence de prétoires encombrés, donc brouillés, lents et coûteux »¹. Avec ce contrôle, le Rubicon est franchi², la boîte de Pandore est ouverte³. Difficile de dresser un tableau plus sombre.

Pourtant, le contrôle de proportionnalité n'est pas éloigné de notre culture juridique⁴ ; bien au contraire, il en fait pleinement partie. Le syllogisme mis en œuvre par le juge n'est jamais « désincarné »⁵. Il permet lui-même « la recherche d'un juste équilibre »⁶ et la mise en balance des intérêts en cause. Loin de lui être étranger, le contrôle de proportionnalité est tout à fait conforme à la tradition juridique française même s'il ne constitue pas l'essentiel de l'activité du juge. Réduire l'activité du juge à un contrôle purement et strictement légaliste auquel porterait atteinte le contrôle de proportionnalité, est un constat erroné. Le contrôle de proportionnalité est une composante à part entière de l'office du juge.

D'une part, il existe un contrôle de proportionnalité qui ne dit pas son nom, qui est astreint à la discrétion, voire à la clandestinité mais que le juge n'exerce pas moins de façon très classique. Ce contrôle s'opère par d'autres biais, notamment par une orientation de l'interprétation dès lors que l'application sèche d'un texte ne paraît pas aboutir, selon le juge, à un résultat satisfaisant dans l'espèce dont il est saisi⁷. L'excès produit par la règle dans une espèce donnée pousse par exemple le juge à retenir une interprétation contraire au sens premier du texte à appliquer qui lui permet d'aboutir à la solution qu'il estime opportune. Il peut le pousser aussi à développer une motivation laconique pour montrer que ce qui lui

¹ A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », D. 2016, p. 137.

² *Ibid.*

³ P.-Y. Gautier, « Intervention », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, JCP G 2016, suppl.

⁴ V. sur la conformité du contrôle de proportionnalité à la technique de cassation française : S. Guinchard, F. Ferrand et T. Moussa, Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionalité, D. 2015, p. 278.

⁵ N. Fricero, « Pour un meilleur accès à la portée normative des arrêts de la Cour de cassation. Nouvelle manière de motiver, nouvelle manière de rédiger et de communiquer », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, préc., p. 32.

V. utilisant expressément la formule au sujet de la prescription de l'action en recherche de paternité : Civ. 1^{re}, 9 nov. 2016, n° 15-25.068, JCP G 2017, I, 46, note V. Larribau-Terneyre.

⁶ N. Fricero, *ibid.*

⁷ v. *supra* n°s 235 s.

importe est davantage la solution que l'application littérale d'un texte¹. D'autre part, il existe un contrôle de proportionnalité qui s'assume pleinement et qui s'expose au grand jour. Certains contentieux le pratiquent même depuis longtemps². Le législateur exige lui-même parfois du juge qu'il procède à un contrôle de proportionnalité. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il demande au premier président des cours d'appel de statuer sur l'arrêt d'une exécution provisoire. Aux termes de l'article 524 du Code de procédure civile, le premier président peut ordonner cet arrêt si l'exécution provisoire « risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ». Pour le déterminer, il doit mettre en balance les intérêts du créancier de l'exécution – à savoir bénéficiaire d'une exécution anticipée – et ceux du débiteur – ne pas compromettre gravement sa situation financière et espérer obtenir une restitution en cas d'infirmité de la décision. Le premier président procède à une balance des intérêts en cause. Bien qu'il ne repose pas sur la notion de droits fondamentaux, c'est un contrôle qui, dans son essence même, induit une logique de pondération.

Le contrôle de proportionnalité consiste même parfois en un contrôle de fondamentalité en ce sens qu'il conduit à la mise en balance de règles de droit interne et de droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme. C'est le cas, notamment, en matière pénale. Comme le relève un auteur, « les pénalistes savent qu'un tel contrôle ne bouleverse pas nécessairement les méthodes de travail de la chambre criminelle de la Cour de cassation »³. Par exemple, en ce qui concerne la question de la preuve, il est classiquement admis que le droit à la preuve peut justifier de déroger à la protection du droit à la vie privée, uniquement dans le cas où l'atteinte qu'il porte est proportionnée aux intérêts du plaideur, notamment à son droit à un recours effectif protégé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴. Autrement dit, le droit à la preuve peut être écarté s'il

¹ « L'histoire jurisprudentielle fourmille de décisions qui ont masqué un contrôle de proportionnalité sous les apparences d'un syllogisme tout en s'en tenant à une motivation brève et abstraite » : C. Jamin, « Contrôle de proportionnalité : Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », conférence du 30 mars 2015 à la Cour de cassation, en ligne sur le site internet de la Cour : https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/contr_proportionnalite_7858/juger_motive_r_31563.html

² V. sur les liens entre le contrôle de proportionnalité et la théorie de l'abus de droit : C. Jamin, *ibid.*, note 9.

³ Sur l'ancienneté du mécanisme, v. : E. Dreyer, « Un contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation ? », *Gaz. Pal.* 2016, n° 37, p. 67, spéc. n° 2.

⁴ Civ. 1^{re}, 16 oct. 2008, n° 07-15.778, D. 2008. 2726 ; *ibid.* 2009. 2714, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et T. Vasseur ; *RTD civ.* 2009. 167, obs. R. Perrot ; Civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, n° 11-14.177, D. 2012. 1596, note G. Lardeux ; *ibid.* 2826, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon ; *ibid.* 2013. 269, obs. N. Fricero ; *ibid.* 457, obs. E. Dreyer ; *RTD civ.* 2012. 506, obs. J. Hauser.

porte une atteinte disproportionnée au droit fondamental d'un plaideur¹. La balance des intérêts est finalement assez classique en matière pénale², une matière où le juge est fréquemment amené à « mesurer le rapport de proportionnalité entre un intérêt sacrifié et un intérêt préservé »³.

299. Juge des référés. Il y a une décision qui illustre les incompréhensions que peut susciter le débat actuel sur la généralisation du contrôle de proportionnalité. C'est un exemple qui montre que, contrairement à une idée répandue, ce contrôle est une pratique connue qui induirait plus une évolution qu'une révolution remettant en cause les méthodes traditionnelles de jugement. Il s'agit d'une affaire tranchée par la Cour de cassation en matière de droit des biens. C'est une décision souvent invoquée pour montrer les aspects redoutables du contrôle de proportionnalité. Dans cette espèce, la propriétaire d'une parcelle se plaignait de l'installation sur ce terrain de cabanons de jardin et de plusieurs caravanes occupées par plusieurs personnes. Se fondant sur l'infraction aux dispositions du plan local d'urbanisme tenant à l'installation de ces ouvrages, la commune a assigné ces derniers en référé pour en obtenir l'enlèvement. Accueillant la demande, un juge des référés avait retenu que la parcelle concernée était située dans un espace boisé classé comme zone naturelle, dans laquelle le PLU interdisait l'implantation de constructions à usage d'habitation, les terrains de camping ou de caravanage et l'implantation d'habitations légères de loisir et le stationnement de caravanes à l'usage de résidence principale ou d'annexe à l'habitation. Le juge avait relevé qu'il était effectivement indiscutable que les occupants des caravanes et des cabanons avaient défriché et aménagé le terrain pour y installer leurs cinq caravanes, une construction modulaire à usage de cuisine, le tout sur un revêtement en ciment, et deux petits cabanons de jardin en tôle. Les occupants eux-mêmes ne contestaient pas la violation des interdictions édictées par les dispositions du PLU. Cela constituait donc pour le juge des référés un trouble manifestement illicite au sens de l'article 809, alinéa 2, du Code de procédure civile. Les occupants furent condamnés par le juge du fond à procéder à l'évacuation des caravanes stationnées et à procéder à la démolition de tous les ouvrages ainsi qu'à la remise en état initial dans un délai de 2 mois.

¹ V. encore en ce sens : Soc., 9 nov. 2016, n° 15-10.203, Dalloz actualité, le 25 nov. 2016, obs. M. Roussel.

² V. encore : Crim., 10 mars 2015, n° 14-83.329 ; Crim., 16 février 2016, n° 15-82.732, D. 2016, p. 480 ; RDI 2016, p. 283, obs. G. Roujou de Boubée ; JCP G 2016. 401.

³ J.-C. Saint-Pau, « Droit à la preuve versus droit au respect de la vie privée », D. 2016, p. 884, obs. ss. Civ. 1^{re}, 25 févr. 2016, n° 15-12.403. V. aussi, sur cet arrêt : AJ pénal 2016. 326, obs. D. Aubert ; RTD civ. 2016. 320, obs. J. Hauser ; *ibid.* 371, obs. H. Barbier ; Gaz. Pal. 2016, n° 18, p. 50, obs. N. Hoffschir ; LPA 2016, n° 66, p. 16, obs. G. Lardeux.

La Cour de cassation censure cependant la décision rendue aux visas combinés de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et de l'article 809 du Code de procédure civile. La haute juridiction lui reproche de ne pas avoir recherché, comme il le lui était demandé, si les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile des occupants. La Cour de cassation fait un détour par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui consacre « le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance », pour refuser l'application pure et simple des règles parfaitement applicables à l'espèce. La Cour régulatrice aurait pu relever la conformité de la décision entreprise aux règles de droit et se serait ainsi retranchée derrière le pouvoir d'appréciation souveraine qu'elle reconnaît traditionnellement au juge du fond pour caractériser un trouble manifestement illicite. Ce n'est pourtant pas ce qu'elle fit. Elle a écarté l'application de la règle de droit objective pour éviter une atteinte aux droits fondamentaux des personnes concernées par la demande d'expulsion¹.

Cette décision est intéressante au regard de la question du contrôle de proportionnalité car beaucoup lui ont prêté plus de portée qu'elle n'en avait. Dans la formulation de l'arrêt, la Cour de cassation entend insister sur le contrôle de proportionnalité auquel devait procéder le juge du fond. Mais l'apport de la décision est loin d'être aussi novateur que ce qui a pu être affirmé. Cette décision provient d'un juge des référés. Or, il est dans la nature même de cette juridiction que d'appliquer la loi en veillant à préserver l'équilibre des intérêts en présence. Le juge des référés est un juge du provisoire et non un juge du principal. Son rôle est de trancher la situation telle qu'elle se présente dans l'immédiat sans toutefois se prononcer sur le fond du droit. Il ne consacre aucun droit substantiel. Il examine l'affaire au regard de l'urgence qui la caractérise. Le contrôle de proportionnalité, et à travers lui la balance des intérêts, c'est l'office même du juge des référés. Ce dernier doit rechercher un juste « équilibre »² entre des intérêts divergents en attendant un procès sur le fond³. Il n'y a rien de

¹ Civ. 3^e, 17 déc. 2015, n° 14-22.095, RTD civ. 2016, p. 449, obs. N. Cayrol ; D. 2016, p. 72 ; *ibid.* p. 1028, chron. A.-L. Méano, V. Georget et A.-L. Collomp ; RDI 2016, p. 100, obs. P. Soler-Couteaux ; AJCT 201, p. 6. 283, obs. E. Péchillon ; RTD Civ. 2016, p. 398, obs. W. Dross ; JCP G 2016, 188, avis O. Bailly ; *ibid.* 189 note P.-Y. Gautier. V. aussi : Civ. 1^{re}, 30 sept. 2015, n° 14-16.273, PB, D. 2015. 2008 ; *ibid.* 2016. 277, obs. E. Dreyer ; Dalloz IP/IT 2016. 42, obs. V. Varet ; D. 2015, p. 2189, chron. P.-Y. Gautier ; Civ. 3^e, 21 janv. 2016, n° 15-10.566, PB, D. 2016, p. 257 ; RDI 2016, p. 223, obs. J.-L. Bergel ; *ibid.* p. 301, obs. P. Soler-Couteaux ; RTD civ. 2016, p. 394, obs. W. Dross ; JCP G 2016, 345, obs. P. Grosser.

² V. sur ce point : N. Cayrol, « Le contrôle de proportionnalité des mesures conservatoires et de remise en état ordonnées en référé », RTD civ. 2016, p. 449, obs. ss. Civ. 3^e 17 déc. 2017, *préc.*

³ V. par ex. : Civ. 1^{re}, 29 oct. 1990, n° 88-19.366, Bull. civ. I, n° 226 ; D. 1992, p. 72, obs. T. Hassler.

fondamentalement nouveau dans la mise en œuvre par le juge des référés de ce contrôle de proportionnalité. Lorsqu'il y procède, le juge des référés ne renonce pas à sa mission juridictionnelle, pas plus qu'il ne s'en libère. Au contraire, il l'accomplit pleinement. Le contrôle de proportionnalité fait partie intégrante de son office.

Cet arrêt démontre plus fondamentalement que les passions que suscite le débat conduit dans une certaine mesure à oublier le véritable nœud de la question. Ce qui est nouveau, ce n'est pas le contrôle de proportionnalité en tant que tel. C'est la systématisation de cette pratique et son utilisation là où elle n'existait pas auparavant. Or, même dans des domaines jusqu'ici vierges d'une telle méthode, il y a lieu de penser que l'évolution dont il est aujourd'hui question n'est pas à craindre. Elle ne conduit pas à plonger le droit français dans les abîmes de la casuistique et du subjectivisme le plus redoutable. Elle n'aboutit pas à une situation d'insécurité totale ou à « un “droit à la carte” »¹ exprimant la fantaisie du juge où la volatilité de ses appréciations. Que la pratique inquiète et interroge, c'est une chose mais que cela induise une remise en cause totale du système juridique français - voire de l'État de droit tout entier ! - est bien excessif. Le contrôle de proportionnalité ne repose pas sur une approche irrationnelle de l'application du droit laissant la solution du litige sous l'emprise de la volonté tout puissante du juge. Ce n'est pas parce qu'il repose sur une appréciation du droit à l'aune des faits qu'il correspond nécessairement à une démarche irrationnelle, sans jalons, ouvrant l'application de la loi au pire subjectivisme du juge. Le contrôle de proportionnalité s'intègre parfaitement dans une logique méthodique et rationnelle de l'acte de juger.

γ. La possible rationalité du contrôle de proportionnalité

300. Nécessité d'une rationalité du contrôle. La troisième raison est que le contrôle de proportionnalité s'inscrit parfaitement dans une logique rationnelle du jugement. Ce contrôle permet d'opérer une mesure, un arbitrage. Il « fait vivre l'idée d'une conciliation équilibrée

« Le principe de la liberté d'expression, notamment en matière artistique, d'une part, comme, d'autre part, celui du respect dû aux croyances et le droit de pratiquer sa religion étant d'égale valeur, il appartient aux juges des référés de décider des mesures appropriées à faire respecter ce nécessaire équilibre » V. aussi, à propos de la révélation de l'homosexualité du secrétaire général d'un parti politique justifiée par le droit du public à l'information. Civ. 1^{re}, 9 avr. 2015, n° 14-14.146, PB, D. 2015, p. 864 ; *ibid.* 2016, p. 277, obs. E. Dreyer ; RTD civ. 2015, p. 583, obs. J. Hauser. La Cour évoque « le rapport raisonnable de proportionnalité » entre la liberté d'information et le respect de la vie privée « ayant ainsi apprécié le rapport raisonnable de proportionnalité existant entre le but légitime poursuivi par l'auteur, libre de s'exprimer et de faire état de l'information critiquée, et la protection de la vie privée de M. X, la cour d'appel a légalement justifié sa décision »

¹ P. Puig, *préc.*

entre des droits et/ou des intérêts différents »¹. Le contrôle de proportionnalité ne doit pas être le règne du bon-vouloir ou de la fantaisie du juge mais la reconnaissance de l'importance de son libre arbitre dans la réalisation du droit. « Légitime dans une perspective arithmétique l'appréciation d'une proportionnalité dans l'application de la loi ne l'est plus quand la proportionnalité est artistique, c'est-à-dire aléatoire »². Jamais le juge ne doit pouvoir faire « ce qu'il veut »³ dans la mise en œuvre un contrôle de proportionnalité. Ce serait porter une grave atteinte au besoin de « systématisation du droit »⁴. Il faut se garder d'une vision trop angélique de ce contrôle. La proportionnalité ne saurait aboutir à l'anarchie des émotions du juge car, dans ce cas, le droit risquerait de devenir un catalogue de solutions particulières et perdrait sa nécessaire fixité. Laisser libre court au sentimentalisme du juge signerait un « déclin »⁵ inadmissible du droit et la lutte pour sa défense serait perdue. Si le contrôle de proportionnalité doit être généralisé, c'est à la condition indispensable qu'il s'appuie sur de lignes claires préservant la cohérence et la permanence du droit. C'est un besoin impérieux, intemporel, qui fut déjà souligné par le doyen Roubier pour qui la première valeur sociale à atteindre, c'est « la sécurité juridique »⁶ : « tout vaut mieux que de n'avoir pas de règles véritables, car c'est le triomphe de l'arbitraire, sous couleur d'équité : le juge statue en fait et non plus en droit, et c'est un signe certain de décadence »⁷. Nous croyons que le contrôle de proportionnalité peut satisfaire à cette exigence. Il peut préserver ce besoin de sécurité juridique s'il s'inscrit dans une méthode rigoureuse apte à assurer une démarche rationnelle et transparente⁸.

301. Possibilité d'un « contrôle du contrôle ». Le contrôle de proportionnalité n'est pas incompatible avec le rôle disciplinaire de la Cour de cassation. D'abord, le contrôle de proportionnalité n'est nécessaire que lorsqu'il existe une situation de concurrence entre une

¹ D. de Bechillon, « Observations sur le contrôle de proportionnalité », in *Regards sur la réforme de la Cour de cassation*, JCP G 2016, n° spécial, p. 27.

² G. Bolard, « L'impartialité du juge au risque de la loi ? », JCP G 2015, I, 1085.

³ V. l'article du professeur Conte qui aborde le contrôle de proportionnalité à travers un songe assez inquiétant : P. Conte, « Le droit n'est plus le tennis. Un juge vous le dira », JCP G 2016, I, 1405.

⁴ Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, préf. G. Vedel, (1972), LGDJ, Anthologie du droit, 2014, p. 29 : « (...) le droit, qui est fait pour l'usage commun, a besoin de systématisation ; celle-ci apparaît finalement comme la meilleure garantie contre l'arbitraire des solutions particulières (...) ».

⁵ B. Oppetit, « L'hypothèse du déclin du droit », *Droits*, 1986, n° 4, p. 19 : Le pouvoir d'application de l'interprète, en réglant normativement des exceptions à ses propres principes ou en variant à sa guise le niveau d'abstraction de ses normes ».

⁶ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, (1951), préf. D. Deroussin, Dalloz, 2^e éd., 2005, n° 36, p. 318.

⁷ *Ibid.*, n° 9, p. 83.

⁸ V. Lors de son intervention au Colloque du Master II DPG sur la réforme de la Cour de cassation organisé le 8 avril 2016, M.-L. Mathieu a montré que le contrôle de proportionnalité était conforme à la logique syllogistique. V. aussi : M.-L., *Logique et raisonnement juridique*, PUF, coll. Thémis droit, 2015.

norme de droit interne et un droit fondamental consacré par la Convention européenne des droits de l'homme. « On assiste moins à la substitution d'un modèle par un autre qu'à la diversification de l'office du juge et à l'émergence d'une pluralité de modèles de la justice contemporaine »¹. Plus fondamentalement, même dans un tel cas, le contrôle de proportionnalité ne devrait jamais aller sans un contrôle disciplinaire. Il est indispensable que les juridictions de cassation conservent leur nature « répressive » pour reprendre le mot d'un auteur², c'est-à-dire qu'elles puissent opérer un contrôle du contrôle. Il s'agirait d'exercer une vérification des critères mis en œuvre par les juges du fond pour appliquer la règle de droit interne ou au contraire la neutraliser. Ce faisant, le contrôle de proportionnalité conserverait une cohérence qui garantirait le respect du principe d'égalité. Cette idée est importante : les deux types de contrôle n'ont pas vocation à s'exclure l'un et l'autre mais, au contraire, à se compléter utilement. L'évolution conduit davantage à une adaptation des méthodes existantes qu'à une remise en cause du modèle légaliste français. Mais alors, il faut être réaliste. La nécessité d'un contrôle du contrôle³ a une conséquence fondamentale tenant au rôle qui doit être assigné à la Cour de cassation. Parce qu'elle contrôlerait la proportionnalité, elle serait nécessairement amenée à porter un regard sur des critères juridiques, ce qui correspond à son office de juge du droit, mais aussi – et c'est l'élément novateur – sur les circonstances factuelles du litige, de sorte qu'elle ne serait plus seulement, un juge du droit. Elle doit se « juridictionnaliser »⁴, c'est-à-dire devenir un véritable troisième degré de juridiction pour garantir la cohérence du contrôle de proportionnalité⁵. Cette évolution, qui effraie littéralement une partie de la doctrine qui y voit une remise en cause totale du modèle juridictionnel français, doit être encouragée car il en va du respect du principe d'égalité des justiciables devant la loi⁶. Elle permettrait d'accentuer le rôle « prudentiel »⁷ des juridictions

¹ C. Chainais, « À la recherche d'un modèle pluraliste de cassation “ à la française ” », in Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation, *préc.*, p. 50.

² F. Zenati, « La nature de la Cour de cassation », BICC n° 575 du 15 avril 2003, p. 3.

³ V. utilisant cette formule : H. Fulchiron, « Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité », D. 2016, p. 2496.

⁴ F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », RTD civ. 2016, p. 511.

⁵ D'où le souhait émis par son Premier Président qui consiste à faire de la Cour de cassation, « une Cour suprême » : B. Louvel, « Entretien », JCP G 2016, 1122.

Sur ce point, v. : P. Théry, « Cours suprêmes : essai - manqué - de typologie et de définition », D. 2016, p. 1731

⁶ Sur ce point, v. : V. Vigneau, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », D. 2017, p. 123.

⁷ C. Jamin, « Contrôle de proportionnalité : Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », conférence du 30 mars 2015 à la Cour de cassation, en ligne sur le site internet de la Cour :

https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/contr_proportionnalite_7858/juger_motiver_r_31563.html

L'auteur fait le parallèle avec la Cour suprême du Canada qui s'inscrit pleinement dans cette fonction prudentielle.

de cassation, c'est-à-dire leur fonction de « modèle »¹ auprès des juges du fond. Ce n'est qu'en bénéficiant d'une faculté de contrôle du contrôle qu'elles peuvent déterminer les critères à mettre en œuvre selon les situations litigieuses et, ainsi, maintenir une cohérence dans la mise en œuvre de la proportionnalité.

302. Justice du XXI^e siècle. De ce point de vue, il est intéressant de relever que le processus semble d'ores et déjà enclenché. La loi n° 2016-1547 du 16 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a modifié l'article L. 411-3 du Code de l'organisation judiciaire. Le changement n'est pas flagrant mais il est fondamental. Le texte dispose qu'en matière civile, la Cour de cassation peut « statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie ». Il ajoute qu'en matière pénale, elle peut, « en cassant sans renvoi, 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 ». Cette évolution très importante du rôle de la Cour de cassation démontre que cette dernière tend à être érigée en troisième degré de juridiction, ce qui nous semble indispensable dans la perspective d'une généralisation du contrôle de proportionnalité car c'est la condition de l'homogénéité de la mise en œuvre de la proportionnalité. Ce type de contrôle ne doit pas conduire à supprimer donc aucunement le contrôle disciplinaire. Au contraire, il doit le renforcer en dotant le juge de cassation d'une pleine juridiction.

Tout l'intérêt d'un tel contrôle du contrôle opéré par la Cour de cassation apparaît à travers un arrêt intéressant dans lequel elle a dû connaître d'une affaire mettant deux reconnaissances de paternité successives de deux hommes à l'égard du même enfant². La mère biologique de l'enfant a contesté la première reconnaissance mais un jugement a déclaré prescrite cette demande et a annulé la deuxième reconnaissance. La mère a alors assigné les enfants de l'auteur de cette deuxième reconnaissance sur le fondement de l'article 327 du Code civil qui permet d'établir la filiation hors mariage par le biais, notamment, d'une expertise biologique. Une cour d'appel a rejeté cette demande par application de l'article 320 du Code civil, selon lequel « tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait ». Elle a en outre retenu que « l'intérêt

¹ V. F. Zenati, « La nature de la Cour de cassation », *préc.* ; C. Jamin, « Contrôle de proportionnalité : Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », conférence du 30 mars 2015 à la Cour de cassation, en ligne sur le site internet de la Cour : https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/contr_proportionnalite_7858/juger_motive_r_31563.html

² Civ. 1^{re}, 5 oct. 2016, n° 15-25.507, AJ fam. 2016. 543, obs. J. Houssier ; D. 2016, p. 2062, obs. I. Gallmeister.

de la famille du père légitime, décédé avant la révélation des origines de la requérante, justifiait une restriction au droit à la connaissance de ses origines, sans autre examen de la position propre du père biologique qui, de son vivant, souhaitait voir reconnaître ledit lien de filiation ». Un pourvoi en cassation fut formé. Selon la demanderesse, les juges d'appel n'auraient pas fait une juste balance entre tous les intérêts et méconnu de ce chef les exigences de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour rejette le pourvoi. Elle relève, que, si l'impossibilité pour une personne de faire reconnaître son lien de filiation paternelle constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'obstacle opposé à la demanderesse par les juges d'appel est prévu à l'article 320 du Code civil et poursuit un but légitime en ce qu'il tend à garantir la stabilité du lien de filiation et à mettre les enfants à l'abri des conflits de filiations. Elle observe en outre que l'intéressée avait disposé de procédures lui permettant de mettre sa situation juridique en conformité avec la réalité biologique, de sorte que « la cour d'appel a pu en déduire que l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée n'était pas disproportionnée au regard du but légitime poursuivi ». Par cette décision, à la rédaction très pédagogique, la haute juridiction démontre qu'elle est en position de vérifier la mise en œuvre du contrôle de conformité et qu'elle ne se contentera pas, loin s'en faut, de s'en remettre à l'appréciation casuelle des juges du fond. Elle donne un critère de son contrôle en soulignant l'inexploitation, pendant de longues années, de voies procédurales permettant d'établir que la filiation était de nature à caractériser l'absence d'atteinte disproportionnée à son droit fondamental au respect de sa vie privée et familiale. C'est un critère objectif qui permet de mettre en œuvre l'examen de la proportionnalité et de décider qu'il ne convenait pas d'écarter dans ce cas d'espèce, l'application de l'article 320 précité. Ce faisant, la Cour de cassation montre qu'il est aussi possible de doter le contrôle de proportionnalité d'une certaine rationalité permettant d'en garantir la prévisibilité. Elle souligne aussi que le contrôle de proportionnalité n'aboutit pas toujours à une mise à l'écart du droit interne dès lors que le contrôle opéré ne révèle aucune atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des plaideurs¹.

¹ V. aussi : Civ. 1^{re}, 9 nov. 2016, n° 15-25.068, JCP G 2017, I, 46, note. V. Larribeau Terneyre. Dans cet arrêt, il était question de l'action en recherche de paternité mise en balance avec le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour régulatrice approuve les juges du fond qui ont conclu à l'absence de disproportion manifeste, dans l'espèce en cause, entre l'application de la loi française prévoyant la prescription de l'action en recherche de paternité et le droit au respect de la vie privée.

303. Justifications objectives du contrôle. La rationalité du contrôle de proportionnalité est également garantie par le fait que le juge ne saurait se dispenser, dans la mise en œuvre de la balance des intérêts, de fournir les justifications objectives qui ont conduit à neutraliser ou non l'application de la règle de droit. Ces justifications prennent deux formes : une forme interne à la décision et une forme externe.

304. La justification interne à la décision : la motivation. Le juge qui, opérant le contrôle de proportionnalité, déciderait de neutraliser l'application d'une règle objective car elle porte atteinte à un droit fondamental doit être contraint d'expliquer méticuleusement les raisons qui l'ont poussé à procéder de la sorte. La proportionnalité doit reposer sur des données rationnelles et objectives. Le contrôle de proportionnalité n'autorise pas le juge à désobéir à la loi. Il consiste simplement à écarter une règle de droit interne qui porte atteinte à une autre règle de droit - parfaitement applicable dans l'ordre interne - qui consacre un droit fondamental. Ce contrôle n'est rien d'autre qu'un contrôle de légalité consistant ni plus ni moins à résoudre un cas de conflit de normes. Partant, « la rhétorique du changement induit par le contrôle de proportionnalité ne peut pas - ne doit pas - servir à alimenter l'idée selon laquelle le juge serait tout à coup rendu légitime à sortir de lui-même, autorisé par on ne sait quelle norme transcendante à se placer au-dessus du droit et à donner libre cours, en conscience, à sa plus pure subjectivité »¹. La proportionnalité exige un surcroît d'attention du juge quant à la motivation de ses décisions pour se placer à l'abri de toute critique tenant, notamment, à l'opacité des critères utilisés.

Dans certains arrêts récents qui mettent en œuvre la proportionnalité, ce souci de pédagogie apparaît très nettement. Un arrêt rendu en matière de liberté d'expression le démontre². Dans cette affaire, un médecin accusé du meurtre de sa femme a été acquitté par une cour d'assises après de longues années d'enquêtes. Cinq mois après l'acquittement, une chaîne de télévision a diffusé un téléfilm s'inspirant de l'affaire. Elle invitait les téléspectateurs à voter sur le principe de la culpabilité ou de l'innocence. L'acquitté s'était fondé sur le droit au respect de sa vie privée pour demander en référé la cessation du programme, sous astreinte, ce qu'il avait obtenu auprès des juges du fond. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé et relève que le droit au respect de la vie privée, prévu par les articles 8 de la Convention de sauvegarde des

¹ D. de Bechillon, « Observations sur le contrôle de proportionnalité », *in* Regards sur la réforme de la Cour de cassation, JCP G 2016, n° spécial, p. 29.

² Civ. 1^{re}, 30 sept. 2015, n° 14-16.273, D. 2015, p. 2008 ; *ibid.* 2016, p. 277, obs. E. Dreyer; Dalloz IP/IT 2016, p. 42, obs. V. Varet ; D. 2015, p. 2189, chron. P.-Y. Gautier, N. Cayrol, RTD civ. 2016, p. 449.

droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du Code civil, et le droit à la liberté d'expression, régi par l'article 10 de la Convention, ont la même valeur normative. Elle précise « qu'il appartient au juge saisi de rechercher un équilibre entre ces droits et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime ». Selon la Cour de cassation, c'est le droit à la vie privée de la personne mise en cause qui devait l'emporter, certaines scènes étant de nature à lui causer un dommage important. Elle estime que « si la création audiovisuelle peut s'inspirer de faits réels et mettre en scène des personnages vivants », c'est à la condition qu'elle se présente comme une fiction ; or, ici la personne était identifiée par le public et la presse. La cour d'appel est approuvée pour avoir « procédé à la mise en balance » des deux droits et caractérisé l'atteinte à la vie privée, « justifiant une limitation du droit à la liberté d'expression ». Il y a dans la formulation des motifs de cette solution une volonté de se montrer pédagogue sur les critères utilisés pour parvenir à la solution arrêtée, en l'occurrence la limitation du droit à la liberté d'expression.

305. La justification externe à la décision : l'intervention d'un *amicus curiae*. Quant à la forme externe des justifications du contrôle, elle tient notamment à la possibilité de fonder la balance des intérêts en cause sur des éléments objectifs qui n'empruntent rien à l'humeur du juge. À cet égard, la direction qui est aujourd'hui suivie dans le cadre de la réforme des méthodes de contrôle de la Cour de cassation semble tout à fait rassurante quant à la rationalité du contrôle de proportionnalité. Un exemple permet de le mesurer. La loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXI^e siècle prévoit, en son article 39, que lors de l'examen d'un pourvoi, la Cour de cassation « peut inviter toute personne dont la compétence ou les connaissances sont de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine ». La disposition semble anodine en ce qu'elle rappelle la figure des amis de la Cour, les *amicus curiae*¹, que la Cour régulatrice connaît depuis longtemps². Elle ne l'est pourtant pas. Il s'agit de permettre de recueillir suffisamment d'informations pour procéder, dans des conditions optimales, au contrôle de proportionnalité dans une espèce donnée. « En multipliant les *amicus curiae*, elle peut ainsi obtenir des avis extérieurs pour déterminer le juste équilibre à faire respecter entre

¹ V. S. Menetrey, *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural*, préf. C. Kessedjian, Avant-propos S. Guillemard, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2010 ; C. Coslin et D. Lapillonne, « Quel futur pour l'*amicus curiae* en France ? », Gaz. Pal. 6-8 janv. 2013, 7.

² Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.104, D. 1991, p. 417, rapp. Chartier, note Thouvenin ; JCP G 1991, II, 21752, communi. Bernard, concl. Dontenwill et note Terré.

V. à l'origine de cette consécration : Paris, 21 juin et 6 juill. 1988, Gaz. Pal. 1988, p. 699, note Laurain ; RTD Civ. 1989, p. 138, obs. R. Perrot ; D. 1989, p. 341, note Laurain.

intérêts antagonistes »¹. Cela montre que le contrôle qui tend à se généraliser ne procède pas d'une promotion outrancière de la subjectivité du juge dans l'application du droit mais qu'il peut aussi reposer sur des éléments objectifs, venant au renfort de l'appréciation du juge et lui permettant de parvenir à une application rationnelle du droit aux faits. « La prudence avec laquelle elle le fait devrait rassurer ceux qui s'inquiétaient, non sans raison, des conséquences que pourrait avoir cette nouvelle dimension donnée au respect des droits fondamentaux sur la sécurité juridique et sur la prévisibilité de la règle de droit. Au-delà de la doctrine, le message envoyé aux plaideurs et à leur conseil est clair. La Cour n'entend pas jouer à l'apprenti sorcier et moins encore au docteur *Frankenstein* : elle compte bien maîtriser les forces qu'elle a libérées »².

306. Bilan. En définitive, tous ces éléments sont de nature à préserver la rationalité de la décision en rejetant la critique tenant au subjectivisme du contrôle de proportionnalité et au lien qui est trop souvent établi entre ce mécanisme et une application de la loi au gré de l'humeur du juge. Ils soulignent, plus fondamentalement, que la grande question que pose le contrôle de proportionnalité n'est pas une question de légitimité mais une question de méthode : c'est « la question centrale, celle qui commande toutes les autres »³. Il faut réfléchir aux modalités de ce contrôle plus qu'à la prétendue illégitimité de celui-ci au regard d'une tradition juridique française qui n'a jamais été étrangère à la balance des intérêts. En particulier, il y a une condition, élémentaire et fondamentale, pour que ce contrôle de proportionnalité puisse produire ses bienfaits : il doit procéder d'une démarche rigoureuse et méthodique. Autrement dit, la proportionnalité qui consiste à mettre le libre arbitre du juge au centre de l'application du droit, doit répondre aux exigences de la logique pour ne pas céder à un subjectivisme qui ruinerait toute finalité sécurisante du droit. S'il ne constitue pas le seul modèle efficient, le modèle syllogistique permet de donner au contrôle de proportionnalité l'encadrement logique dont il a besoin. Cet assemblage du syllogisme et de la proportionnalité

¹ E. Dreyer, « La main invisible de la Cour de cassation », D. 2016, p. 2473. L'auteur se montre critique sur la légitimité de cette réforme dans les modes de contrôle utilisés par la Cour de cassation. Selon lui, la réforme nécessite une révision constitutionnelle car c'est le rapport à la loi qui est en cause. V. aussi : E. Dreyer, « L'évolution du contrôle de cassation en matière pénale », Dr. pénal 2016, étude 24 ; F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », RTD Civ. 2016, p. 511 ; F. Rocheteau, « Ce que révèlent les cas d'ouverture à cassation en matière pénale », Gaz. Pal. 4 oct. 2016, p. 74.

² H. Fulchiron, « Grands et servitudes du contrôle de proportionnalité », D. 2016. P. 2496. L'auteur poursuit : « les arbitrages réalisés par le législateur ne seront pas systématiquement remis en cause au motif que leurs conséquences *in casu* sembleraient excessives. Et il est hors de question de se livrer à un pur contrôle d'opportunité, en appliquant la règle par ci, en l'écartant par là, selon que la solution donnée au cas particulier semblerait ou non conforme à l'équité, voire, tout simplement, opportune ».

³ H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit », D. 2016, p. 1376.

peut paraître surprenant mais nous pensons que l'un n'exclut pas l'autre. Le syllogisme permet l'intégration de la pondération des intérêts qui constitue le cœur de la proportionnalité¹. Partant, il ne faut pas l'évincer pour lui substituer un autre modèle mais la conserver en l'adaptant². La proportionnalité peut s'inscrire dans une logique déductive du syllogisme mais, pour cela, il faut l'enrichir d'un tiroir qui puisse permettre au juge de mettre en œuvre la confrontation de la règle applicable et des droits fondamentaux, à l'aune des circonstances particulières de l'espèce.

307. Pour une redéfinition du syllogisme : le syllogisme enrichi ou syllogisme « à tiroir ».

Le contrôle de proportionnalité n'est donc pas, « un désaveu du syllogisme juridique »³. Il conduit à enrichir l'une de ses prémices pour permettre au juge de s'assurer de la conformité des résultats obtenus par l'application de la règle aux droits fondamentaux des plaideurs. C'est plus spécifiquement la majeure du syllogisme qui s'en trouverait enrichie.

308. Syncrétisme. Comme dans tout litige, le juge doit d'abord prendre connaissance de l'amas de faits qui lui sont présentés pour poser la majeure du syllogisme ; autrement dit pour déterminer les règles de droit qui lui semblent à première vue applicables. Cette étape préalable ne constitue rien d'autre qu'une expression du syncrétisme juridique exposé par Motulsky, c'est-à-dire une « connaissance immédiate »⁴ du litige.

309. Majeure. Une fois cette suggestion effectuée, le juge doit vérifier, par un véritable raisonnement juridique, les règles qu'il pressentait applicables. C'est à ce stade que la démarche du juge s'enrichit. La majeure du syllogisme serait simplement une prémisse « à tiroir » contenant une règle principale et des règles accessoires. La règle principale serait celle qui est en principe applicable au litige, et les règles accessoires seraient les règles

¹ V. en ce sens contraire, en ce qui concerne le contrôle de proportionnalité : C. Jamin, « Cour de cassation : une question de motivation », JCP G 2015, 878. L'auteur considère que le contrôle de proportionnalité conduit à une remise en cause du modèle syllogistique : « le contrôle de proportionnalité consiste à les mettre en balance pour en déduire une règle et/ou un principe nouveau qui constitue en quelque sorte l'expression d'un compromis entre eux. C'est donc la majeure du syllogisme qui ne tient plus, puisqu'il ne peut précisément plus y avoir de règle et/ou de principe servant de base à la décision. À moins d'ériger ce compromis en majeure. Mais alors le juge ne livrera pas le raisonnement suivi pour aboutir audit compromis, ce qui ne satisfera sûrement pas la Cour EDH ».

² Pour Motulsky, il faut conserver la logique déductive qui gouverne l'acte de juger et ne pas céder à la tentation qui consisterait à s'en défaire pour lui substituer un autre modèle : « ici, elle (la déduction) est, et ne peut qu'être rigoureuse, inélectable ; rien ne justifie, dès lors, la prétention de l'évincer afin de la remplacer ou de la « tempérer » par « l'examen de l'utilité pratique » ou le « classement des intérêts », euphémismes qui cachent mal l'abdication de la pensée proprement juridique ».

³ V. Bolard, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé*, Th. Paris I, 2006, n° 115, p. 213.

⁴ H. Motulsky, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préf. P. Roubier, 1948, réed. présentée par M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2002, n° 52, p. 51.

concurrentes, c'est-à-dire les droits fondamentaux avec lesquels la règle principale peut, *éventuellement*, entrer en opposition. Lorsque le juge pose la règle principale en majeure, il ouvre le tiroir des règles concurrentes.

310. Mineure. Ensuite, il confronte la majeure, constituée de la règle principale et des règles concurrentes, à la mineure, c'est-à-dire aux faits de l'espèce. La confrontation se fait donc toujours entre une majeure et une mineure, simplement la règle principale n'est pas seule. Elle est pondérée par des règles concurrentes. Comme dans un syllogisme classique, le juge part du droit pour descendre aux faits. C'est donc au stade de la mineure et non de la majeure que s'opère le compromis, lequel ne peut, par hypothèse, être posé d'emblée car il dépend des circonstances factuelles du litige¹.

311. Solution. Enfin, de cette confrontation découle une solution qui consiste soit à faire primer la règle principale - dans ce cas le tiroir se referme sans conséquence - soit à l'écarter au regard de l'atteinte portée aux droits fondamentaux. Cette opération n'ajoute ou ne retranche rien à la majeure posée initialement. La règle principale est *applicable* mais il y a des cas où elle ne sera pas *appliquée*. Elle sera écartée au bénéfice des règles contenues dans le tiroir, lesquelles commanderont la solution du litige. Dans ce cas, le juge fera simplement primer une règle, en l'occurrence fondamentale, composant la majeure. Autrement dit, la balance des intérêts qu'induit le contrôle de proportionnalité se fait toujours en contemplation de règles objectives. L'issue du litige ne proviendra pas du seul ressenti du juge mais se déduira, toujours, de l'application d'une règle de droit, que ce soit la règle principale ou la règle concurrente.

312. Le contrôle concret du droit - et le contrôle de proportionnalité qui en est une implication - est conforme à la logique déductive du syllogisme et au mouvement vertical qu'il induit. Il se trouve simplement enrichi par une balance des intérêts opérée par le juge. La confrontation de la mineure à la majeure ne se fait pas de façon sèche – l'a-t-elle seulement déjà été ? – mais elle est pondérée par la présence de règles concurrentes dont l'une finit toujours pas l'emporter sur l'autre. « Le jugement est une œuvre juridique, raisonnée en fait et en droit »². Il doit le rester, peu important les méthodes mises en œuvre pour y parvenir.

¹ Cela tempère la thèse selon laquelle le compromis remet en cause les termes du syllogisme : C. Jamin, *loc. cit.*

² G. Bolard, « L'impartialité du juge au risque de la loi ? », JCP G 2015, I, 1085.

Conclusion du chapitre 3 :

313. Justice circonstanciée. À l'issue de cette analyse, il apparaît que le contrôle concret des règles objectives par le juge est indispensable à la mise en adéquation du droit avec les besoins des cas litigieux. « Réduite à elle-même, la règle est trop sèche, trop abstraite. Elle n'est pas en situation de répondre au besoin de justice du fait de son impersonnalité »¹. C'est le libre arbitre du juge qui permet de combler l'interstice qui peut exister entre la norme objective applicable au litige et la justice concrète à laquelle le juge estime devoir aboutir. « Inévitablement, le droit est en tension entre la cohérence de sa construction intellectuelle et les rébellions d'une réalité toujours en mouvement. Le droit est perpétuellement en quête de facteurs de souplesse qui lui donnent le moyen d'adapter la règle à la diversité des situations particulières »². Dans bien des cas, les litiges dont a à connaître le juge mettent en jeu de subtiles et complexes réalités humaines qu'il lui faut prendre en compte dans l'application du droit. Dans ces hypothèses, il n'est pas inopportun de donner à la règle « une certaine flexibilité »³ à laquelle permet d'aboutir la faculté du juge d'opérer un contrôle concret du droit applicable. Cela permet de tendre vers un droit qui, tout en étant doté de la fixité qui fait de lui du droit, acquiert la souplesse nécessaire à sa mise en œuvre concrète. Un droit souple qui assure « *in casu* une juste balance entre les intérêts en présence »⁴. Il ne s'agit pas de trouver la solution à appliquer mais la *bonne* solution. Le contrôle concret des règles applicables au litige permet en cela de tendre vers un idéal, celui d'une justice circonstanciée, ouverte et attentive aux besoins de chaque cause. C'est à une justice sur-mesure que permet d'aboutir le libre arbitre du juge, une justice d'en bas qui émerge du cas concret. Au fond, l'abstraction de la règle de droit n'est pas plus supportable que l'insécurité juridique. Le système juridique actuel ne se présente plus dans les mêmes conditions que le système qui a été mis en place après la Révolution. Aujourd'hui, le contexte normatif crée une concurrence accrue des règles, laquelle crée elle-même un besoin de contrôle dans l'articulation qu'il convient d'assurer. Or, seul le juge peut satisfaire pleinement à cet exercice, tout simplement parce qu'il est le seul qui puisse donner au système la souplesse qu'elle nécessite⁵.

¹ D. Salas, « L'équité ou la part maudite du jugement », *Justices* n° 9, Janvier/Mars 1998, p. 111.

² S. Pellé, « La réception des correctifs d'équité par le droit », *D.* 2011, chron., p. 1230.

³ H. Fulchiron, « Le juge judiciaire et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH) », *D.* 2015, p. 2365.

⁴ D. Fulchiron, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit », *D.* 2016, p. 1376.

⁵ V. sur ce point : B. Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326. Pour le premier président, la généralisation du contrôle de proportionnalité procède d'une « adaptation à notre temps » de la Cour de cassation.

314. L'union du fait et le droit. Il a beaucoup été écrit que la généralisation du contrôle de proportionnalité participe d'une « redéfinition contemporaine de l'office du juge »¹ mais il semble que la transformation soit plus profonde. Elle participe d'une évolution du droit lui-même qui serait sur le point d'entrer dans une nouvelle ère. L'évolution qui se joue actuellement tend à remettre en cause la vision moderne du droit, celle qui est apparue à la Révolution et qui repose sur l'idée que la loi, en tant que norme abstraite, devait être l'élément cardinal de la réalisation du droit. Mais voilà qu'aujourd'hui, cette primauté absolue donnée à la loi générale et impersonnelle vacille sous le poids des faits litigieux qui peuvent influencer sur la détermination du droit applicable au litige. C'est le signe d'une évolution dans le rapport (de force) entre le droit et le fait ; ou plutôt de la consécration d'une idée déjà mise en exergue, celle selon laquelle la distinction du fait et du droit apparaît vite, « au contact de la réalité, comme une vue de l'esprit »². La généralisation du contrôle concret que le juge opère sur le droit brouille la distinction classique entre le fait et le droit³. Elle signe une perte de confiance progressive dans les vertus de l'abstraction de la loi⁴ qui peut être accusée d'immobiliser le droit. Elle souligne, aussi, ce que le fait apporte au droit : ce n'est pas le droit qui saisit – par son autorité - le fait ; c'est le fait qui permet de mieux saisir le droit. En cela, la généralisation du contrôle de proportionnalité s'affirme « comme la révolte des faits trop longtemps tenus en laisse par la règle de droit »⁵. Comme le souligne un auteur⁶, le droit entre peut-être dans une ère post-moderne dans laquelle le fait et le droit ne sont pas distincts, au cœur d'un rapport de domination à sens unique où le premier surplombe le second, mais dans un rapport de complémentarité. Cette conception nouvelle du droit ne ferait que traduire une considération fondamentale, que l'on trouve sous la plume de Jean Carbonnier selon lequel « le droit est phénomène non pas seulement collectif mais personnel »⁷. Cette appréhension du droit invite, non à sombrer dans un subjectivisme qui consisterait à élaborer

¹ C. Chainais, « À la recherche d'un modèle pluraliste de cassation “à la française” », in *Regards sur la réforme de la Cour de cassation*, JCP G 2016, n° spécial, p. 50.

² F. Zenati, « La nature de la Cour de cassation », BICC n° 275 du 15 avril 2003.

³ Sur la proximité du fait et du droit, v. : J.-J. Sueur, « Le fait, le droit, la valeur », in M. Lei et L. Yboud, *De la mobilisation du fait à la réalisation du droit*, L'Harmattan, coll. « Droit privé et sciences criminelles », p. 19.

⁴ En ce sens, v. : F. Zenati-Castaing, « Propos conclusifs », in *Discussions autour de la réforme de la Cour de cassation*, colloque organisé à Lyon III, le vendredi 18 novembre 2016. Disponible en ligne : <https://webtv.univ-lyon3.fr/channelcatmedia/10/MEDIA161123160825255>

L'auteur évoque la substitution d'un modèle herméneutique dans lequel la règle provient de la loi abstraite à un modèle casuistique dans lequel la règle émerge du cas concret. Il ajoute que la généralisation du contrôle de proportionnalité entraîne l'émergence d'un nouveau paradigme dans lequel le raisonnement juridique ne part plus d'une norme mais des faits. Nous ne partageons pas cet avis, v. *supra* n°s 309 s.

⁵ Ph. Jestaz, J.-P. Marguénaud et Ch. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014, p. 206.

⁶ F. Zenati-Castaing, *préc.*

⁷ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Anthologie du droit, 10^e éd., 2014, p. 105.

un droit différent pour chaque catégorie de personne, mais à se départir d'une sorte de mépris du concret qu'exprime le culte de la règle abstraite, générale et impersonnelle. Elle invite à penser le droit autrement ; à le « penser par cas »¹, c'est-à-dire de façon pragmatique et non dogmatique. La pensée pragmatique est « celle qui part du monde réel avec ses imperfections et ses contradictions et qui préfère aux constructions géniales et révolutionnaires, souvent dévastatrices, les perfectionnements tangibles et quotidiens du droit et de la société »². La pensée pragmatique conduit à penser le droit factuellement, c'est-à-dire à l'envisager à partir des singularités des espèces qui sont soumises au juge. Il ne s'agit pas d'éclater le droit en une infinie de cas concrets³ car la règle de droit doit conserver la généralité et la fixité qui en fondent l'essence. « Le caractère obligatoire de la règle de droit est une garantie essentielle du justiciable, en outre la condition de l'égalité des citoyens devant la loi générale et abstraite »⁴. « Sauf à suggérer l'arbitraire on ne rend pas la justice sans règles générales et abstraites, applicables à tous »⁵. Mais, plutôt que de croire que cette norme abstraite doit écraser le fait, la *pensée par cas* conduit à accepter qu'elle puisse *parfois* être mise en friction avec la réalité concrète ; accepter que l'ordinaire d'une règle puisse s'écarter face au particulier d'une espèce⁶. Cette postmodernité du droit ne serait pas une remise en cause totale du système juridique moderne mais son prolongement. Elle n'est finalement qu'une forme nouvelle de positivisme. Elle s'intègre dans le droit fil d'une tendance déjà ancienne qu'ont mis en

¹ L'expression correspond au titre d'un ouvrage collectif édité par l'École des hautes études en sciences sociales : J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *Penser par cas*, Enquêtes, éd. de l'EHESS, 2005,

² O. Tournafond, « Transposition de la directive de 1999 sur la garantie des consommateurs », D. 2003. Point de vue, p. 427.

³ Des propositions en ce sens ont pu être faites par le passé. V., par ex. les réflexions de Demogue sur les différentes conceptions de la justice. Demogue suggérait la possibilité d'un droit prenant en compte les spécificités de chacun. Il écrivait : « on peut imaginer des règles différentes de responsabilité suivant la condition sociale des personnes, pour s'approcher plus du degré véritable de développement de leurs facultés véritables. Il est fort possible que dans l'avenir, la législation industrielle, la législation sociale se développent dans ce sens ». V. R. Demogue, « La justice », in *Notions fondamentales du droit privé*. Essai critique, (1911), éd. La mémoire du droit, 2001, p. 128.

Ces réflexions furent sévèrement critiquées par François Gény lui-même, qui y voyait l'expression d'un nihilisme décourageant. V. : F. Gény, « Compte-rendu », Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 35^e année, 1911, p.110. C'est même ce qui aurait poussé Gény à écrire l'une de ses œuvres fondamentales, *Science et technique en droit positif*. Sur ce point, v. : C. Jamin, « Un siècle de revue trimestrielle de droit civil », RTD civ. 2002, p. 646.

Sur le nihilisme de Demogue, v. : C. Jamin, « Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », RIEJ 2006, p. 56.

⁴ G. Bolard, « L'impartialité du juge au risque de la loi ? », JCP G 2015, 1085.

⁵ G. Bolard et G. Flécheux, « L'avocat, le juge et le droit », D. 2005, p. 221, n° 10.

⁶ V. sur ce point : Y. Thomas, « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », in J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *Penser par cas, op. cit.*, p. 45 : « l'histoire des catégories juridiques ne consiste pas dans l'extension continue d'une solution particulière transportée d'un contexte à l'autre, jusqu'au point où elle deviendrait une figure abstraite et prête à tout usage. À l'inverse, c'est au moment même de l'exception lorsqu'une solution se saisit en sa circonstance la plus extrême, que son degré de généralité est au plus haut ».

exerger certains philosophes du droit : « le positivisme factualiste »¹. Traduisant une aspiration « au réalisme »², ce type de positivisme repose sur le souci d'observer une démarche pragmatique dans l'élaboration du droit³. Le droit n'est plus conçu comme « un système clos se suffisant à lui-même »⁴ mais comme un système poursuivant « la recherche de résultats concrets »⁵. La tendance actuelle consiste à mettre en œuvre ce positivisme factualiste non pas seulement dans son élaboration mais aussi – et la réelle nouveauté se situe sur ce point – dans son application au cas litigieux. C'est le juge – cet organe « à la charnière du fait et du droit »⁶ – qui doit mettre en œuvre cette pensée par cas. Ce ne serait pas une menace pour le droit mais une condition de sa bonne réalisation, c'est-à-dire une réalisation qui puisse être ajustée au moyen du libre arbitre du juge. Ce n'est pas la défaite du droit abstrait mais une condition de son succès concret. Ce besoin d'opérer l'alliance du droit et du fait pour parvenir à l'équilibre de la justice se fait aujourd'hui de plus en plus pressant par l'effet de l'essor des droits fondamentaux mais, au fond, l'idée est bien ancienne. Il fait écho à des réflexions développées, en autres, par Jhéring lorsqu'il traita de la vitalité du droit : « aussi la justice, tient-elle d'une main la balance au moyen de laquelle elle pèse le droit, et de l'autre l'épée au moyen de laquelle elle le défend. L'épée sans la balance est la force brutale, la balance sans l'épée est l'impuissance du droit. L'une ne peut aller sans l'autre, et il n'y a d'ordre juridique idéal parfait que là où l'énergie avec laquelle le justice porte l'épée est égale à l'habileté avec laquelle elle manie la balance »⁷.

¹ Oppetit (B.), *Philosophie du droit*, Dalloz, Précis, 1999, n^{os} 82 s., p. 102 s.

² *Ibid*, n^o 82, p. 102

³ C'est à l'égard du processus d'élaboration du droit que raisonne, notamment, le professeur Oppetit lorsqu'il traite du positivisme factualiste.

⁴ J. Carbonnier, « Tendance actuel de l'art législatif en France », in *Essai sur les lois*, 2^e éd., Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 240.

⁵ Oppetit (B.), *Philosophie du droit*, Dalloz, Précis, 1999, n^o 82, p. 102.

⁶ C. Jamin, « Un modèle original : la construction de la pensée juridique française », BICC du 15 avril 2004, n^o 596 :

https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2004_1743/n_596_1781/#N_4_

⁷ R. von Jhéring, *La lutte pour le droit*, (1872), présentation de O. Juanjan, Dalloz, 2006, p. 2.

Conclusion du titre 2 :

315. « Application » du droit ? L'étude du libre arbitre dans la réalisation du droit démontre qu'à proprement parler, le juge n'« applique » pas les règles de droit écrites. Si le terme est consacré, il est sans doute mal choisi. Il est inadapté à la véritable fonction du juge, de sorte qu'il faudrait peut-être en trouver un autre. Le terme « application » présente quelque chose de trop sec, de trop docile. Appliquer, c'est mettre en œuvre ce qui a été décidé par en-haut. Lorsqu'un soldat applique une consigne d'un gradé, il la met en œuvre sans discuter. Or, ce n'est pas le cas du juge lorsqu'il doit trancher un litige¹. Le rapport du juge à la règle de droit n'est pas un rapport de soumission. Qu'il se décide au regard des règles préexistantes, c'est une certitude et une nécessité, faute de quoi c'est la porte ouverte au bon-vouloir. Mais ces règles ne se suffisent jamais à elles-mêmes dans l'œuvre de justice. Il faut confier à l'organe en prise avec la réalité du litige le soin de passer de l'universalité de la règle à la singularité du cas litigieux. Ce n'est pas une défaillance de l'ordre juridique mais une nécessité. « La raison en est en quelque sorte dans la nature des choses. Il est de bonne législation de ne pas chercher à régler les moindres détails, de s'en remettre à la sagesse du juge pour concrétiser la règle générale dans le cas particulier lorsqu'elle ne veut pas s'y plier comme d'elle-même »². Il y a dans la réalisation judiciaire du droit autre chose que la seule constatation des règles. « S'il est difficile de s'entendre sur ce qu'est le droit que dit le juge, il est du moins unanimement admis qu'il ne se réduit pas à la règle de droit. Cela suffit à autoriser la déduction que le juge qui ne dit que la règle de droit n'est pas, *a priori*, un véritable juge »³. Lorsqu'il est appelé à statuer, le juge produit une solution « qui n'est pas l'aboutissement d'un raisonnement comparable à celui des sciences exactes »⁴. Il n'est pas « une machine à produire du syllogisme »⁵ ou un distributeur automatique de normes. Pour trancher les litiges, le juge doit imposer une solution « que ne lui offre que rarement la seule contemplation du droit »⁶.

¹ Sur le rejet du terme « application », v. : C. Atias, *De la difficulté contemporaine à penser le droit. Leçons de philosophie du droit*, PUAM, 2016, « Séminaire n° 1 : Difficultés de la pensée philosophique et droit, p. 24-25.

² J.-M. Grossen, « Le pouvoir modérateur du juge civil suisse », in Mél. G. Cornu, *Droit civil, procédure, linguistique juridique*, 1994, Paris, PUF, n° 12, p. 199.

³ F. Zenati, « La nature de la Cour de cassation », BICC du 15 avril 2003, p. 3.

⁴ J. Lamarque, « Le procès du procès », in Mél. J.-M. Auby, Dalloz, 1992, p. 160.

⁵ D. Salas, « *Le juge aujourd'hui* », Droits, vol. 34, 2001, p.61 et s.

⁶ G. Rommel, *L'art de juger. A l'écart de Montesquieu*, éd. Bruylant, 2008, p. 161.

316. Beau droit. L'analyse a tenté de montrer que le libre arbitre du juge fait partie intégrante de l'application du droit. Sans son concours, les règles de droit objectives ne pourraient prétendre à une réalisation effective car leur généralité s'adapte mal à la singularité des cas litigieux. La règle écrite ne peut pourvoir à tout. Une fois établie, elle laisse des espaces vacants que le juge doit lui-même combler. Mais il doit le faire, non de façon mécanique, mais avec intelligence. Le droit est une science composée de règles générales et impersonnelles mais il est en même temps un art qui « se développe essentiellement sous l'effort de l'ingéniosité humaine »¹. « Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite »², écrivait Jean Carbonnier. Il est relatif³, sinueux et variable, car il doit constamment s'adapter à des besoins qui le devancent parfois, qui lui échappent souvent. C'est « une symphonie inachevée »⁴ qu'il appartient au juge de prolonger en complétant la partition. Son rôle consiste à faire descendre « les inscriptions trop haut perchées »⁵ que le législateur a inscrit sur « un marbre trop froid »⁶. Il doit les faire descendre dans le cas concret du litige car il est le seul « au contact de la lave brûlante des faits de la vie quotidienne »⁷. Le libre arbitre du juge participe au mouvement du droit, un droit qui « est toujours en quête de progrès, en voie ou en volonté de perfectionnement, en instance ou en espoir d'amélioration, en marche, en attente, en effort, en devenir »⁸. Il assure le passage du droit, non pas à l'introuvable Justice, mais à la seule qu'il soit possible d'atteindre, la justice singulière, celle des cas particuliers. Le droit, cet « art pragmatique de la controverse »⁹ aurait-il une quelconque utilité « s'il n'était animé par cette aspiration à la justice qui lui fait toujours rechercher une plus grande adéquation avec la réalité ? »¹⁰. Il lui appartient de parachever

¹ F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1924, t. 4, p. 153.

² J. Carbonnier, *Flexible droit*, Textes pour une sociologie du Droit sans rigueur, (1979), LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 8 : « Sinueux, capricieux, incertain tel il nous est apparu ... Flexible droit ! ».

³ Sur le « relativisme » du droit, v. : P. Roubier, *Théorie générale du droit*, (1951), préf. D. Deroussin, Dalloz, 2^e éd., 2005, n^o 9, p. 86 ; G. Radbruch, « La théorie anglo-américaine du droit vue par un juriste du continent », ADP 1936, p. 41.

⁴ F. Terré, v^o Droit, in *Dictionnaire insolite du droit*, LGDJ, 2016, p. 44.

⁵ J. Carbonnier, « En marge du délibéré », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., Anthologie du droit, 2014, p. 483.

⁶ *Ibid.*

⁷ P. Draï, « allocution d'ouverture », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Actes du colloque des 9 et 10 déc. 1994, PUAM, p. 8.

⁸ G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 420-421.

⁹ P. Jestaz, « Le beau droit », APD, 1995, n^o 40, p. 14. V. aussi, du même auteur : « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des Beaux-Arts », RTD Civ. 1979, p. 480. L'auteur explique que le droit est « une forme de pouvoir social érigée en système, qui répudie la force pure et la remplace, au sein d'une instance officielle, par le discours au sens linguistiques du terme ainsi que par la référence à l'idée de justice : ce pouvoir suppose ordinairement l'institution d'un juge, la formulation de règles et l'utilisation d'une force socialement canalisée ». Il ajoute une définition : le droit est « l'art de résoudre, si possible à l'avance, les difficultés nées de la vie des hommes en société selon des critères de justice et sous l'arbitrage au moins virtuel de l'autorité tenue pour légitime ». C'est un « art – et ce n'est pas rien – de la moins mauvaise solution ».

¹⁰ S. Pellé, « La réception des correctifs d'équité par le droit », D. 2011, chron., p. 1230.

l'œuvre du droit pour parvenir à la justice : « le droit doit réaliser la justice et l'idée de justice est une idée morale »¹. Le libre arbitre du juge est une étincelle qui donne au droit sa vitalité. C'est l'élément nécessaire d'un droit vivant, d'un droit « en action »², accompagné vers son objectif premier qui n'est pas de se réaliser pour se réaliser mais d'instaurer la justice. C'est le libre arbitre du juge qui permet d'élever le droit au rang de « force vive » dont parlait Jhéring³. Derrière la quête frénétique de sécurité et de prévisibilité dans la réalisation du droit couve le risque de sclérose. Or, il faut se rappeler des réflexions de Gény. « Avant tout, le droit positif doit rester chose vivante. Or, vivre, c'est se mouvoir et se transformer. Pour le droit, c'est plus encore : c'est lutter, en vue d'une parfaite et constante adaptation au besoin de la vie sociale. Cette vie, cette lutte supposent et impliquent un organisme, incessamment productif, qui reçoive tous les éléments du dehors, et les élabore en lui-même, pour les projeter ensuite dans son activité propre. De cette façon seulement le droit peut rester maître du mouvement, qu'il doit sans cesse diriger »⁴. Le libre arbitre du juge met le droit en harmonie avec la justice, sa finalité essentielle et la plus noble des vertus. Il est l'instrument d'un droit enrichi, amélioré, augmenté d'une dimension concrète sans laquelle il est condamné à n'être qu'une œuvre en suspens. Le libre arbitre du juge, c'est l'art de la réalisation des règles objectives avec finesse et intelligence : c'est le beau droit⁵. Sous ce rapport, la lutte pour le libre arbitre du juge est une lutte pour le droit⁶ ; le dernier « combat sacré »⁷ qu'il reste dont parlait Henri Motulsky. Si le libre arbitre du juge participe de la beauté du droit, c'est parce qu'il lui permet d'atteindre la justice, sa seule finalité : « le droit

¹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949, n° 6.

² P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 3^e éd., LGDJ, 2015, n° 126, p. 112.

V. sur ce point : J.-P. Gridel, « Le doyen Carbonnier et la jurisprudence : une analyse du droit en action », in *Le doyen Carbonnier et la jurisprudence*, colloque organisé par la Cour de cassation et l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, le 30 novembre 2005, Lamy droit civil, avril 2006, n° 26.

³ R. von Ihering, *La lutte pour le droit*, (1872), présentation de O. Juanjan, Dalloz, 2006 : « La paix est le but que poursuit le droit, la lutte est le moyen de l'atteindre. Aussi longtemps que le droit devra s'attendre aux attaques de l'injustice - et cela durera tant que le monde existera, il ne sera pas à l'abri de la lutte. La vie du droit est une lutte : lutte des peuples, de l'État, des classes, des individus. Tous les droits du monde ont été acquis en luttant ; toutes les règles importantes du droit ont dû commencer par être arrachées à ceux qui s'y opposaient, et tout droit, droit d'un peuple ou droit d'un particulier, suppose que l'on soit constamment prêt à le soutenir. Le droit n'est pas une pure théorie, mais une force vive ».

⁴ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préf. R. Saleilles, LGDJ, 1919, t. 2, n° 185, p. 225-226.

⁵ V. P. Jestaz, « Le beau droit », APD 1995 n° 40, p. 14.

⁶ Il faut se souvenir de l'enseignement de Ripert qui a montré dans *Les forces créatrices du droit* que le droit est le résultat d'une lutte de forces divergentes dans laquelle chaque acteur cherche à faire triompher sa vision : G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1955.

V. aussi, évoquant cet aspect : H. Battifol, « Le déclin du droit. Examen critique », APD, 1963, pp. 43 s.

⁷ H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, (1948), rééd. présentée par M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2002, n° 4, p. 5 : « S'il existe aujourd'hui un seul combat sacré, c'est la lutte pour le Droit. À travers tant de désirs informulés, c'est le règne du Droit qu'appellent les aspirations humaines. Justice et Charité sont des songes ; la réalité possible, c'est le Droit. Aidons-le à se réaliser ».

est un art aux mains du juge, comme la création plastique aux mains du sculpteur ou d'un peintre - (...) - c'est comme un savoir-faire, un savoir forgé dans la patience, parfois la souffrance, un métier maîtrisé et, la grâce aidant, une technique sublimée »¹.

¹ G. Cornu, « Droit et esthétique. Présentation », APD 1995 n° 40, p. 12.

Conclusion de la Partie 1 :

317. Le beau jugement. L'étude de l'art d'appréhender les faits et de l'art d'appliquer le droit a permis d'en savoir plus sur ce qui fait un beau jugement. Les choses n'étaient pourtant pas limpides. Rares sont les réflexions sur ce qui fonde un bel arrêt, c'est-à-dire sur les critères du beau, de la belle décision¹. Ce silence s'explique par la difficulté à saisir le beau et la grande subjectivité du concept. Les philosophes enseignent que le beau est un concept abstrait et avant tout un jugement de valeur². Cependant, il n'est pas sûr que le beau soit si insaisissable. Il répond à des critères objectifs et maîtrisables. En musique par exemple, les règles d'harmonie sont très développées. Il y a des cours d'harmonie musicale dans les écoles de musique. En peinture, il y a aussi des règles à respecter pour parvenir à produire un beau tableau. Ce sont des règles qui s'enseignent dans les écoles d'art. Il en est de même de l'art du juge. Le beau jugement répond à des critères précis, son contenu est identifiable, de sorte que l'enseigner ne paraît pas être une idée farfelue. Le beau jugement répond à quatre critères essentiels qui sont parfaitement identifiables.

318. Le juste. Le premier critère du beau jugement est le juste. Le juste est la condition fondamentale de la justice. Le but est de « rendre à chacun le sien, donc trancher des intérêts opposés et *a priori* aussi respectables l'un que l'autre »³. Pour y parvenir, le juge aura eu besoin de saisir le cas dans toutes ses dimensions, de reconnaître « tous les pièges, (...) de fouiller les coins »⁴ pour faire la part des choses. Bien juger, c'est « exercer sa souplesse d'esprit, sa capacité de pénétration, de compréhension »⁵ pour évacuer ce qui est douteux ou incohérent. Le beau jugement est celui qui embrasse tous les faits litigieux et qui n'est établi que lorsque le juge a levé toutes les zones d'ombre *du dedans*, qui a levé le voile sur la réalité litigieuse et a déterminé la règle par laquelle il sera mis un terme au différend.

¹ V. *Droit et esthétique*, APD 1995 n° 40 ; Makowiak (J.), *Esthétique et droit*, préf. M. Pieur, LGDJ, Bibliothèque du droit de l'urbanisme et de l'environnement, 2004.

² Pour Kant, par exemple, le beau n'est ni l'utile ni l'agréable. Pour lui, la contemplation d'une belle œuvre d'art mobilise l'entendement ou l'imagination mais ne sont pas ordonnées à une fin cognitive. Les facultés sont en « libre jeu » des facultés représentatives : E. Kant, *Critique de la faculté de juger*, 1790, trad. P.-P. Flusser, GF Flammarion ; D. Lories, « Kant et la liberté esthétique », *Revue philosophique de Louvain*, 1981, vol. 79, n° 44, p. 484.

³ P. Jestaz, « Le beau droit », APD 1995 n° 40, p. 19.

⁴ D. Vivien, « Essai sur l'art de juger », *Revue administrative*, n° 310, p. 359.

⁵ *Ibid.*

319. La clarté. Le deuxième critère est celui de la clarté. Le beau jugement est clair, c'est-à-dire qui énonce une solution sans ambiguïté permettant à la situation litigieuse de rentrer dans l'ordre. C'est un jugement transparent, qui ne laisse subsister aucune zone d'ombre *du dehors*. Il dévoile des lignes claires dans ses justifications, que ce soit sur le fait ou sur le droit. Ce faisant, le juge énonce distinctement les droits et obligations de chacun. Il apporte en cela aux plaideurs une certitude et n'ajoute pas du désordre au désordre.

320. La mesure. Le troisième critère est celui de la mesure. Le beau jugement est un jugement mesuré. Le jugement ne doit pas provenir de l'application mécanique des règles de droit. Il doit tendre à autre chose. Précisément, il doit parvenir à rétablir « l'équilibre un jour rompu »¹ entre les plaideurs. Le beau jugement est celui qui parvient à une solution pondérée par les besoins de l'affaire, une solution harmonieuse par laquelle il est fait bonne justice². Le beau jugement dépasse les conflits de valeurs avec finesse ; il ne fait ni vainqueur ni vaincu mais restitue à chacun son dû et apaise le conflit. Le grand art du juge est de convaincre tous les plaideurs, y compris – et surtout – celui dont la cause a succombé. « La justice est dans l'équilibre »³.

321. La paix. Le quatrième et dernier critère du beau jugement est la paix. Le jugement doit parvenir à boucler la boucle du litige. Il doit faire disparaître la situation d'incertitude ouverte par l'apparition d'un différend en répartissant les droits et obligations de chacun. Mais cette opération doit avoir un but, une finalité, celle de purger la situation de son caractère conflictuel. C'est le but du jugement que de garantir la tranquillité des hommes. Si combat judiciaire il doit y avoir, il ne doit tendre qu'à l'apaisement une fois le jugement rendu. Le droit ouvre aux plaideurs l'arène judiciaire où ils expriment leurs rancœurs et leurs reproches mais le juge doit mettre un terme au débat en tranchant dans le vif du litige. Son art consiste à trouver le point d'équilibre pour parvenir à l'apaisement. L'art du juge peut avoir un effet thérapeutique, comme toute autre forme d'art. L'art-thérapie - ou l'art thérapeutique⁴ - est une forme de psychothérapie ancienne qui remonte, dit-on, à la Grèce antique où l'on considérait

¹ P. Draï, « Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation », 8 janvier 1990.

² V. J.-L. Bergel, « Et ferez bonne justice... », *in* Justice et qualité, Cahier de la Méthodologie juridique, RRJ 2002, n° 17, p. 2204.

³ C. Charruault, « Jurisprudence : compléter l'article 5 du Code civil ? », JCP G, 2007, numéro historique, Hors série/Cahier n° 2, p. 21.

⁴ V. J.-P. Klein, *L'Art-thérapie*, coll. « Que sais-je ? », PUF, Paris, 1997.

que les arts avaient un effet cathartique¹. L'art de juger apaise les gens troublés. Il dissipe la querelle et laisse les parties retourner paisiblement à leurs affaires. « L'idée de justice est au fond une idée de théâtre – de dénouement – de retour à l'équilibre, après quoi il n'y a plus rien. On s'en va. Fini le drame »².

Pour illustrer le beau jugement, il nous faut un exemple. Pour le trouver, il faut privilégier un terrain propice, un contentieux dont les particularités sollicitent l'art de juger. Ce terrain peut être celui des référés, institution singulière, qui met au centre de tout la faculté à bien délibérer.

322. Exemple d'un beau jugement : Paris, 1^{re} Ch. A, 27 sept. 1988, *AGRIF et autres c/ Scorcese et autres*. Un bel arrêt a été rendu en référé par la Cour d'appel de Paris à l'occasion d'une affaire assez singulière³. Il s'agissait d'un film de Martin Scorcese intitulé *La dernière tentation du Christ* qui fut projeté dans des salles de cinéma à la fin des années 1980. La particularité de ce film est qu'il dépeignait la vie du Christ à une époque moderne. Dieu avait exaucé son vœu d'être un homme parmi les hommes et de mener une vie des plus communes. Un certain nombre de personnes et d'associations à caractère religieux avaient considéré que ce film portait atteinte au respect dû aux sentiments les plus profonds des chrétiens et, de façon générale, à toutes les convictions religieuses. Elles ont demandé au juge des référés l'interdiction du film et sa saisie sur le fondement de l'article 809, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile⁴. Dans cette affaire, la décision d'appel était plus intéressante. Ce litige opposait deux droits fondamentaux d'égale valeur : la liberté de conscience d'un côté et la liberté de création, comme variante de la liberté d'expression, de l'autre. Pour régler le problème, la juridiction d'appel a développé un raisonnement plein de sagesse et de pragmatisme. Elle a considéré qu'il ne convenait point d'interdire la projection, une issue qui fut jugée trop drastique dans la mesure où, en achetant le ticket d'entrée pour le film, les

¹ Au début du XX^e siècle, les psychiatres ont commencé à expérimenter les bienfaits de l'expression par le dessin. À partir des années 1930, la pratique s'est introduite en Angleterre et aux États-Unis jusqu'à devenir un domaine à part entière de la psychothérapie, avec ses universités et ses spécialistes.

² P. Valéry, *Cahiers*, Gallimard, coll. « La Pléiade », 1972, T. II.

La version originale (manuscrite) des *Cahiers* a été numérisée et est disponible sur le site Gallica.fr

³ Paris, 1^{re} Ch. A, 27 sept. 1988, *AGRIF et autres c/ Scorcese et autres*, Petites Affiches 11 janv. 1989, note Gavalda ; D. 1989. Somm. 301, obs. Hassler ; Gaz. Pal. 1988.2.735, note P. Bertin

⁴ C. pr. civ., art. 809 : « Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ».

spectateurs avaient adhéré à l'idée de le voir, de sorte qu'ils ne pouvaient pas vraiment se dire choqués. Cependant, par précaution, la Cour d'appel a estimé qu'il convenait d'ordonner la publication sur toutes les affiches publicitaires ainsi qu'au début du film d'un avertissement afin d'éviter « que quiconque se trouve, parce que non prévenu, en situation d'être atteint dans ses convictions profondes ». Elle reconnaissait la nécessité de ménager la liberté de conscience de chacun et de ne pas heurter les sensibilités religieuses. L'arrêt parvenait à l'équilibre : la liberté de création ne portait pas atteinte au respect des croyances et le respect des croyances ne bridait pas la liberté de création. En statuant en ce sens, la Cour d'appel de Paris a trouvé un équilibre. Elle a imaginé un moyen de concilier liberté de conscience et liberté de création : « voilà une fort jolie décision, qui résout le problème avec élégance »¹. Un aspect ressort de cette décision : « son efficacité maximale pour un minimum de dégâts »². La décision était si bien construite que, sur un pourvoi formé par l'une des associations religieuses, la Cour de cassation n'a rien trouvé à redire. Plus encore, elle a même pris soin de souligner la parfaite pondération des intérêts en présence. Elle a commencé par relever que « le principe de la liberté d'expression, notamment en matière de création artistique, d'une part, comme, d'autre part, celui du respect dû aux croyances et le droit de pratiquer sa religion étant d'égale valeur, il appartenait aux juges du fait de décider des mesures appropriées à faire respecter ce nécessaire équilibre ». En l'occurrence, c'était « sans nier la possibilité d'abus de droit en de pareils domaines », que la cour d'appel a pu décider souverainement « des mesures les plus appropriées à préserver le juste équilibre des droits et libertés en cause ; que, ce faisant, elle n'a pas pris en considération la subjectivité personnelle de tel ou tel spectateur et qu'elle a répondu, par la généralité des mesures prises, aux préoccupations exprimées (...) »³. Le juge ne s'est pas contenté d'appliquer des règles objectives dictées par le législateur, il a recherché l'équilibre pour faire œuvre de justice. Il a élaboré une solution singulière, adaptée aux circonstances du litige et s'est pour cela placé aux plus près de la réalité du litige. Son art de juger s'est exprimé par la construction d'une solution parfaitement ajustée sur les besoins de la cause. C'est tout l'art du juge que de parvenir à ce degré de précision dans la résolution du litige.

323. Art de la solution : définition. À l'issue de cette analyse des bienfaits du libre arbitre dans l'acte de juger, une vue plus nette de l'art de la solution se dégage. Tous ces

¹ P. Jestaz, « Le beau droit », APD, 1995, n° 40, p. 21.

² *Ibid.*

³ Civ. 1^{re}, 29 oct. 1990, n° 88-19.366, Bull. civ. I, n° 226 ; D. 1990. IR 276.

développements ont finalement permis de montrer que le libre arbitre du juge est ce qui permet au juge de faire ce qu'il faut pour parvenir non pas à une décision mais à une bonne décision. L'art de juger ne correspond pas à une vision purement théorique ou utopiste du jugement. Cet art n'est pas un but en soi, c'est une exigence. Il est toujours attendu du juge qu'il use de son libre arbitre avec talent et qu'il fournisse aux plaideurs un beau jugement, peu important les circonstances. Cet art de juger est l'apanage des juges qui comprennent la façon dont il convient d'utiliser leur libre arbitre pour le mettre au service d'une justice de qualité, une justice intelligente qui parvient à dénouer les querelles en toute subtilité. Le libre arbitre du juge est ce qui permet de sélectionner la bonne règle de droit, de l'interpréter comme il le faut et d'en contrôler les résultats pour s'assurer que le litige aura la meilleure issue possible. En somme, c'est ce qui permet au juge de trancher le litige là où il faut, avec une précision chirurgicale : « découper à l'endroit exact, voilà bien tout l'art de la solution »¹.

324. Malheureusement, l'art de juger n'est pas une vertu partagée par tous les juges. Il en est des juges comme de tous les artistes. Certains sont bons, d'autres sont médiocres, d'autres encore sont suffisants. Certains juges se détournent de l'objectif initial de leur intervention en utilisant leur libre arbitre à mauvais escient. Ils perdent ainsi de vue la finalité de leur mission qui consiste à faire bonne justice. Le libre arbitre du juge devient un poison insupportable dans la fonction de juger lorsqu'il se mue en arbitraire.

¹ *Ibid.* p. 21.

Seconde partie :
L'arbitraire du juge
ou les dérives du libre arbitre

325. Arbitraire. Le mot « arbitraire » est issu du vocabulaire juridique, plus précisément du mot *arbiter* qui signifie témoin ou arbitre. *Arbiter* a ensuite donné *arbitrium* qui désigne « le pouvoir de décider »¹ puis *arbitrarius*, « qui dépend de ce pouvoir »². C'est au mot *arbitrarius* qu'est emprunté le terme arbitraire, lequel désigne littéralement « ce qui dépend de l'arbitre », c'est-à-dire « du choix ou de la libre décision d'un homme »³. Au fil du temps, l'adjectif arbitraire a pris le sens de « relatif au libre arbitre », c'est-à-dire à « ce qui dépend de la volonté humaine »⁴. Le terme fait l'objet d'un article de l'*Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert. Il y est décrit comme « ce qui n'est pas défini ni limité par aucune loi ou constitution expresse, mais qu'on laisse au jugement et à la discrétion des particuliers »⁵. Il a peu à peu évolué vers un sens plus péjoratif pour viser « ce qui procède du caprice »⁶, jusqu'à devenir synonyme de despotique ou de tyrannique. Dans cette acception, la décision arbitraire est la décision abusive d'un homme qui impose à autrui quelque chose d'injuste. La formule comporte « l'idée odieuse de quelque chose d'illégitime, de contraire à des règles, de capricieux, de despotique. Celui qui fait arbitrairement le fait à son gré sans tenir aucun compte des règles posées »⁷.

326. Arbitraire du juge. Accolé au mot juge, le mot arbitraire dévoile son pire visage. « Il n'y a rien de pire que l'arbitraire » affirmait le doyen Ripert⁸. Il évoque l'existence d'un juge soumis à aucun contrôle qui prend des décisions sans se fonder sur des critères rationnels mais en laissant libre court à ses humeurs. L'expression met en avant la « toute-puissance envahissante du juge »⁹, « son bon-vouloir »¹⁰, au sens péjoratif du terme. L'arbitraire du juge est un risque insupportable pour les plaideurs qui s'exposent à voir leur situation tranchée par un juge tyrannique. Il sonne comme un blanc-seing donné à un juge qui n'en fait qu'à sa tête

¹ J. Picoche, *Dictionnaire étymologique du français*, v° Arbitre, Le Robert, coll. Les usuels, 1992.

² *Ibid.*

³ L.-M. Morfaux, *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, v° Arbitraire, Paris, A. Colin, 1980, p. 24.

⁴ F. Lafay, *La modulation du droit par le juge*, Étude de droit privé et sciences criminelles, PUAM, 2006, Tome 2, n° 940, p. 435.

⁵ Diderot et d'Alembert, *L'Encyclopédie*, v° Arbitraire, 1^{re} éd, 1751, Tome 1, p. 578.

⁶ A. Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Nouvelle édition 2010, v° Arbitraire, p. 108.

⁷ T. Barthouil, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », RRJ, 1992-2, n° 76, p. 376.

⁸ G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, n° 51, p. 155.

⁹ F.-L. Coste, « Le sexe, la loi pénale et le juge ou l'évolution d'un principe séparateur instituant l'altérité », D. 1997, p. 179.

¹⁰ G. Bolard, « La matière du procès et le principe du dispositif », in S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 9^e éd., 2017/2018, n° 221.72. L'auteur traite de la question des charges processuelles et notamment de la question de la charge de la preuve. S'interrogeant sur le point de savoir ce que le juge doit faire lorsqu'un fait est douteux, faute de preuve permettant de l'établir, le professeur Bolard écrit : « Soucieux d'écarter l'arbitraire du juge, le législateur ne l'autorise pas à statuer selon son bon vouloir ».

en suivant « son intuition pour juger au mépris des règles »¹. La formule « arbitraire du juge » confine à l'oxymore. Le juge est le vecteur du droit. L'étymologie du terme en atteste. Le mot juge vient du latin *judicare*, lui-même issu de l'association de deux termes : *jus* (droit) et *dicere* (dire)². Le juge est chargé de dire le droit. Dès lors, un juge qui s'en dispense pour juger comme il l'entend mérite-t-il toujours ce statut ? Est-il toujours un juge lorsqu'il se montre arbitraire ? Dire de quelqu'un - et du juge en premier lieu - qu'il est capable de jugement, c'est « affirmer sa capacité de choisir ou de décider de façon non arbitraire, c'est-à-dire de façon raisonnée, et de préférence raisonnable, qui ne s'oppose pas sans raison au sens commun, qui manifeste du bon sens »³. C'est la raison pour laquelle cet arbitraire est décrit comme étant « rigoureusement incompatible avec la mission de juger »⁴ : « l'arbitraire du juge est inacceptable »⁵ tranche un auteur. Il laisse à penser que la justice est dépendante de la volonté d'un seul homme alors qu'elle est rendue au nom de tous⁶. Envisagé ainsi, l'arbitraire est une dérive : c'est la dérive du libre arbitre.

327. Dérive du libre arbitre. Le mot dérive provient du latin *derivare* qui provient lui-même de *rivu*, lequel signifie littéralement « cours d'eau ». *Rivus* a donné *rivo* qui renvoie au fait de sortir du ruisseau. Dans le langage courant, le terme a une connotation péjorative. Il vise le fait de s'écarter de la bonne direction, de prendre un chemin qui n'est pas le bon. Le mot « dérive » renvoie à une idée de détournement. On quitte le cours naturel des choses pour aboutir à une situation anormale. Une dérive est assimilée au fait de « dérapier »⁷, au sens familier du terme : une situation aurait dû être de telle façon mais elle aboutit à un résultat indésirable et incommode. Dans le langage marin, son terrain d'origine, le terme est plus complexe que cela. Le mot renvoie à la déviation de la route d'un bâtiment. Les marins parlent de la dérive pour viser l'angle que la quille du bateau fait avec la direction réelle de sa route. Ce sont les vents ou les courants qui décident de sa trajectoire, ce qui n'est pas nécessairement une mauvaise chose. *Avoir belle dérive* est une expression utilisée par les marins pour viser le fait qu'un bateau flotte au gré des éléments lorsqu'il n'est pas à proximité d'un danger. Mais la « dérive » peut aussi décrire un mouvement plus redoutable lorsque

¹ J. Fisher, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préf. P. le Tourneau, 2004, PUAM, n° 1, p. 19.

² V. *supra* n°s 41 s.

³ C. Perelman, « Raisonement, règle et logique juridique. La logique du droit », APD 1966, n° 11, p. 59.

⁴ F. Kutu, *L'impartialité du juge en matière pénale : de la confiance décrétée à la confiance justifiée*, préf. P. Martens et M. Preumont, Larcier, Collection des thèses, Bruxelles, 2005, p. 77.

⁵ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis droit, 2^e éd., 2016, n° 241, p. 398. Dans le texte, l'auteur prend soin de souligner cette formule.

⁶ V. C. pr. civ., art. 454, al. 1^{er} : « le jugement est rendu au nom du peuple français ».

⁷ Larousse (en ligne), v° Dérive : « fait de s'écarter de la voie normale, d'aller à l'aventure, de dérapier ».

l'équipage n'a plus le contrôle du bâtiment. *Aller à la dérive* est alors un risque qui peut amener le bateau à sombrer. Envisagé sous l'angle marin, le terme « dérive » s'applique parfaitement à la question du libre arbitre du juge. Ce libre arbitre est initialement une donnée positive dans l'acte de juger mais il peut devenir autre chose, plus précisément quelque chose de dangereux. Le juge tient entre ses mains une marge de liberté qu'il peut mettre à profit pour parvenir au bien juger mais il y a tout de même un risque. Il peut céder aux tentations que fait naître cette liberté en en usant à mauvais escient.

328. De l'intuition à la raison. L'arbitraire du juge inquiète¹ autant qu'il interroge. C'est ce qu'a parfaitement souligné Saleilles : « nous ne voulons pas de l'arbitraire du juge. Nous n'en voulons à aucun prix. Et cependant nous voulons, lorsque la loi ne commande pas avec une certitude impérative, que le juge puisse marcher avec le temps... contradiction angoissante et terrible au premier abord ! Comment la résoudre ? »². Pour tenter de calmer l'angoisse, la meilleure chose à faire est, sans doute, de mieux connaître l'ennemi. Or, sur ce point, les lacunes sont nombreuses. L'arbitraire est une notion ambigüe et floue. Chaque fois qu'il est en est question - et c'est très fréquent³ - les avis sont très tranchés. Ils consistent la plupart du temps à rejeter en bloc le phénomène comme pour exprimer la répulsion qu'il provoque. Pour autant, nous n'en avons qu'une connaissance très imparfaite, comme si le sujet était condamné à être abordé de loin par peur de ce qu'on pourrait découvrir. Cette lacune est un problème car on ne peut prétendre assurer une réponse adéquate à une chose si méconnue. Or, en général, l'arbitraire du juge se saisit plus par l'intuition que par la raison. Qu'est-ce donc que l'arbitraire du juge ? Si personne ne le demande, je le sais. Si quelqu'un pose la question et que je veuille l'expliquer, je ne le sais plus...⁴ C'est peut-être ce qui explique que les études consacrées à cette question sont particulièrement rares, trop rares pour être en mesure de répondre à la question de Saleilles. Un article de fond fait toutefois référence. C'est un article

¹ « L'arbitraire est donc le grand ennemi de toute liberté, le vice corrompateur de toute institution, le germe de mort qu'on ne peut ni modifier, ni mitiger mais qu'il faut détruire » : B. Constant, *De la force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier*, 1796, préf. et note de P. Raynaud, éd. Champs classiques, 2013.

² R. Saleilles « Allocution » in *Les méthodes juridiques. Leçons faites au Collège libre des sciences sociales*, ouvrage collectif, Paris, Giard et Brière, 1911, p. XXII.

³ Il n'y a qu'à taper l'expression « arbitraire du juge » dans un moteur de recherche pour s'en convaincre. Chaque base de donnée contient des centaines de résultats.

⁴ La formule est inspiré de celle de Saint-Augustin qui écrivait au sujet de l'idée de temps : « Qu'est ce donc que le temps ? Qui en saurait donner facilement une brève explication ? Qui pourrait le saisir, ne serait-ce qu'en pensée, pour en dire un mot ? Et pourtant quelle évocation plus familière et plus classique dans la conversation que celle du temps ? Nous le comprenons bien quand nous en parlons ; nous le comprenons aussi, en entendant autrui en parler. Qu'est ce donc que le temps ? Si personne ne me le demande, je le sais. Si quelqu'un pose la question et que je veuille l'expliquer, je ne le sais plus » : Saint-Augustin, *Les confessions*, (vers 400), Livre XI,, § XIV, trad. P. Cambronne, in *Œuvres*, t. I, la Pléiade, 1998, p. 1040-1041.

du professeur Georges Bolard, entièrement consacré à ce sujet, intitulé « l'arbitraire du juge » et publié dans les mélanges en l'honneur de Pierre Drai, ancien Premier président de la Cour de cassation¹. Les autres réflexions sont généralement plus modestes : elles consistent en des chroniques d'humeur² ou encore en de courts passages dans des ouvrages ou des articles expliquant généralement à quel point il faut s'en méfier. L'importance du problème de l'arbitraire du juge appelle une recherche plus approfondie. Il faut comprendre ce qu'*est* l'arbitraire du juge.

329. Pour cela, il faut tenter d'en cerner toutes les faces ; le saisir du dedans en déterminant précisément quelles en sont les manifestations concrètes (Titre 1) et du dehors en analysant la façon dont il est combattu (Titre 2).

¹ G. Bolard, « L'arbitraire du juge », *in* Mél. P. Drai, Dalloz, 2000, p. 225.

² V. Ph. Conte, « L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur », JCP G 1988, I, 3343, n° 5.

Titre 1 : Les manifestations de l'arbitraire

330. Connaissance de l'arbitraire. Une chose est de révéler le besoin de combler le vide qui entoure le problème de l'arbitraire du juge, une autre est de savoir comment y parvenir. Le problème est que l'arbitraire du juge présente quelque chose de fuyant. Il est une idée, c'est-à-dire une représentation mentale qui relève du ressenti. Or les idées sont les modèles des choses, leurs représentations mentales mais elles ne correspondent pas forcément à la réalité dont elles sont l'abstraction¹. Envisager l'arbitraire du juge comme une idée vague a quelque chose de confortable car elle dispense l'observateur d'une véritable interrogation sur l'essence du phénomène. Mais cela conduit à s'arrêter à la surface de la question, faisant de l'arbitraire du juge un objet informe. Cette indétermination est une lacune. Il faut sortir l'arbitraire du juge du domaine des idées et l'attirer dans le domaine de la connaissance. Pour y parvenir, plusieurs approches sont possibles.

331. Théorie générale ? Une première approche pourrait consister à théoriser cet arbitraire. Cela conduirait à l'appréhender de façon globale pour tenter de comprendre ses mécanismes intrinsèques en dépassant ses manifestations particulières. Cette démarche est séduisante. Elle tend à saisir le phénomène par le haut, en étudiant ses caractères, ses sources, ses finalités, sa mise en œuvre concrète, etc. Le but serait de concevoir une théorie générale de l'arbitraire du juge. Entendue comme « ce qui est commun à tous les éléments d'un ensemble »², une théorie générale repose sur une « approche savante »³, intellectuelle et abstraite. Elle s'élabore par l'identification des propriétés de l'objet qu'elle appréhende, des propriétés reliées entre elles par des principes⁴. « La théorie devance l'expérience »⁵ ; elle se construit d'en haut, à hauteur de principe. Établir une théorie générale consiste à saisir le cadre général dans lequel s'inscrivent les manifestations concrètes de l'objet de l'étude en les confrontant à des critères de rattachement déterminés à l'avance. Toutefois, malgré ses attraits, cette démarche se heurte à un problème profond. Un tel angle d'analyse est inadapté à la question. Il possède quelque chose de superficiel, tout simplement parce que les manifestations de l'arbitraire du juge

¹ Descartes a insisté sur le fait que l'idée ne correspond pas nécessairement à la chose sur laquelle elle porte. « J'ai souvent remarqué en beaucoup d'exemples, qu'il y avait une grande différence entre l'objet et son idée » écrivait-il : R. Descartes, « Méditation troisième », in *Méditations métaphysiques*, 1647, GF Flammarion, 20011.

² G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11^e éd., 2016, v^o Général, p. 491.

³ *Ibid.*

⁴ V. Pour une théorie des théories juridiques : C. Atias, *Théorie contre arbitraire. Éléments pour une théorie des théories juridiques*, PUF, 1^{re} éd., 1987.

⁵ C. Atias, *Épistémologie juridique*, 2002, 1^{re} éd., Dalloz, Précis, n^o 305, p. 180.

n'ont, en eux-mêmes, rien de cohérent. C'est un phénomène hétéroclite qui pose un problème, non pas abstrait, mais parfaitement concret. L'arbitraire du juge ne peut être appréhendé d'en haut. Il faut le saisir plus directement, c'est-à-dire à partir des façons dont il s'exprime pratiquement. Ce n'est pas une théorie générale qu'il faut déployer, c'est une casuistique.

332. Casuistique. Appliqué à la science juridique, le mot casuistique est rarement positif. On l'oppose volontiers à la beauté des théories générales, ces constructions systémiques accessibles par « la raison et, partant, ouverte à la connaissance »¹. Pourtant, on aurait tort de croire que les théories générales sont le *graal* de la réflexion juridique et que toute autre approche est inaccessible à la raison². La casuistique est une méthode qui consiste à résoudre les problèmes posés par l'action concrète au moyen de l'analyse des cas similaires. Elle consiste à adopter une approche plus empirique³ que dogmatique⁴ mais cela ne la rend pas moins rationnelle. Elle conduit simplement à « raisonner à partir de singularité »⁵. Le mot « casuistique » vient du latin *casus* qui signifie événement fortuit, imprévu, mais, dans le langage du droit, *casus* signifie fait concret, réel ou supposé⁶. La casuistique permet l'analyse détaillée d'une action dans la singularité de ses manifestations⁷. Elle n'est pas une démarche moins rationnelle et ordonnée que la théorisation⁸. Elle suit simplement un cheminement inverse : elle consiste à partir du bas, c'est-à-dire des situations concrètes pour remonter vers les principes qui permettent de donner à l'ensemble une cohérence⁹. Cette approche conduit à

¹ V. L. Aynès, P.-Y. Gautier et F. Terré, « Antithèse de "l'entité" », D. 1997, p. 229. Cet article a été écrit en réponse à une précédente réflexion sur le rôle de la doctrine : P. Jestaz et C. Jamin, « L'entité doctrinale française », D. 1997, chron. p. 167.

² V. contestant l'approche selon laquelle « ne pas privilégier les fameuses théories générales, (c'est) toujours céder à la déraison » : C. Jamin, « La doctrine : explication de texte », in Mél. P. Jestaz, Dalloz, 2006, p. 229.

³ Sur cette démarche, v. : P. Ancel, « Le droit *in vivo* ou plaidoyer d'un membre de la "doctrine" pour la recherche juridique empirique », in Mél. P. Jestaz, Dalloz, 2006, p. 1.

⁴ V. sur l'analyse de l'évolution de la science juridique et « le primat de la dogmatique » : P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit, 2004, p. 141 s.

⁵ J.-C. Passeron et J. Revel, « Penser par cas. Raisonner à partir de singularités », in J.C. Passeron et J. Revel, *Penser par cas*, éd. de l'EHESS, 2005, p. 9.

⁶ Le sens juridique se rapproche en cela du sens théologique. En théologie morale, la casuistique est une méthode qui a pour objet de résoudre des cas de conscience en appliquant les principes théoriques aux situations de la vie. C'est une méthode d'enseignement mais également de recherche qui consiste en l'étude des faits particuliers pour dégager les lois générales de l'action. Selon l'*Encyclopédie Universalis*, la casuistique est une méthode qui était à l'origine utilisée en théologie morale. Elle est même devenue au XVI^e siècle la méthode presque exclusive de la théologie morale catholique. Mais le mot « casuistique » a peu à peu pris un sens péjoratif et fut discrédité par les excès qui lui étaient reprochés : son laxisme, son minimalisme voire son rigorisme. V. *Encyclopædia Universalis*, v^o Casuistique, par L.-G. Vereecke (en ligne).

⁷ F. Rouvière, « Apologie de la casuistique juridique », D. 2017, p. 118.

⁸ « Aux contempteurs de la théorie générale du droit, nous avons coutume de répondre que ce sont souvent les problèmes les plus pratiques qui postulent les recours aux concepts fondamentaux » : H. Motulsky, *Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, rééd. 2010, préf. Claude Raymond, p. 44.

⁹ Cette méthode a fait ses preuves en droit romain. « Pour les jurisconsultes romains, la règle n'est pas un *a priori*. Ce n'est pas une norme préétablie qu'il s'agirait d'imposer à la force de la réalité. Le mouvement est

adopter un mode de raisonnement analogique¹. « L'analogie permet d'associer à des cas jugés similaires, des solutions similaires. Il s'agit d'établir que A est à B ce que C est à D »². Cette démarche correspond parfaitement à la problématique de l'arbitraire du juge car elle permet d'en comprendre la réalité. Il faut partir de l'expérience concrète de l'arbitraire du juge pour le saisir pleinement. Pour ce faire, il faudra aller chercher l'arbitraire à la source, au moyen, notamment, des décisions disciplinaires rendues par le Conseil supérieur de la magistrature.

333. Critères de l'arbitraire. Pour parvenir à une casuistique méthodique de l'arbitraire du juge, une première étape doit consister à déterminer quels en sont les critères. C'est ce qui permettra de faire en sorte de ne traiter que du problème de l'arbitraire et de rien d'autre. À l'analyse, trois critères paraissent essentiels.

334. 1^{er} critère : un juge. Le premier tient à la source de l'arbitraire. Il faut que la situation soit imputable à un juge saisi du litige. Plus précisément, il faut que le juge intervienne en cette qualité dans le règlement d'un différend pour que son intervention soit susceptible de constituer un cas d'arbitraire. Il en résulte qu'il faut écarter d'emblée tous les comportements du juge qui intéressent sa vie privée mais n'influent aucunement sur la situation des plaideurs³. Pour que le comportement en question relève de l'arbitraire du juge, il doit être le fait d'un juge au sens propre, c'est-à-dire d'un magistrat appelé à se prononcer sur une prétention qui lui a été soumise.

335. 2^e critère : une marge de liberté. Le deuxième critère tient au véhicule de l'arbitraire. Selon l'étymologie du terme, il n'y a de situation arbitraire que lorsqu'elle relève du libre

inverse. Il s'agit de partir des situations juridiques réelles pour en dégager, *a posteriori*, un principe : c'est ce principe que les juristes romains appellent règles » : J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, PUF, 6^e éd., 2015, n° 38, p. 66. Pour les romains, la démarche du juriste consiste à « observer les situations concrètes, dégager dans chaque espèce le point de droit, formuler la solution juste. Ainsi dégagée la règle peut s'appliquer à toute une série de situations circonstanciellement différentes mais essentiellement semblables » : *Ibid.*, p. 63.

¹ V. sur le raisonnement par analogie : G. Cornu, « Le règne discret de l'analogie », in Mél. A. Colomer, Paris, Litec, 1993, p. 129.

² V. Champeil-Desplats, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2^e éd., 2016, p. 51. L'auteur consacre quelques pages à « la casuistique et ses modes de raisonnement ».

³ En tant qu'organe disciplinaire, le Conseil supérieur de la magistrature est amené à sanctionner des juges sur le fondement d'un comportement privé qui aurait pour effet de porter atteinte à la dignité de la fonction de magistrat ou à l'image de l'institution judiciaire. Mais il s'agit d'un problème à part entière, davantage lié à l'organisation du service public de la justice et à l'attitude d'un de ses agents qu'au processus juridictionnel de règlement des litiges.

arbitre du juge, de ses choix¹. La notion d'arbitraire « est profondément liée à celle de discrétion »². Dès lors, lorsque le juge est contraint d'appliquer telle ou telle règle et que cela conduit à un résultat inéquitable, ce n'est pas lui qui est arbitraire, c'est la règle elle-même. Pour qu'une intervention ou une décision du juge soit en lien avec l'arbitraire du juge, il faut qu'elle découle de l'exercice de son libre arbitre, c'est-à-dire d'une marge d'autonomie³ dont il dispose dans le traitement du litige et dans l'élaboration de la décision censée mettre un terme au litige. Il faudra veiller à ne traiter que des cas dans lesquels le juge use d'une certaine marge de liberté que le droit lui accorde dans le processus de conception de sa décision⁴.

336. 3^e critère : un détournement. Le troisième et dernier critère tient au résultat de l'arbitraire et se situe dans le prolongement des deux autres. Les dérives du libre arbitre n'apparaissent que lorsque les libres choix du juge conduisent à une situation anormale. Le libre arbitre va aboutir à mettre les plaideurs dans une situation où ils n'auraient pas dû se trouver si le juge en avait fait bon usage. L'arbitraire se manifeste lorsque le juge impose par ses décisions aux parties quelque chose d'injuste, qu'il détourne son libre arbitre de façon inconvenante. Distrain de ses finalités, le libre arbitre devient alors source d'injustice⁵, une notion qui plonge d'emblée dans une certaine circonspection. Comme l'a relevé Paul Ricoeur, le juste se comprend par référence au bien, au bon⁶. Il y a, dans le juste, l'idée d'un bon équilibre des choses, l'idée que les choses se passent comme elles le devraient. L'injustice naît lorsque le juge détourne son libre arbitre en privant les parties de la bonne justice qui aurait dû leur être délivrée. Cela conduit à marquer une distinction entre l'arbitraire du juge et l'erreur car les deux notions ne se recoupent pas. Lorsque le juge se trompe sur l'application d'une règle de droit, il ne détourne pas sa marge d'appréciation et ne fait donc pas preuve d'arbitraire. Cela induit un élément essentiel dans les critères de l'arbitraire du juge. Cet arbitraire ne provient pas toujours d'un comportement intentionnel en ce qu'il ne vise pas

¹ Le Vocabulaire juridique du doyen Cornu la définit comme « le caractère d'une décision (...) qui n'est pas le résultat de l'application d'une règle préexistante mais le produit d'une volonté libre » : G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11^e éd., 2016, v^o Arbitraire, p. 79.

² J. Portier, « La notion d'arbitraire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Les cahiers de la justice*, 2016/03, p. 521.

³ V., définissant l'arbitraire comme « un espace ouvert par la norme » : J. Portier, *ibid.*

⁴ Cela conduit à exclure les cas dans lesquels le juge prend lui-même l'initiative de faire quelque chose alors que le droit ne lui laissait aucune marge de manoeuvre. Dans ce cas, le juge ne se montre pas arbitraire, il inscrit tout simplement son intervention en marge du droit. Cela ne relève pas du problème de l'arbitraire mais d'un problème de violation des règles qui encadrent l'intervention du juge.

⁵ Pour Aristote, le juste est une mesure et provient de l'esprit de modération. « Le juste est un milieu ». V. Aristote, *Ethique à Nicomaque*, L. V, chap. III.

V. sur ce point : P. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas, 1996, p. 21 et 126.

⁶ V. P. Ricoeur, « Le juste entre le légal et le bon », *Esprit*, sept. 1991.

nécessairement à causer un préjudice aux plaideurs. Mais il découle d'un comportement volontaire du juge, d'une attitude consciente qui consiste à abuser de son libre arbitre.

337. En résumé, la formule algébrique de l'arbitraire du juge pourrait être la suivante :

Arbitraire (libre arbitre + dérive) = juge + marge de liberté + détournement

338. Envisagé ainsi, l'arbitraire du juge évoque des situations éparses, différentes les unes des autres, qu'il convient de distinguer pour mieux les appréhender. Le terme arbitraire est un terme générique qui a l'avantage de montrer la diversité des manifestations de l'arbitraire mais il ne renvoie pas toujours au même comportement. Il en est de l'arbitraire du juge comme de la faute, au sens juridique du terme. Il y a des gradations dans la caractérisation des fautes. Toutes ne présentent pas le même degré de gravité. Certaines sont particulièrement graves et d'autres le sont un peu. Il en est également ainsi de l'arbitraire du juge. Il y a un arbitraire particulièrement blâmable qui provient d'un comportement choquant du juge. Le libre arbitre du juge dérive alors en un arbitraire aggravé (Chapitre 1). Il y a un arbitraire moins grave que le précédent mais tout aussi inadmissible. Celui-ci s'envisage davantage par exclusion. Tout ce qui n'entre pas dans l'arbitraire aggravé peut être rangé dans cette catégorie subsidiaire relevant d'un arbitraire simple qui n'en constitue pas moins une dérive inacceptable du libre arbitre du juge (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'arbitraire aggravé

339. Les manifestations les plus graves de l'arbitraire sont celles qui atteignent au cœur la qualité de juge. Elles affectent ce qui fonde l'essence de sa fonction et, donc, la raison d'être de son intervention. L'arbitraire atteint alors un certain seuil de gravité. Alors que le droit l'investit d'une part de souveraineté pour trancher les prétentions qui lui sont soumises, il va en abuser jusqu'à remettre en cause son statut. C'est le cas, notamment, lorsque l'arbitraire du juge revêt les traits d'un scandale, au sens propre du terme. Étymologiquement, le terme scandale provient du grec *scandalone* qui veut dire « trébucher ». Le scandale est un « piège placé sur le chemin pour faire trébucher »¹. C'est le fait de vouloir nuire à autrui² et donc, pour le juge, de vouloir nuire aux plaideurs.

340. Fort heureusement, l'arbitraire aggravé n'est pas le plus courant mais c'est le plus condamnable. Il y a deux hypothèses dans lesquelles le libre arbitre du juge aboutit à des dérives aussi graves. La première est celle dans laquelle le juge utilise la marge de liberté dont il dispose pour s'affranchir de son obligation première, à savoir rendre une décision dans le cas litigieux qui lui a été soumis. Le déni de justice manifeste, parfois, l'arbitraire du juge (Section 1). La seconde est celle dans laquelle le juge connaît du litige mais d'une façon qui prive son intervention de tout intérêt. C'est l'arbitraire qui consiste à faire preuve de partialité dans l'élaboration de son jugement (Section 2).

¹ CNRTL, v° Scandale, Étymologie : <http://www.cnrtl.fr/etymologie/scandale>.

² En théologie, le scandale est une conduite qui provoque la réprobation, l'indignation, le blâme : le scandale est ce qui pousse autrui à pécher ou qui consiste à être victime de la tentation du péché : CNRTL, v° Scandale : <http://www.cnrtl.fr/definition/scandale>.

Sous cet angle, le terme scandale est particulièrement intéressant. Il induit l'idée que l'arbitraire du juge peut être envisagé comme une inconduite du juge dans l'utilisation de son libre arbitre, comme un péché. Le scandale de l'arbitraire du juge, c'est le péché du libre arbitre.

Section 1 : Le déni de justice

341. Rétenction de justice. Le déni de justice est une notion subtile et complexe qui recouvre de très nombreux cas de figure. Ils se retrouvent cependant autour d'une même défaillance : alors qu'il est demandé au juge de rendre, au sens propre, un jugement aux plaideurs pour régler leur différend, il va s'en abstenir. Le déni de justice¹ consiste pour le juge à se dispenser de la mission juridictionnelle qui lui est dévolue. Il renvoie au problème du juge qui refuse d'exercer les prérogatives qui lui ont été reconnues pour traiter le litige des plaideurs. Lorsque le juge agit de la sorte, il les prive d'une décision à laquelle ils ont droit. Il manque à son devoir élémentaire. C'est en raison de la gravité de ce comportement que la Cour de cassation range cet arbitraire du juge dans la catégorie des excès de pouvoir², plus spécifiquement, dans ce que certains auteurs ont pu qualifier d'« excès de pouvoir négatif »³. Il ne semble pas inopportun de qualifier comme tel ce comportement du juge. L'excès de pouvoir négatif n'est rien d'autre qu'un déni de justice. Le juge coupable de déni de justice altère la substance de son office : il retient la justice qu'il avait l'obligation de délivrer. Cette rétenction de justice est un manquement grave aux obligations du juge, ce qui - en plus de méconnaître l'interdiction expressément posée par l'article 4 du Code civil⁴ - constitue une incrimination pénale⁵ de nature correctionnelle⁶. Cette appréhension pénale du déni de justice souligne ce que ce refus du juge a de choquant. Refuser de statuer, c'est se dispenser d'exercer la plénitude de ses attributions en privant les parties d'une justice qu'elles auraient

¹ V. L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, 1964, LGDJ ; L. Corbion, *Le déni de justice en droit international privé*, préf. Y. Lequette, PUAM, 2004. V. Aussi : M. Daury-Fauveau, « Déni de justice (au sens de l'article 4 du Code civil) et juge pénal », in *Le discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code napoléonien*, 2004, Litec, p. 159 ; L. Favoreu, « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », in *Mél. Waline*, 2000, Dalloz ; F. Monnier, « Déni de justice », *Droits*, 2002, p. 91 s.

² V. Civ. 14 mai 1900, D. 1900. 356 : « il y a excès de pouvoir lorsque le juge refuse de se reconnaître un pouvoir que la loi lui confère aussi bien que dans le cas où il sort du cercle de ses attributions légales ».

³ Cette formule a pu créer une certaine circonspection chez certains. Il faut dire qu'elle est particulièrement ambiguë en ce qu'elle confine à l'oxymore. Comment un juge pourrait-il excéder ses pouvoirs en refusant de les exercer ? L'excès naît de l'exercice d'une prérogative non d'une abstention. Le professeur Perrot a ainsi pu parler de « cette monstruosité étymologique que l'on appelle un « excès de pouvoir négatif », qui consiste à présenter comme un « excès », le fait pour un juge d'avoir eu la timidité de ne pas user pleinement des pouvoirs que la loi lui confère ! » : R. Perrot, *RTD Civ.* 2007, p. 386, note ss. Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 06-13.134, *Bull. civ. I* ; D. 2007. AJ. 803 ; *JCP G* 2007, IV, n° 1626.

⁴ C. civ., art. 4 : « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

⁵ L'article 434-7-1 du Code pénal dispose que « le fait, par un magistrat, toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle ou toute autorité administrative, de dénier de rendre la justice après avoir été requis et de persévérer dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs est puni de 7 500 € d'amende et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques pour une durée de cinq à vingt ans ».

⁶ L'infraction de déni de justice, qui fait partie des dispositions ayant pour objectif de sanctionner les entraves à l'exercice de la justice.

dû obtenir. Or, cette attitude est socialement dangereuse car elle alimente la tentation d'une justice privée, potentiellement radicale et violente comme celle de *Michael Kohlhaas*¹ dans le roman de Von Kleist.

342. Il faut cependant se garder de développer une vision trop simpliste du déni de justice. S'il peut constituer une manifestation de l'arbitraire du juge, il n'y a pas une parfaite symétrie entre le déni de justice et cet arbitraire. Vus de loin, certains cas semblent être des manifestations de l'arbitraire du juge mais n'en sont finalement pas. Il faut donc préalablement exclure les hypothèses de déni qui n'intéressent pas la problématique de l'arbitraire (§1) pour saisir celles qui s'y rattachent véritablement (§2).

§1. Les cas de déni de justice sans lien avec l'arbitraire du juge

Tous les dénis de justice n'expriment pas l'arbitraire du juge. C'est le cas chaque fois que le déni n'induit aucunement l'exercice du libre arbitre du juge, c'est-à-dire l'exercice d'une marge de liberté que le droit lui concède dans l'exercice de son office. Dans ce cas, le déni de justice renvoie à d'autres problèmes.

343. Le déni par étourderie. Par exemple, le déni de justice n'a rien à voir avec l'arbitraire du juge lorsqu'il provient d'un juge tête en l'air qui omet de statuer sur une prétention. Dans ce cas, il n'abuse pas de son libre arbitre mais fait preuve d'étourderie en oubliant une partie des prétentions des plaideurs. D'ailleurs, le risque d'étourderie est pris en compte par le droit qui n'en fait généralement pas grand cas et n'en tient pas rigueur au juge. Il ouvre à la partie lésée une voie procédurale particulière qui prend la forme d'un simple recours « matériel » en omission². Le plaideur pourra demander au juge qui a rendu la décision de corriger simplement son oubli.

344. Le déni par délégation. Il en est de même lorsque le déni de justice consiste en un refus de statuer qui s'explique par une paresse du juge. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'un problème

¹ H. von Kleist, *Michel Kohlhaas*, 1998, GF-Flammarion.

² V. sur la justice privée : J. Béguin, « Nul ne peut se faire justice à soi-même », *Trav. Assoc. Henri Capitant*, t. XVIII, 1966, p. 41 ; J. Brisset, « Quelques perspectives historiques sur la règle « Nul ne peut se faire justice à soi-même » », *APD* 1976, p. 205.

² V. par ex. en mat. civile, C. pr. civ., art. 463 : « La juridiction qui a omis de statuer sur un chef de demande peut également compléter son jugement sans porter atteinte à la chose jugée quant aux autres chefs, sauf à rétablir, s'il y a lieu, le véritable exposé des prétentions respectives des parties et de leurs moyens ».

d'arbitraire mais d'une violation des obligations statutaires qui unissent le juge à son employeur, à savoir l'État. Le déni de justice confine dans ce cas à la caricature. Le juge se libère de sa mission car cela lui demanderait des efforts qu'il n'a pas envie de faire. Il n'y a pas d'arbitraire dans cette attitude car le juge n'utilise d'aucune marge de liberté. Tel était par exemple le cas d'un président de juridiction qui avait pris l'habitude de « déléguer » trop facilement son travail à ses collègues, parfois très jeunes ou hors d'état de se prononcer. Il prétextait la « pleine confiance » qu'il avait en ses collègues pour se dispenser de l'exercice de ses prérogatives. En sa qualité de président de juridiction, il n'hésitait pas à déléguer très largement, et sans aucun contrôle, l'activité de la juridiction des référés, c'est-à-dire sa propre juridiction, en sollicitant des assistantes de justice alors même que ces dossiers dépassaient largement leur qualification. D'autant que le président ne leur donnait aucun conseil et ne suivait aucunement leur travail. Il se contentait de signer à distance les ordonnances de référé préparées par les assistantes sans même demander à se faire communiquer les dossiers afférents. Il déléguait beaucoup mais il travaillait peu. Puis vint le jour où le juge ne disposa plus d'assistantes de justice. Sans doute aurait-il pu saisir l'occasion pour assumer, dans un sursaut de valeur, sa mission juridictionnelle. Mais ce ne fut pas le cas. En l'absence d'assistantes, il se tournait vers un de ses collègues, en congé maladie et faisant l'objet d'une enquête pour fautes disciplinaires. Pour justifier son choix de lui confier ses affaires, il a expliqué n'avoir perçu chez ce collègue « aucune réticence » particulière. Qui ne dit mot consent !¹ Ici, il ne s'agit pas d'une délégation de fonctions. Il ne s'agit pas d'un comportement arbitraire du président en question. Il a choisi de faire traiter ses affaires par des personnes qui n'étaient pas en mesure de le faire mais il ne l'a fait en vertu d'aucune marge de liberté que la loi lui conférait. Il n'y a pas d'arbitraire car il n'y avait tout simplement aucun libre arbitre à détourner.

345. Le déni par abstention. Cette paresse du juge s'exprime aussi lorsque le juge rejette en bloc sa compétence car il estime que son intervention ne se justifie pas. C'est le cas d'un juge qui s'était contenté d'inviter les parties à régler amiablement leur différend et de ne revenir vers lui qu'en cas de difficultés. Il avait refusé de répondre à la prétention qui lui a été transmise, ce qui, pour la Cour de cassation, méconnaissait l'obligation qui lui était faite de trancher le litige². C'est également le cas lorsque le juge s'abstient de connaître de certains

¹ Il fut sanctionné d'un retrait des fonctions de président de juridiction et d'un déplacement d'office : CSM, 17 oct. 2012, S202.

² Soc., 21 févr. 1980, n° 78-40.786, Bull. civ. V, n° 173.

aspects du litige. Alors qu'il a l'obligation de statuer sur le litige dans son intégralité et de n'en omettre aucun aspect, le juge va ignorer sans raison certaines prétentions. Le juge ne se montre pas arbitraire ; il méconnaît tout simplement « l'étendue de sa saisine »¹. Il statue *infra-petita*². Ce déni de justice traduit une méprise du juge sur les limites de sa saisine, non une dérive de son libre arbitre, de sorte que la situation n'a rien à voir avec l'arbitraire. D'ailleurs, le recours contre ce type de comportement du juge peut prendre la forme d'un pourvoi en cassation pour violation de la loi³ ou pour défaut de réponse à un moyen⁴.

346. À l'analyse, seuls certains dénis de justice sont à compter au rang des manifestations de son arbitraire.

§2. Les cas de déni de justice manifestant l'arbitraire du juge

347. Pour que le déni de justice puisse être considéré comme une manifestation de l'arbitraire du juge, il faut qu'il découle d'un mauvais usage de son libre arbitre. Ainsi envisagé, le problème est plus circonscrit. Il renvoie à deux cas de figure. Le premier est celui dans lequel le juge prend prétexte de l'absence de preuve pour refuser de se prononcer (A). Le second, plus fréquent, est celui dans lequel le juge se montre si lent à rendre sa décision que cela équivaut à une absence de décision (B).

A. Le refus de statuer tiré de l'insuffisance des preuves

348. Indifférence de l'absence de preuves. Il est impossible pour le juge de se retrancher derrière l'absence de preuves pour refuser de statuer. Une telle attitude constitue une manifestation de son arbitraire lorsqu'elle dénote un abus dans l'exercice de la marge de liberté dont il dispose dans l'administration de la preuve. Le libre arbitre joue un rôle essentiel dans la manifestation de la vérité judiciaire, qu'il s'agisse d'ordonner des mesures permettant de recueillir des preuves ou de déterminer la valeur qu'il convient de leur reconnaître⁵. Alors que son libre arbitre doit permettre de faire la lumière de l'affaire afin qu'il soit en mesure de

¹ N. Cayrol, « La saisine du juge », in Mél. G. Wiederkehr, Dalloz, 2009. p. 101.

² Ainsi en est-il aussi du juge qui, après avoir statué sur une prétention, décide, par une formule générale, « de rejeter toutes les autres » : Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1983, Bull. civ. I, n° 83 ; Gaz. Pal. 1983. 1. Somm. 176, obs. Guinchard ; RTD civ. 1983. 596, obs. Perrot.

³ V., J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Dalloz Action, 2015/2016, n° 71.23.

⁴ C'est le cas du juge qui refuse de statuer sur un moyen développé par un plaideur. V. par ex. pour le cas d'une demande de réparation : Civ. 1^{re}, 17 déc. 2009, n° 08-17.900, Bull. civ. I, n° 252.

⁵ V. *supra* n°s 82 s. et 95 s.

rendre une décision éclairée, le juge menace l'efficacité du système lorsqu'il se montre trop hésitant ou emprunté dans l'exercice de cette liberté. Il arrive en effet que le juge se dispense de statuer en se retranchant derrière le prétexte d'une insuffisance de certitudes. Or, une telle démission du juge traduit une dérive de son libre arbitre. Il lui appartient précisément d'exercer les prérogatives qui lui sont reconnues en matière probatoire pour se mettre en mesure de statuer sur ce qui lui a été demandé. Lorsqu'il se détourne, faute de certitude, de la prétention, il fait un mauvais usage de son libre arbitre. Il en abuse pour alléger son fardeau et abdique face aux incertitudes qu'il a laissées subsister. Ce faisant, il prive les plaideurs de ce quelque chose qu'ils auraient dû obtenir, à savoir une décision de justice qui s'appuie sur des éléments concrets qu'ont permis de faire émerger les preuves versées au débat.

Par exemple, dans une affaire, la créancière d'une pension alimentaire avait été déboutée en appel d'une demande d'autorisation de saisie destinée à recouvrer les intérêts de la pension. La cour d'appel s'était appuyée sur le fait que le décompte établi par un expert ne pouvait être admis, et « qu'à défaut d'autres éléments permettant de liquider ces intérêts, la demande ne pouvait qu'être rejetée ». La Cour de cassation avait fini par censurer cet arrêt au motif qu'il appartenait au juge d'appel « d'ordonner toute mesure d'instruction nécessaire pour en déterminer le montant ». Elle avait rappelé aux juges du fond, au visa de l'article 4 du Code civil interdisant le déni de justice, que « le juge ne peut refuser de statuer en se fondant sur l'insuffisance des preuves qui lui sont fournies par les parties »¹. Le juge ne peut « baisser les bras lorsque les preuves fournies par les parties ne lui paraissent pas suffisantes pour faire droit à la demande qui lui est soumise »². Pour surmonter cette insuffisance de preuves, il lui appartenait d'exercer les prérogatives qui sont les siennes pour parvenir à une évaluation du dommage subi. En refusant de les exercer, il a privé le plaideur d'une décision qu'il aurait dû obtenir.

349. L'arbitraire du juge qui se manifeste à travers le déni de justice ne recouvre pas seulement cette hypothèse. Il renvoie aussi aux circonstances dans lesquelles la décision de justice est rendue. En particulier, il y a une manifestation de l'arbitraire du juge qui consiste en un excès de lenteur du juge aboutissant à un déni de justice.

¹ Civ. 2^e, 28 juin 2006, n° 04-17.224, Bull. civ. II, n° 174 ; JCP G 2006, IV, 2622, 1561 ; RTD civ. 2006, p. 821, obs. R. Perrot.

² R. Perrot, RTD Civ. 2006, p. 821, obs. ss. Civ. 2^e, 28 juin 2006, préc.

B. La lenteur excessive du juge

350. *Lis perpetua*. Historiquement, la lenteur excessive du juge est un problème particulièrement présent dans la littérature classique, en particulier dans la littérature satirique¹. Le devoir des juges est de rendre la justice ; leur métier de la différer. Quelques-uns savent leur devoir et font leur métier », écrivait la Bruyère². C'est dans cette source que l'on trouve les réflexions les plus intéressantes sur la question. À la Renaissance notamment, le thème du *lis perpetua*, c'est-à-dire du procès interminable, a été tourné en ridicule. Le problème est présent dans les fables de la Fontaine³ mais il est particulièrement récurrent dans l'œuvre de Rabelais⁴. On trouve par exemple des formules tout à fait révélatrices dans Pantagruel. « Et pour Dieu donnez fin à notre différent » implorait deux plaideurs s'adressant à Pantagruel qui fut désigné comme arbitre pour trancher un litige qui durait depuis trop longtemps⁵. « Messires, les deux seigneurs qui ont ce procès ensemble sont-ils encore vivants ? »⁶, trouve t-on également dans cette œuvre. Dans *Gargantua*⁷, Rabelais évoque un arrêt renvoyé « *es prochaines calendes Grecques*, c'est-à-dire jamais »⁸.

¹ V. sur le sujet, D. Salas (dir.), *La plume et le prétoire, Quand les écrivains racontent la justice*, La documentation française, 2014, qui comporte une partie 1 intitulée « De l'Antiquité à l'âge classique : l'arbitraire de la justice », p. 17-89.

² J. de la Bruyère, *Les caractères*, Flammarion, 1880, p. 317.

³ Dans *Les frelons et les mouches à miel*, la Fontaine expose un litige portant sur le point de savoir qui était propriétaire de « quelques rayons de miel » entre abeilles et frelons. La cause fut soumise à des guêpes. La solution était pourtant évidente, les frelons ne produisant pas de miel... Malgré ce léger détail et malgré les témoins, la justice traînait en longueur :

« (...) »

Depuis tantôt six mois que la cause est pendante,

Nous voici comme aux premiers jours.

Pendant cela le miel se gâte.

Il est temps désormais que le juge se hâte :

N'a-t-il point assez léché l'ours ? ».

J. de la Fontaine, *Les Frelons et les Mouches à miel*, Livre I, Fable 21.

⁴ V. J.-P. Royer, « François Rabelais ou les lenteurs nécessaires de la Justice », in D. Salas (dir.), *La plume et le prétoire, Quand les écrivains racontent la justice, op. cit.*, p. 53.

⁵ F. Rabelais, *Pantagruel*, chap. XII, 1532, « Comment le seigneur de Humeuesne plaidoye devant Pantagruel ».

⁶ *Ibid.* chap. X.

⁷ On la trouve également dans le *Tiers livre* où Pantagruel raconte une controverse débattue devant Cornelius Dolabella, un proconsul d'Asie, qui fait aussi référence à ce problème. Il s'agissait d'une femme qui eut un fils (Abécé) d'un premier mari après la mort duquel elle se remaria. Elle eut un second enfant (Effégé). Le second mari et leur second fils tuèrent le premier enfant en lui tendant un guet-apens. Pour venger la mort de l'enfant, la femme tua son mari et leur fils commun. Elle fut ensuite amenée devant Cornelius. Selon elle, c'était tout à fait son droit de commettre ces meurtres. Cornelius était particulièrement mal à l'aise avec l'affaire ; il l'a trouvée si ambiguë qu'il ne sut pas bien à qui donner raison. Il consulta l'Aréopage d'Athènes pour connaître son avis. Les juges de l'Aréopage prirent leur décision en ordonnant qu'on leur présente les parties, en personne, dans cent ans. « C'était dire, que tant leur semblaient grandes la perplexité et l'obscurité de la matière, qu'ils ne savaient qu'en dire ni quoi juger ». La position de l'Aréopage était absurde : comment les parties auraient-elles pu leur être amenées dans cent ans après, il ne serait resté ni plaideurs à entendre, ni litige à trancher.

V. F. Rabelais, *Le Tiers Livre*, (1546), éd. du Seuil, 1997, chap. XLIV, « Comment Pantagruel raconte une étrange histoire des perplexités du jugement humain », p. 405 s.

⁸ F. Rabelais, *Gargantua*, chap. XX, Livre I, « Comment le théologien emporta son drap, et comment il eut procès avec les sorbonistes ».

351. Cette lenteur du juge n'est pas qu'un souvenir littéraire. Elle existe encore et elle existera sans doute toujours. Elle peut même constituer une manifestation de l'arbitraire du juge lorsqu'elle provient de l'exercice d'une marge de liberté. C'est le cas lorsque le libre arbitre du juge conduit à allonger indûment la durée de l'instance. Elle confine alors au déni car un jugement rendu trop tardivement est l'équivalent d'une absence de jugement. L'assimilation de l'excès de lenteur du juge au déni de justice (1) permet de mieux comprendre dans quelles hypothèses cet excès revêt un caractère arbitraire (2).

1. L'assimilation de la lenteur du juge au déni de justice

352. Lenteur du juge et déni de justice. L'excès de lenteur du juge dans le prononcé de sa décision donne lieu à une appréhension moins poétique mais plus technique¹. Il est aujourd'hui assimilé au déni de justice. L'article 506 de l'ancien Code de procédure civile exprimait bien cette idée en définissant ce déni comme le cas dans lequel « les juges refusent de répondre aux requêtes » mais aussi lorsqu'il « négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées ». Le déni de justice ne se limite pas au refus de juger, « mais peut être constitué par toute négligence ou toute lenteur excessive ou ralentissement injustifié dans l'acte même de juger »². « Vient un moment où statuer tard équivaut à ne pas statuer »³. Envisagée sous l'angle du déni de justice, la lenteur excessive du juge révèle ce qu'elle a d'inadmissible. « Dans la perspective du justiciable, une justice crédible, efficace et effective se traduit nécessairement par l'obtention et l'exécution d'un jugement sur le fond dans un temps qui satisfait ses besoins économiques, sociaux et personnels »⁴. En tardant à rendre son jugement, le juge ne respecte pas la mission qui lui a été confiée. Un juge trop lent est un juge qui ne remplit pas son office. Les anglais ont un adage pour expliquer cette idée : *Justice delayed is justice denied*⁵. Au lieu d'être le moteur de l'instance, il devient un frein. La lenteur excessive du juge, c'est la paralysie injustifiée de l'instance par le juge qui conduit, selon une formule utilisée par le Conseil d'État, à « des désagréments allant au-delà de ceux

V. J.-P. Royer et S. Humbert, « “L'arrêt sera donné es prochaines calendes grecques. C'est-à-dire jamais”. La justice selon Rabelais », conférence du 7 avril 2016 à la Cour de cassation, Cycle Histoire 2016, Gens de justice, images et réalités.

¹ V. l'extension du champ du déni de justice : L. Favoreu, « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », in Mél. Waline, 2002, Dalloz, p. 14.

² Rép. puiss. publ., Dalloz, v° Service public de la justice (Responsabilité du), 2016, par S. Petit.

³ M.-A. Frison-Roche, *préc.*

⁴ L. Cadiet, v° Délai raisonnable, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, 2004, PUF, p. 312.

⁵ Littéralement : « Une justice différée est une justice refusée ».

provoqués habituellement par un procès »¹. Aujourd'hui, cette lenteur est perçue comme un « fléau persistant de la justice contemporaine »².

353. Délai raisonnable. Ce besoin de célérité est devenu un droit conçu comme une composante du droit à un procès équitable consacré par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme³. La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu, dans un arrêt *Kudla c/ Pologne* du 26 octobre 2000, l'obligation de chaque État-membre de garantir un recours effectif devant une juridiction nationale permettant aux justiciables de se plaindre d'une méconnaissance de l'obligation faite à l'État d'entendre les causes dans un délai raisonnable⁴. Pour respecter cette exigence, l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 a ajouté un article L. 111-3 au Code de l'organisation judiciaire qui précise, de façon générale, que « les décisions de justice sont rendues dans un délai raisonnable ». Le droit d'obtenir une décision dans un délai raisonnable a été érigé au rang de droit fondamental⁵ et participe de la consécration d'une sorte de « droit à l'impatience »⁶ dont peut se prévaloir le justiciable. Cependant, si le droit d'obtenir une décision dans un délai raisonnable permet de sanctionner *a posteriori* une lenteur excessive du juge, il ne supprime aucunement la liberté qui lui est laissée dans la maîtrise du temps de l'instance. Le délai raisonnable est un mécanisme de réparation qui permet d'indemniser les justiciables mais n'influe qu'indirectement sur l'office du juge. C'est un instrument de sanction, non de maîtrise⁷. Il l'incite tout au plus à éliminer autant que faire se peut les temps inutiles mais il ne bride pas la liberté du juge dans la gestion du temps de l'instance. Le juge peut donc être amené à abuser de la liberté dont il dispose dans cette gestion. Il peut se montrer trop lent et priver les plaideurs du droit d'obtenir une décision dans un temps raisonnable, c'est-à-dire un temps adapté au besoin de leur cause. L'excès de lenteur a des conséquences particulièrement graves. Pour les parties, d'une part, puisque la décision rendue tardivement sera potentiellement privée de toute utilité. Pour la

¹ CE, 6 mars 2009, n° 312625, Rec. p. 2009, RFDA 2009, p. 551, obs. B. Delaunay ; p. 546, obs ; R. Keller.

² J. Andriantsimbazovina, « Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice ? », RFDA 2003 p. 85.

³ V. S. Buisson, *Le délai raisonnable du procès dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Th. Aix-Marseille, 2001 ; J. von Compernelle, « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les effectivités d'un droit processuel autonome », in Mél. J. Normand, Litec, 2003, p. 471.

⁴ CEDH, *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, AJDA 2000, p. 1012, note J.-F. Flauss, RSC 2001, p. 881, obs. F. Tullens ; RTDC 2001, p. 442, obs. J.-P. Marguenaud.

⁵ V. S. Guinchard, « Le procès équitable, droit fondamental ? », AJDA 1998. 191.

⁶ H. Haenel et M.-A. Frison-Roche, *Le juge et le politique*, PUF 1998, p. 198.

⁷ V. J.-F. Kriegk, « Le délai raisonnable : office du juge et office de l'autorité publique », LPA, 26 juin 2003, n° 127. J. Salmon, « Le concept de raisonnable en droit international public », in Mél. P. Reuter, 1982, p. 448 ; C. Perelman, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », APD 1978, p. 42 ; L. Nicolas-Vullierme, « Le délai raisonnable ou la mesure du temps », LPA, 3 janv. 2005, n° 1, p. 3 et s ; J.-F. Kriegk, « Le délai raisonnable en droit positif européen ou français », LPA, 6 janv. 2012, n° 5, p. 6 et s.

collectivité, d'autre part, puisque il sera susceptible d'engager la responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux du service public de la justice¹.

354. Le caractère arbitraire de cet excès de lenteur se manifeste à travers les cas dans lesquels le juge use de son libre arbitre en méconnaissance de son obligation de célérité.

2. Les cas d'excès de lenteur manifestant l'arbitraire du juge

355. La lenteur excessive du juge exprime l'arbitraire du juge dans plusieurs situations qu'il convient de distinguer. Le juge peut être à l'origine d'un blocage injustifié de l'instance à plusieurs niveaux. Il peut arbitrairement retarder la discussion (a), l'instruction (b) ou encore, la délibération (c).

a. L'excès de lenteur dans la discussion

Il arrive que le juge abuse de son libre arbitre pour bloquer indûment les échanges devant permettre à l'instance d'évoluer vers son dénouement.

356. Fixation des audiences. Cet arbitraire du juge qui consiste à retarder injustement la discussion peut provenir du laxisme de celui-ci. C'est le cas lorsque le juge fait mauvais usage de la marge de liberté dont il dispose dans la fixation des audiences au cours desquelles les plaideurs doivent débattre oralement de l'affaire. Le juge est en principe libre du calendrier de l'instance, en ce qui concerne les dates auxquelles les plaideurs doivent se présenter devant lui. C'est le cas, notamment, lorsque l'instance suit un circuit long et qu'elle donne lieu à la désignation d'un juge de la mise en état. Il arrive que le juge use de façon inconvenante de cette marge de liberté en tardant illégitimement à fixer les audiences. Par exemple, constitue une attitude arbitraire, le fait pour un conseiller de la mise en état de fixer la première audience près de trois ans après la date de l'enregistrement de la déclaration d'appel². Cette attitude du juge constitue un manquement au devoir de rendre un jugement dans un délai raisonnable. En laissant la durée de l'instance s'allonger de façon aussi excessive, sans que rien ne le justifie, le juge a fait obstacle au cours normal du procès.

¹ M.-A. Frison-Roche, « Les lenteurs procédurales excessives constituent un déni de justice engageant la responsabilité de l'Etat », D. 1998, Jur. p. 9, note ss. TGI Paris, 5 nov. 1997.

² TGI Paris, 6 juill. 1994, Gaz. Pal. 1994. 2. 589, note Petit.

357. Suspension indéfinie de l'instance. Un même arbitraire se manifeste lorsque le juge utilise la marge de liberté dont il dispose pour provoquer une suspension de l'instance qui fait indéfiniment obstacle à la progression de l'instance. Cette hypothèse renvoie au cas du sursis à statuer que le juge peut prononcer afin de paralyser temporairement l'instance. En principe, le juge dispose d'une marge de manœuvre importante dans la décision de sursoir à statuer. En matière civile, par exemple, il résulte de l'article 378 du Code de procédure civile que la décision de sursis suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine. Hors les cas où cette mesure est prévue par la loi, les juges du fond apprécient discrétionnairement l'opportunité du sursis à statuer¹. Ils sont totalement libres de leur décision, laquelle n'a pas à être motivée² et échappe par conséquent au contrôle de la Cour de cassation³. Le libre arbitre du juge devient arbitraire lorsque le juge l'utilise pour conduire l'instance dans un immobilisme mortifère. C'est le cas lorsque le sursis à statuer n'est alors pas seulement suspensif d'instance mais devient la source d'une paralysie durable de la discussion judiciaire. Il est par exemple arbitraire qu'un juge décide de sursoir indéfiniment à statuer, c'est-à-dire qu'il s'abstient de prévoir le temps pour lequel l'instance est suspendue. Un renvoi aux calendes grecques, en somme.

Par exemple, en matière pénale, il arrive que les juges décident d'ordonner un sursis à statuer d'une durée indéterminée notamment lorsqu'ils statuent sur les intérêts civils. Cette mise en suspens indéfinie de l'affaire constitue un détournement du libre arbitre du juge. La Cour de cassation a eu à se prononcer plusieurs fois sur cette pratique. Dans une affaire, une juridiction d'appel avait partiellement accueilli les demandes des parties civiles portant sur divers chefs de leur préjudice. Elle a décidé, « faute de justificatifs versés à l'audience », de sursoir à statuer pour une durée indéterminée. Pour la haute juridiction, c'était un blocage inadmissible de l'instance. Prononcer un sursis à statuer indéterminé sans fixer le terme à l'issue duquel l'affaire serait à nouveau appelée revenait à « interrompre le cours de la justice »⁴. Le libre arbitre du juge dérive en arbitraire lorsqu'un juge entrave de la sorte le cours de la justice qu'il est censé rendre.

¹ Com., 11 juin 1991, n° 89-15.216, Bull. civ. IV, n° 219.

² Soc., 31 janv. 1980, Bull. civ. V, n° 104, JCP G 1980, IV, 140.

³ Soc., 16 janv. 1991, n° 88-60.448, D. 1991, 245, concl. Chauvy.

⁴ V. pour des exemples très parlants : Crim., 26 juin 1991, n° 90-80.422, Bull. crim. n° 278 ; 1^{er} déc. 1999, n° 98-83.509, Bull. crim. n° 288. Crim., 1^{er} déc. 1999, n° 98-83.509, D. 2000, p. 51. V. aussi : Crim., 14 janv. 1992, D. 1992, Somm. p. 319, obs. J. Pradel et Crim., 26 juin 1991, n° 90-80.422, Bull. crim. 1991, n° 278.

b. L'excès de lenteur dans l'instruction

358. Absence de progression de l'instruction. Le libre arbitre du juge est essentiel à la phase d'instruction de l'affaire. En principe, sauf cas exceptionnels relevant notamment du droit pénal¹, le juge ne se voit imposer aucun délai maximum de jugement comme pour lui laisser le temps qu'il faut pour faire émerger la vérité judiciaire². Il lui appartient de rendre des décisions de justice une fois qu'il est en mesure de le faire mais pas avant. En principe, cette marge de liberté est censée permettre au juge de s'adapter aux besoins de chaque cause. Il doit utiliser son libre arbitre pour apprécier si l'affaire nécessite encore des mesures d'instruction ou si, au contraire, elle est en état d'être jugée. Mais cette marge de liberté peut se révéler source d'arbitraire. C'est le cas chaque fois que la durée consacrée à la mise en état de l'affaire est excessive, sans véritable raison. Le juge use de sa marge d'appréciation pour laisser le litige s'éterniser au détriment des intérêts des plaideurs.

359. CSM. Le Conseil supérieur de la magistrature est régulièrement saisi de situations de ce type. C'est même un cas fréquent de sanction au regard des décisions mises en ligne sur le site internet de l'institution. Le Conseil supérieur a notamment pu juger qu'était constitutif d'une grave carence et d'une insuffisance professionnelle, le fait de s'abstenir d'accomplir des actes de nature à faire progresser l'information judiciaire depuis des mois, voire des années. C'est le cas en matière pénale, lorsqu'un juge d'instruction n'accomplit aucun acte d'information pendant 30 mois³.

360. Durée excessive de l'information. Il faut dire que cet arbitraire du juge est particulièrement prégnant en matière pénale où le juge dispose d'une très grande maîtrise du

¹ Certaines dispositions du Code de procédure pénale imposent au juge un temps maximum pour rendre sa décision. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un prévenu est placé en détention provisoire. Aux termes de l'article 397-3 du Code de procédure pénale, lorsque le prévenu est en détention provisoire, le jugement au fond doit être rendu « dans les deux mois qui suivent le jour de sa première comparution devant le tribunal ». Le texte précise que faute de décision au fond à l'expiration de ce délai, il est mis fin à la détention provisoire.

² Ce n'est pas une règle universelle. Le droit comparé apporte sur ce point des éclairages intéressants. Par exemple, la Cour suprême du Canada a décidé, dans un arrêt *R. c. Jordan* du 6 juillet 2016, d'instituer des délais maximums de jugement pour les procès criminels. Le délai est fixé à 18 mois devant une cour provinciale et 30 mois devant une cour supérieure, lesdits délais commençant à courir à compter de la mise en accusation. Lorsque le délai est écoulé, il est présumé déraisonnable. Il incombe alors au ministère public de réfuter cette présomption, ce qui ne peut être fait qu'en invoquant des circonstances exceptionnelles. En l'absence d'une telle réfutation, l'arrêt des procédures est ordonné.

V. Cour suprême Canada, 8 juill. 2016, *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27.

³ CSM siège, 21 juill. 2010, S184. Le juge a été condamné à une interdiction d'être nommé à un poste de juge unique pendant une période de cinq ans.

V. aussi dans le même ordre d'idée : CSM siège, 27 juin 1991, S055. Un juge d'instruction a accumulé de nombreux retards dans les affaires dont il était saisi. Il a été condamné à un déplacement d'office.

temps de son information. Il la conduit jusqu'à ce qu'il estime que les actes d'instruction sont suffisants. Mais il arrive parfois qu'il utilise cette marge de liberté pour faire trainer excessivement cette phase essentielle de l'instance¹. C'était par exemple le cas d'un juge d'instruction qui devait instruire une affaire de vol à main armée. La personne mise en examen fut placée en détention provisoire en février 2000, puis remise en liberté huit mois plus tard. C'est en 2009 qu'elle fut renvoyée devant la cour d'assises. Au cours de la procédure, le juge initialement désigné s'était abstenu d'effectuer tout acte d'investigation durant trois années complètes, entre 2002 et 2005. Cela avait conduit à la désignation d'un nouveau juge d'instruction qui ne put que constater l'extinction de l'action publique en raison de la prescription². Le caractère arbitraire de ce comportement est encore plus manifeste dans le cas où le juge refuse volontairement de répondre aux requêtes en ne procédant à aucune diligence pour instruire ou faire juger les affaires en temps utile³. En agissant ainsi, il fait mauvais usage de la marge de liberté que le droit lui concède, y compris si cela s'explique par sa charge de travail. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, les délais anormaux dans la conduite de l'information ne sauraient être justifiés « quand bien même la surcharge de travail du juge d'instruction en serait la cause »⁴. La surcharge explique la lenteur du juge mais elle ne l'excuse pas. Plus précisément, elle ne rend pas le comportement du juge moins arbitraire pour les plaideurs, lesquels sont en droit d'attendre une décision dans un délai raisonnable.

c. L'excès de lenteur dans la délibération

361. Durée excessive de la délibération Le libre arbitre du juge est largement sollicité en ce qui concerne la détermination de la durée de la délibération. Le juge apprécie généralement seul le temps qu'il doit lui consacrer afin d'être en mesure de rendre une décision parfaitement réfléchie. Ce libre arbitre dégénère en arbitraire chaque fois que le juge utilise sa marge d'appréciation pour allonger abusivement cette phase de réflexion. Lorsque tout a été fait pour qu'une décision soit rendue et que l'affaire est en état d'être tranchée, il n'y a aucune raison de voir le juge retarder l'échéance. Là encore, c'est la paralysie de l'instance qui crée l'injustice. Le juge tergiverse sans raison et contraint les parties à patienter encore alors que

¹ V. par ex. en matière pénale : P.-B. Bolle, « Les lenteurs de la procédure pénale », RSC 1982, p. 291.

² TGI Paris, 7 sept. 2011, RG n° 10/16152.

³ Paris, 6 sept. 1996, Gaz. Pal. 1996. 2. 495.

⁴ CEDH 21 févr. 1975, *Golder*, série A, n° 18 ; 24 oct. 1989, *H. c/ France*, RFDA 1990. 203, note Dugrip et Sudre.

l'instance a déjà trop duré. Si le juge ne doit pas négliger le temps de la délibération en statuant à la hâte, il ne doit pas non plus tomber dans l'écueil inverse « qui consiste à faire traîner la délibération en longueur, reportant la décision aux Calendes »¹. Sur ce point, il est remarquable de constater, au regard de la jurisprudence, qu'il n'est pas rare que les juges consacrent un temps déraisonnable à leur délibération.

Par exemple, le Conseil supérieur de la magistrature a sanctionné un juge d'instruction qui avait prorogé, à plusieurs reprises, la durée de ses délibérations, ce qui avait conduit les justiciables à attendre, souvent près d'un an, le prononcé de ses décisions. Devant l'inertie persistante de ce juge, d'autres juges de la juridiction avaient fini par réagir en rédigeant les décisions dans les dossiers concernés et ainsi rendre aux plaideurs la justice qu'ils étaient en droit d'attendre. En plus d'être une plaie pour les plaideurs, ce juge l'était aussi pour ses collègues. Dans une autre affaire, il s'était écoulé plus de 11 mois entre l'audience de plaidoirie et le jugement, alors même que le juge s'était contenté d'homologuer un rapport d'expertise dans une affaire qui ne présentait aucune complexité particulière. Il a donc fallu quasiment un an au juge pour finalement décider d'homologuer un rapport d'expertise... Ce retard pris dans le jugement de l'affaire était selon une juridiction saisie d'une demande de réparation, « assimilable à un déni de justice »². Cette affaire était caricaturale eu égard au décalage manifeste entre la simplicité de la solution, laquelle a consisté à reprendre les termes d'un rapport d'expertise, et le temps qui lui a fallu pour y parvenir. Il est inadmissible qu'un juge se montre si lent pour délibérer lorsque le degré de complexité de l'affaire ne le justifie pas.

362. Turpitude du juge. Cette lenteur du juge est d'autant plus inadmissible lorsqu'elle s'explique par la turpitude de celui qui se consacre à d'autres activités au détriment de sa fonction de juge. Le Conseil supérieur de la magistrature a eu un jour à connaître du cas tout à fait intéressant d'un juge des tutelles qui ne se montrait pas très rigoureux dans le suivi des dossiers de tutelle dont il était chargé. L'inspection des services judiciaires a constaté que ce magistrat avait pris l'habitude de statuer après de trop longs délibérés. Il n'hésitait pas, quasiment pour chaque affaire, à proroger de plusieurs mois les délibérés, de sorte que ses décisions étaient généralement rendues huit mois après l'audience de plaidoirie pour des

¹ N. Cayrol, « La notion de délibération », in *La délibération*, colloque organisé par l'Université de Tours, Procédures, n° 3, Mars 2011, dossier 6.

² TGI de Nice, 17 sept. 2000, D. 2002. 543.

affaires concernant pourtant l'état des personnes et présentant, en cela, une importance particulière. Malgré les réclamations des personnes en cause, ce juge les laissait sans la moindre réponse, parfois durant plusieurs mois, notamment lorsqu'elles sollicitaient des rendez-vous ou des convocations du conseil de famille en arguant d'une situation d'urgence. Les demandes d'entretien recevaient en outre un refus systématique du juge qui avait même établi un formulaire pour traiter les demandes en question. Alors que certains rendez-vous avaient été fixés, le juge ne se trouvait même pas au tribunal aux jours et heures convenus. Il avait justifié cette situation auprès de l'administration en prétextant de l'importance de sa propre charge de travail et par le fait que certaines des tâches qu'on lui demandait devaient être effectuées par le greffier. Finalement, il était apparu après l'enquête de l'inspection des services judiciaires que ce juge se livrait, par ailleurs, à des activités annexes, notamment d'enseignement, lesquelles le distrayaient de ses fonctions judiciaires à raison de deux matinées par semaine. Cette attitude désinvolte du juge avait provoqué un allongement excessif de la durée des procédures. Pour le Conseil supérieur de la magistrature, cela démontrait que ce juge avait négligé sa mission de protection des incapables et qu'il avait porté atteinte à la crédibilité de sa fonction vis-à-vis tant des justiciables que des auxiliaires de justice et des personnels de greffe¹. Il a utilisé la marge de liberté dont il disposait dans la gestion du temps de la délibération pour s'adonner à d'autres activités au détriment de celle qui devait l'occuper, à savoir son activité de juge. Son libre arbitre est devenu source d'arbitraire dès lors qu'il a conduit à faire supporter aux plaideurs des retards que rien ne justifiait mis à part l'organisation de son emploi du temps personnel.

363. Le déni de justice n'est pas la seule hypothèse dans laquelle l'arbitraire menace la qualité même de juge. Il y a une autre manifestation de l'arbitraire du juge qui porte une atteinte grave à la substance même de son office : c'est l'arbitraire qui consiste à traiter le différend de façon partielle.

¹ CSM, 17 févr. 2000, S107. Il fut sanctionné d'un retrait des fonctions de juge des tutelles et d'un déplacement d'office.

Section 2 : La partialité

364. Exigence d'impartialité. S'il est bien une exigence fondamentale dans l'acte de juger, c'est bien l'impartialité¹ de celui qui est censé mettre un terme au litige. L'impartialité du juge est « une qualité inhérente à la qualité même de juge »². Le terme peut se définir comme l'absence de parti-pris du juge dans le traitement du litige qui lui est soumis. À la fin du XVI^e siècle, Jean de Coras, grand jurisconsulte, rédigeait un discours intitulé *Des parties et offices d'un bon et entier juge*³. Il y expliqua notamment que l'intégrité était une qualité essentielle de tout bon juge⁴. Cette exigence s'est fort heureusement consolidée au fil du temps. La Charte européenne sur le statut du juge du Conseil de l'Europe, de juillet 1998, énonce que « le juge doit avoir l'aptitude à apprécier librement et de façon impartiale les situations judiciaires ». L'exigence est donc fondamentale, à tel point qu'elle suscite naturellement un doute quant à la faculté du juge de la respecter pleinement. « Notre instinct premier tend à récuser la compétence, l'impartialité, l'honnêteté de celui que l'institution judiciaire va nous donner pour juger notre cas. C'est couru d'avance, il va nous condamner et donner raison à notre adversaire dont il partage sûrement les idées, les amitiés et l'appartenance politique, syndicale ou maçonnique [...] ce juge-là nous est, *a priori*, hostile »⁵. Parce qu'elle altère la faculté du juge à bien juger, la partialité menace la qualité de la justice en soumettant les plaideurs « au plaisir du juge »⁶. Or, elle conditionne la confiance des justiciables dans le processus juridictionnel de règlement des litiges. Le juge doit se montrer vigilant et, pour faire mentir la Fontaine, traiter de la même façon le « puissant » et le « misérable »⁷.

¹ V. R. de Gouttes, « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité ? », RSC 2003, p. 63 ; S. Guinchard, « Indépendance et impartialité du juge. Les principes de droit fondamental », in J. Van Compernelle et G. Tarzia (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Étude de droit comparé*, Bruylant, 2006, p. 3 s. V. aussi : N. Fricéro, « L'impartialité des juges à travers la jurisprudence de la Cour de cassation sur la récusation », in *La création du droit jurisprudentiel*, in Mél. J. Boré, Dalloz, 2007, p. 181 s.

B. Quentin, « L'impartialité du juge : un enjeu pour l'institution judiciaire », JCP G 2015, 548.

² H. Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : respect des droits de la défense en procédure civile », in Mél. P. Roubier, tome II, 1961, Dalloz, p. 190-191.

³ Jean de Coras (1513-1572), *Parties et office d'un bon et entier juge*, Lyon, 1605.

V. sur ce discours : J.-L. Thiereau, « Le bon juge chez les juristes français du XVI^e siècle », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, 1999, PUF, p. 131.

⁴ V. aussi : B. Beignier et C. Puigelier, « Sustine et abstine. Existe-t-il des bons et des mauvais juges ? », in Mél. J. Foyer, 2010, Litec, p. 51 ; Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 2009, p. 93.

⁵ J.-F. Burgelin, « Préface », in *La légitimité des juges*, 2004, IFR, coll. Actes de colloque, Université Toulouse I, p. 9.

⁶ C. Atias, « Au plaisir du juge...! (*Audiat*) », D. 1999, n° 19, Dernière actualité, p. 1.

⁷ V. la célèbre fable *Les animaux malades de la peste* « selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blanc ou noir ».

L'exigence est si fondamentale qu'elle se trouve consacrée dans des sources tant nationales que supranationales à travers deux principes *a priori* distincts : l'indépendance et l'impartialité. La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948¹, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966², la Convention européenne des droits de l'homme de 1950³, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴, mais aussi de façon implicite, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁵, font des qualités d'indépendance et d'impartialité du juge des éléments indispensables à l'œuvre de justice. L'une, l'indépendance, serait un statut. Pour exercer sa fonction, le juge doit être capable de statuer sans entrave. Il doit être libre à l'égard des pouvoirs publics - pouvoir législatif ou exécutif – mais aussi des parties elles-mêmes. L'autre, l'impartialité, serait davantage une vertu. Le juge ne peut céder au favoritisme en privilégiant d'emblée l'une des parties plutôt que l'autre dans l'affaire dont il est saisi. Néanmoins, l'indépendance et l'impartialité sont difficilement différenciables. Sans se confondre totalement, les deux exigences renvoient à un seul et même problème. « L'indépendance est un préalable à l'impartialité ; on ne peut être impartial si déjà on n'est pas indépendant »⁶. La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît elle-même « qu'il est difficile de dissocier la question de l'indépendance de celle de l'impartialité »⁷. Il en est ainsi parce qu'elle renvoie au même problème, celui du parti-pris d'un juge qui décide de lui-même d'abandonner l'objectivité qui fonde l'essence même de sa fonction. Lorsque le juge fait délibérément le choix d'ignorer ces exigences, il porte atteinte à ce qui fait la substance même de sa fonction, à ce qui fait de lui un juge⁸. La partialité fait perdre au rôle du juge toute sa signification : « le

¹ Art. 10 : « Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

² Art. 14 : « (...) Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. (...) ».

³ Art. 6 §1 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». V. sur ce point : F. Tulken et L. Lotarski, « Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Mél. Van Compernelle, 2004, Bruylant, p. 731.

⁴ Art. 47 : « (...) Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. (...) ».

⁵ Art. 12 : « La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ».

⁶ Rép. pr. civ., Dalloz, v° Procès équitable, 2016, par S. Guinchard, n° 201.

⁷ V. par ex. : CEDH, 3 mai 2007, *Bochan c. Ukraine*, req. n° 7577/02, §68.

⁸ En ce sens : G. Wiederkehr, « Qu'est-ce qu'un juge ? », in Mél. R. Perrot, Dalloz, 1966, p. 577.

procès est tranché d'avance et le juge n'est qu'un instrument. La loi du plus fort réapparaît, et la société va à l'anarchie ou au despotisme »¹.

365. Lorsqu'elle provient d'un détournement du libre arbitre, la partialité est l'expression d'un arbitraire insupportable qui consiste à voir le juge déterminer la solution du litige en se laissant guider par le favoritisme, qu'il s'agisse, pour le juge, de soumettre sa volonté à autrui (§1) ou, au contraire, de soumettre les parties à sa seule volonté (§2).

§1. La soumission de la volonté du juge à autrui

366. Subordination du juge. La partialité du juge se manifeste lorsqu'il décide de se laisser dicter la solution du litige par d'autres personnes que lui-même. Dans ce cas, il rend une justice biaisée qui ne provient pas d'une compréhension neutre et objective du litige mais, au contraire, d'une lecture par trop orientée. Il abandonne son indépendance d'esprit² et se place sous la subordination d'autrui. Il fait le choix de rendre une justice aux ordres qui ne repose pas sur la volonté de rendre à chacun son dû mais qui fait la part belle aux forces dominantes. Il refuse l'indépendance qui lui est garantie en cédant aux influences et oublie que, pour juger pleinement, il faut juger objectivement. Cette attitude marque un manque de courage. Être impartial, « c'est savoir défendre son opinion, sa croyance et ses actes contre les attaques du dehors, contre tous ceux qui, sans en avoir le droit, font effort sur notre volonté pour nous imposer la leur ; savoir être soi, dans la pureté de sa conscience et de sa conviction (...) »³. En acceptant de subir une influence extérieure à lui-même, une ingérence d'autrui dans la conduite et la résolution du différend qui lui est soumis, il n'est plus le juge impartial qu'il devrait être mais juge aux ordres qui n'a rien d'autre à livrer qu'une parodie de justice. L'arbitraire tenant à la partialité se manifeste dans un premier temps lorsque le juge use de son libre arbitre pour se soumettre à un tiers au litige (A) ou lorsqu'il se soumet à une partie au litige (B).

¹ H. Barthelemy, « Une justice dépendante », Revue Projet, n° spécial, *La justice contestée*, Mai 1972, p. 524.

² C. Debbasch, « L'indépendance de la justice », in Mél. L. Dubouis, Dalloz, 2012, p. 27 ; O. et L. Douvrel, « Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes », in Mél. J. Robert, 1998, Montchrestien, p. 32.

³ A. Dupin cité par J.-L. Nadal, « Discours de rentrée solennelle de la Cour de cassation », 2011.

A. La soumission du juge à un tiers au litige

367. Solution dictée par un tiers. La manifestation de l'arbitraire qui consiste, pour ce dernier, à user de son libre arbitre pour se laisser dicter sa solution par un tiers au litige est un comportement inacceptable. La soumission du juge à un tiers au litige n'est pas l'hypothèse la plus fréquente de la partialité. Elle n'en reste pas moins la manifestation d'une dérive de son libre arbitre. L'arbitraire apparaît lorsque le juge se voit accorder une marge de liberté qu'il va utiliser pour exprimer une partialité insupportable au profit d'un tiers à l'instance.

368. CSM. Le Conseil supérieur de la magistrature a eu à connaître du cas d'un conseiller de cour d'appel, ancien juge d'instruction, qui avait témoigné sous pseudonyme dans un journal à propos d'une ordonnance de non-lieu qu'il avait rendue dans une affaire pénale. Il avait affirmé que « dans une affaire de ce calibre, le maître du non-lieu c'est le garde des sceaux ». Il avait ajouté que l'ordonnance précitée avait été rendue avec une hâte inaccoutumée, sans doute pour éviter un « déballage » dans une autre procédure pénale en cours. Le Conseil avait considéré que ce magistrat avait méconnu le devoir d'indépendance des magistrats du siège qui est, pour tout magistrat, « un devoir de son état »¹. Il fut pour cela sanctionné d'une réprimande avec inscription au dossier. Cette affaire est intéressante en ce qu'elle illustre ce que la soumission du juge à l'arbitraire. En principe, le magistrat instructeur peut décider, à l'issue de son enquête, si l'affaire en cause nécessite un abandon des poursuites, faute de charges suffisantes. Le droit s'en remet à son libre arbitre. Le but est de lui permettre de se prononcer en conscience car, ayant concrètement mené l'instruction, il est le plus au fait de l'affaire. Il fait dériver son libre arbitre lorsqu'il choisit d'abdiquer sa liberté pour se placer sous la dépendance d'autrui. Dans ce cas, à quoi bon instituer un juge d'instruction ? Est-il encore un juge d'instruction lorsqu'il se laisse dicter le résultat de ses enquêtes ? Il y a tout lieu d'en douter. Son libre arbitre ne remplit plus sa fonction. Il devient quelque chose de dangereux en ce qu'il prive les parties et l'institution judiciaire dans son ensemble d'un traitement adapté et consciencieux du cas litigieux. Il rend une justice faussée par la soumission de sa volonté.

369. L'arbitraire du juge a trait à une autre forme de soumission de la volonté du juge, non plus à des tiers au litige mais à un plaideur.

¹ CSM, 24 mars 1966, S020.

B. La soumission du juge à une partie

370. Dérèglement de la balance. Un juge qui prend d'emblée partie pour l'un des plaideurs sans même avoir écouté qui que ce soit fait obstacle à l'incertitude qui doit exister tout au long de l'instance sur l'issue du litige¹. Il aborde le litige en oubliant l'obligation d'impartialité qui fait partie du serment qu'il a prêté. Il ignore ce qui fait de lui un juge lorsqu'il biaise la pesée effectuée par la balance de la justice comme l'a exprimé la Fontaine en prenant l'exemple d'un juge-arbitre :

« Ces plaintes n'étaient rien au prix de l'embarras
Où se trouva réduit l'appointeur de débats :
Aucun n'était content ; la sentence arbitrale
À nul des deux ne convenait : Jamais le Juge ne tenait
À leur gré la balance égale »².

Le plus souvent, le choix du juge de se laisser dicter sa position par l'une des parties au litige s'explique de façon très concrète, pour ne pas dire prosaïque. Le juge peut accepter de soumettre sa volonté par pure convenance personnelle.

371. Argent. Il peut chercher à tirer un profit financier de sa partialité en monnayant ses faveurs. Alors que le principe de gratuité est censé préserver le juge de ce type d'influence, il met à mal la solidité de l'édifice judiciaire en se départissant de son impartialité, moyennant finance. Ce type de comportement est très grave. Il entre sous le coup de la loi pénale qui envisage cette attitude comme une entrave à l'exercice de la justice³. Pour autant, la menace

¹ L'hebdomadaire *Le Canard enchaîné* a raconté l'histoire d'un juge des libertés et de la détention qui connaissait des affaires de sans-papiers et des placements en rétention administrative. Ce juge avait pour particularité de refuser systématiquement les demandes de mises en liberté, quitte à mentir dans sa décision sur la situation des étrangers dont il devait traiter le dossier. C'est ainsi qu'il a pu considérer qu'un étranger était dépourvu de tout papier d'identité alors que son passeport figurait en bonne place dans le dossier de la préfecture. Il a fini par hériter d'un surnom, celui du « juge 100% » en référence à son taux de refus. Les avocats qui plaidaient devant lui s'étaient plaint d'un défaut d'impartialité et avaient adressé à ce juge des requêtes en récusation que ce dernier avait traitées lui-même. Il les avait toutes rejetées. Cette histoire illustre ce que le défaut de neutralité du juge a d'arbitraire. Les personnes jugées dans ces affaires n'ont pu bénéficier de ce à quoi elles avaient droit, à savoir un examen objectif et impartial de leur situation. Utilisant sa marge d'appréciation, le juge en a abusé pour placer les plaideurs dans une situation injuste. V. « Des avocats à l'assaut du juge 100 % », *Le Canard enchaîné*, le mercredi 26 octobre 2016.

² J. de la Fontaine, *Œuvres complètes*, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, t. 1, annoté par J.-P. Collinet, Livre XII, Fable XXIX, *Le juge-arbitre, l'hospitalier et le solitaire*, p. 536.

³ L'article 434-9 du Code pénal prévoit une peine de dix ans d'emprisonnement et une amende de 1 000 000 € lorsqu'un magistrat, un juré ou toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle, ou encore un

de sanction ne dissuade pas les juges les plus téméraires comme en témoignent les décisions disciplinaires du Conseil supérieur de la magistrature. Dans l'une d'entre elles, il s'agissait d'un conseiller de cour d'appel qui avait exercé les fonctions de juge d'instruction pendant plusieurs années. Ce dernier s'était lié d'amitié avec un promoteur immobilier qu'il avait inculpé de détournement de gage dix ans plus tôt. Un jour, le juge a été amené à siéger dans une juridiction qui a eu à connaître d'une affaire impliquant un ami du promoteur. Il est apparu que le juge s'était vu adresser des chèques, de la part du promoteur, au cours du délibéré dans l'affaire en question. Saisi du cas de ce juge, le Conseil a relevé que le juge avait participé à un réseau d'influence constitué par le promoteur pour protéger le développement de ses affaires. Pour le Conseil, en acceptant de percevoir les chèques, le juge a favorisé, aux yeux du public, « une suspicion de compromission dans l'exercice de la justice, donnant ainsi de l'institution judiciaire une image dégradée de nature à affaiblir la confiance des justiciables dans l'impartialité qu'ils sont en droit d'exiger de leurs juges »¹. Son comportement était contraire à l'honneur, à l'impartialité et à la probité et donna lieu à la sanction de mise à la retraite d'office. Dans cette affaire, le juge a altéré sa faculté à connaître de l'affaire en toute objectivité. En acceptant le versement des sommes d'argent, il a abandonné son rôle censé consister en une application désintéressée des règles de droit. Il a confisqué le litige en méconnaissant sciemment la « juste distance »² qu'il doit préserver entre lui et les parties. Alors que son libre arbitre est destiné à lui permettre de décider, selon ce que lui dicte son for intérieur à l'issue de l'instance, il l'a en quelque sorte vicié en acceptant de favoriser injustement une partie. C'est un libre arbitre biaisé auquel aboutit cette situation car le juge a accepté de se faire commander ses décisions en échange d'une somme d'argent³.

372. Relations intimes. Le parti-pris du juge pour l'une des parties peut aussi s'expliquer par d'autres raisons que l'argent. La partialité peut résulter des relations intimes qu'entretiennent le juge et l'une des parties. Il peut s'agir de relations amicales. C'était notamment le cas d'un juge d'instruction qui avait dispensé à l'un de ses amis des conseils juridiques préalablement

arbitre exerçant sa mission sous l'empire du droit national sur l'arbitrage, sollicite ou agréé, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour lui-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenu d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction.

¹ CSM, 24 juill. 2000, S111.

² D.-N. Commaret, « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », D. 1998, chron. p. 262.

³ Le versement d'argent n'est pas toujours direct. Dans une affaire, le vice-président d'un tribunal de grande instance a été sanctionné pour avoir siégé à une audience correctionnelle mettant en cause un maire, ancien secrétaire d'état, alors que ce juge avait rencontré à plusieurs reprises le prévenu pour l'entretenir de l'affaire en délibéré. Le juge avait même déjeuné avec le prévenu, un déjeuner au cours duquel il avait évoqué ses propres difficultés avec l'administration fiscale. Il fut sanctionné par une révocation : CSM, 13 mai 2003, S125.

au dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile instruite dans son cabinet¹. Il peut aussi s'agir de relations amoureuses. Ainsi en était-il d'un juge qui entretenait des relations personnelles avec une justiciable, impliqué dans des affaires pénales qu'il instruisait, et à laquelle il prodiguait conseils et assistance. Le Conseil supérieur de la magistrature a prononcé, à son encontre, une mise à la retraite d'office². Dans ce cas, ce n'est pas seulement à l'une des parties au litige à laquelle le juge porte atteinte mais à l'institution judiciaire toute entière. Dans cette décision, c'est un reproche explicite qui avait été adressé au juge, lequel avait fait perdre à la justice « le crédit qui doit lui être accordé ».

Cette manifestation de l'arbitraire apparaît également lorsque le juge entretient des relations avec le représentant d'une des parties. Par exemple, un journal régional a relaté l'histoire d'un juge d'instruction chargé d'enquêter sur une affaire de meurtre survenu pendant la fêria de Béziers en 2012. Il est apparu, à travers certaines correspondances, que ce juge avait entretenu des relations avec l'avocat d'un témoin. Initialement mis en examen dans cette affaire, ce témoin avait bénéficié d'une ordonnance de non-lieu. C'est finalement un autre accusé qui fut poursuivi. Appelé à la barre, le témoin initial fut longuement interrogé par les avocats de la défense. Au cours de l'audition, l'un des avocats de la défense s'était offusqué d'une justice partisane en révélant la liaison entre la juge d'instruction et l'avocat de ce témoin³. Cela a peut-être permis d'insinuer un doute dans l'esprit de la juridiction sur la sincérité de l'ordonnance de non-lieu dont a bénéficié le client de son favori. Alors que le libre arbitre de la juge d'instruction devait lui permettre de conclure, en toute indépendance, au fait qu'il n'y a pas lieu de poursuivre, elle a potentiellement détourné cette marge d'appréciation en se laissant guider par une opinion partisane⁴.

373. L'arbitraire de la partialité du juge renvoie également à l'hypothèse dans laquelle il décide de trancher le litige selon ce que lui dicte sa seule volonté. Dans cette hypothèse, le juge tombe dans le travers inverse au précédent. Il ne soumet plus sa volonté à autrui mais il inverse la perspective et lui accorde une place trop importante ; ce, au mépris de l'objectivité qu'il doit normalement conserver dans le règlement du cas litigieux.

¹ CSM, 24 mai 2006, S152. Il fut sanctionné d'un déplacement d'office, le Conseil estimant que ce comportement caractérisait notamment une violation des obligations de réserve et d'impartialité.

² CSM, 29 oct. 2004, S136.

³ Midi Libre, « Assises de l'Hérault : cette liaison dangereuse qui s'invite dans le débat », le 14 sept. 2016 : <http://www.midilibre.fr/2016/09/14/cette-liaison-dangereuse-qui-s-invite-dans-le-debat,1393677.php>

⁴ E. Vigoureux, « Montpellier : liaisons dangereuses dans les coulisses de la justice », *L'Obs*, le 16 sept. 2016 : <http://tempsreel.nouvelobs.com/justice/20160916.OBS8221/info-obs-montpellier-liaisons-dangereuses-dans-les-coulisses-de-la-justice.html>

§2. La soumission des parties à la seule volonté du juge

374. Il arrive que le juge se laisse déborder par ce que lui dicte sa seule conscience en imposant aux plaideurs son bon-plaisir. Il aborde le litige en voulant imposer ses choix personnels. Son libre arbitre lui sert alors à imposer une situation injuste du point de vue des plaideurs car, en agissant ainsi, il néglige ce qui fait l'essence de sa fonction. Il détourne son libre arbitre pour imposer une justice partielle. « L'acte de juger est alors atteint dans son essence, le droit est précipité dans le chaos, son ordre est détourné et sa puissance livrée au caprice des juges »¹. Cette dérive du libre arbitre qui consiste en une soumission des plaideurs au plaisir du juge est inacceptable car elle laisse à penser que le juge fait ce qu'il veut, qu'il peut n'en faire qu'à sa tête². Or, il ne devrait jamais en être ainsi. Le juge ne devrait jamais utiliser son libre arbitre pour tomber dans la suffisance, voire l'arrogance, d'une justice partielle. C'est pourtant bien le cas. Il y a deux cas de figure dans lesquels le juge peut se montrer arbitraire en laissant à sa volonté une part trop envahissante. Le premier est celui dans lequel le juge se montre partial pour nuire à l'une des parties au litige qu'il ne tient pas en haute estime (A). La seconde, plus subtile, est celle dans laquelle la partialité du juge est un produit de son ignorance (B).

A. La volonté de nuire aux plaideurs : le scandale de la partialité du juge

Lorsqu'elle découle d'une réelle intention de nuire aux plaideurs en cause, la partialité devient un véritable scandale, au sens propre du terme. Alors que le libre arbitre doit servir à une appréhension objective, le juge l'utilise pour léser volontairement un plaideur, ce qui n'est pas acceptable. Cela peut arriver lorsqu'un juge perd la sérénité qui devrait commander son intervention. Il est arbitraire qu'un juge irascible use de son libre arbitre pour nuire au plaideur. Surtout, il en est également ainsi lorsque le juge s'abstient de faire prospérer une prétention en refusant de relever spontanément le bon moyen de droit.

¹ M.-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », D. 1999, Chron. p. 53.

² Les décisions du Conseil supérieur de la magistrature montrent la sévérité avec laquelle il aborde ce type de comportements. Il n'hésite pas à sanctionner les juges qui, par leur attitude, font preuve d'une telle arrogance. Il a été amené à sanctionner un juge de paix qui avait l'habitude, depuis plusieurs années, de se rendre au tribunal de grande instance en pratiquant « l'auto-stop », arrêtant des camions ou des voitures sur le bord de la route. Cette habitude l'a conduit à être pris en charge par des justiciables qu'il avait à juger, lesquels ne manquaient pas de lui faire la réflexion lorsqu'ils se voyaient condamnés par lui. Son comportement fut jugé contraire à la dignité et à la réserve que le statut de magistrat exige car il avait nuit, selon le Conseil supérieur de la magistrature, à « l'autorité nécessaire à l'exercice de ses fonctions ». Il fut sanctionné d'un déplacement d'office : CSM, 17 juill. 1964, S017.

375. Juge irascible. L'irascibilité du juge est un défaut. C'est le défaut de celui qui s'emporte facilement, qui se montre trop prompt à la colère. Un tel caractère est contraire à ce qui est attendu du juge car il obscurcit sa raison et le pousse à prendre des décisions impulsives. Il est demandé au juge de faire preuve d'un certain flegme et de sang-froid pour exercer son libre arbitre. C'est ce qui lui permet de délivrer au litige la solution qu'il mérite. L'irascibilité conduit, parfois, à un dévoiement du libre arbitre lorsqu'elle engendre une décision partielle, motivée par le courroux et non par le raisonnement. Il s'agit là, sans doute, de l'une des manifestations les plus caricaturales de l'arbitraire.

Par exemple, l'arbitraire apparaît lorsqu'un juge décide de faire payer à un plaideur une attitude qu'il estime irrévérencieuse.

Le Conseil supérieur de la magistrature a eu à connaître du cas du président d'un tribunal correctionnel, qui avait condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis probatoire un prévenu déclaré coupable du délit de violence aggravée. À l'issue de l'audience, ce dernier avait protesté avec véhémence contre le jugement. Cela n'avait pas plu au juge qui décida, lors de la rédaction de son jugement, de doubler la peine¹ ! Dans ce cas, sa marge d'appréciation, qui doit normalement lui permettre de retenir la juste peine, celle qui est la plus adaptée à la personnalité de la partie condamnée², aboutit à une partialité scandaleuse. Elle est utilisée pour tenir en respect un plaideur contestataire et pour lui faire payer cet affront. Or, un juge ne devrait pas avoir besoin de cela pour se faire respecter.

376. Mutisme du juge sur les bons moyens de droit. L'arbitraire s'exprime aussi de façon moins caricaturale. Il renvoie au cas dans lequel le juge décide sciemment de rester muet sur une règle de droit applicable au litige que les plaideurs ont omis de soulever. Ce mutisme traduit un arbitraire scandaleux lorsqu'il consiste à sciemment empêcher un plaideur d'obtenir gain de cause. Une telle utilisation du libre arbitre a quelque chose d'immédiatement choquante. Comment un juge pourrait-il se dispenser lui-même de la nécessité d'établir son jugement en considération de la règle de droit applicable ? Son rôle consiste précisément à trancher les litiges conformément aux règles de droit applicables. L'article 12 en dispose expressément en ce qui concerne le juge judiciaire mais l'exigence est applicable à tous les juges, sans distinction. C'est un aspect fondamental de son office que de recourir aux règles

¹ CSM, 20 juill. 2004, S135.

² V. *supra* n° 273.

de droit pour parvenir à résoudre les différends, de sorte que le juge qui se libère lui-même de cette charge méconnaît ce qui fonde sa fonction tenant à la *juris dictio*, c'est-à-dire, littéralement, à la nécessité de dire le droit. Il est même censé percevoir de lui-même le cadre juridique du litige. Le droit est « l'apanage du juge »¹ écrivait Motulsky. *Juris novit curia*, le juge connaît le droit. Et il doit surtout l'appliquer. Se libérer de cette charge, c'est refuser d'exercer pleinement son office. C'est méconnaître sa qualité de juge².

377. Arbitraire du juge et relevé d'office. Le refus d'appliquer le droit peut être une manifestation particulièrement choquante de l'arbitraire du juge. Elle l'est d'autant plus qu'elle est alimentée par une jurisprudence permissive qui favorise la partialité du juge en ce qui concerne l'épineuse question du relevé d'office des règles de droit applicables. Le juge a toujours la possibilité de relever d'office ces règles lorsque cela n'a pas été fait par les plaideurs, à condition de respecter le droit à la contradiction. C'est le cas en contentieux civil³, administratif⁴ ou pénal⁵. Mais, la question s'est surtout posée de savoir si le juge avait l'obligation ou simplement la faculté de le faire⁶.

378. Relevé d'office facultatif. En matière civile⁷, les solutions se sont développées autour de l'application de l'article 12 du Code de procédure civile, et plus particulièrement autour de l'interprétation qu'il fallait retenir du premier alinéa de ce texte, lequel prévoit que le juge « tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Dans cet article, le verbe *trancher* est conjugué à l'indicatif. Il a donc, en toute logique, valeur impérative. C'est le cas lorsque les parties n'ont soulevé aucun fondement à l'appui de leurs prétentions. L'hypothèse peut paraître surprenante mais elle n'en demeure pas moins possible

¹ H. Motulsky, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », in *Écrits et Notes de procédure civile, op. cit.*, n° 33.

² V. *supra* n° 41 s.

³ Ce pouvoir est depuis longtemps reconnu par la jurisprudence : Civ., 20 févr. 1854, DP 1854, 1, 62. Il est aujourd'hui rattaché à l'article 12 du Code de procédure civile qui dispose, en son alinéa 1^{er}, que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

⁴ V. CE, 4 juill. 2012, *Département de Saone et Loire*, AJDA 2012, p. 1380, obs. Montecler. Ce pouvoir est conditionné au respect du droit à la contradiction des plaideurs.

⁵ Le juge peut relever des règles de droit après avoir requalifié les faits dont il a été saisi. V. par ex. : Crim., 16 mai 2007, n° 06-87.866, Bull. crim. n° 129; D. 2007, p. 1727. Il doit cependant respecter le droit à la contradiction et permettre à la personne poursuivie d'en débattre : CEDH, 25 mars 1999, *Pélissier et Sassi c. France*, D. 2000, p. 357, note Roetz.

⁶ V. R. Martin, « Le juge devant la prétention », D. 1987, chron. p. 35.

⁷ La question ne se pose pas dans les mêmes termes en matière pénale. Le relevé d'office pose des questions de qualification de l'infraction en matière pénale. Or, cela relève des prérogatives du juge d'instruction ou de la juridiction de jugement qui ont toujours « le devoir de restituer à la poursuite sa qualification véritable » : Crim., 29 oct. 1996, Bull. crim. n° 378, Dr. pén. 11997, n° 17, bos. Véron.

Sur la spécificité du domaine pénal en matière de relevé d'office, v. : L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, « Thémis droit », 2^e éd., 2013, n° 226, p. 777.

dans la mesure où il n'y a aucun texte qui pose une règle *générale*¹ obligeant tout plaideur à fournir une argumentation². Il appartient alors au juge de combler le silence en qualifiant les faits et en relevant le fondement juridique approprié³.

La situation est différente lorsque les plaideurs ont proposé des moyens qui se sont révélés erronés. Dans ce cas, à suivre la lettre de l'article 12 précité, le juge devrait avoir l'obligation de relever d'office la règle de droit applicable pour trancher la prétention car s'il ne le faisait pas, il ne trancherait pas le litige « conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Une telle vision est conforme aux enseignements d'Henri Motulsky qui considérait qu'« en présence des faits allégués au soutien de la prétention, le juge doit “faire le tour de la question” sur le terrain juridique, sans pouvoir s'en tenir aux suggestions formulées par les plaideurs »⁴. Sur ce point, la Cour de cassation a pourtant longtemps été incertaine, oscillant entre la reconnaissance d'une véritable obligation de relever d'office la bonne règle de droit⁵ et la simple faculté⁶. La doctrine était elle-même divisée⁷. La haute juridiction a fini par prendre solennellement position. Elle a choisi de rompre avec la solution qui prévalait avant la réforme du Code de procédure civile de 1975⁸ en dispensant le juge de l'obligation de

¹ Il existe cependant des règles particulières imposant au demandeur d'exposer, dans l'acte introductif d'instance, quels sont les moyens de fait et de droit qu'il invoque. C'est notamment ce qui est prévu pour l'assignation en vertu de l'article 56 2° du Code de procédure civile.

² Sur cet aspect, v. : G. Bolard et G. Flécheux, « L'avocat, le juge et le droit », D. 1995, p. 221. Pour les auteurs, la pratique qui consisterait à s'en remettre au juge sans fournir d'argumentation est contraire à l'éthique de l'avocat et au principe du contradictoire.

Henri Motulsky avait lui-même relevé l'illogisme de cette situation et sa faible portée pratique. Tout en relevant que « le demandeur n'est (pas) tenu, en l'absence de toute exigence législative, de faire état de la qualification juridique des éléments matériels dont il se prévaut », il précisait que le fait que les conseils des parties invoquent des arguments juridiques « c'est ce qui est l'évidence même : le simple désir de gagner le procès incite à suggérer au juge une solution de droit déterminée » : H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964. Chron. 235, et *Écrits*, t. 1, p. 100 s., n° 5.

V. aussi : P. Bertin, « L'indication du fondement juridique de la demande : un atout superflu ? », *Gaz. Pal.* 1987, 2, 839.

³ En l'absence de toute précision sur le fondement de la demande, les juges du fond doivent examiner les faits sous tous leurs aspects juridiques conformément aux règles de droit qui leur sont applicables (Com. 31 mars 1981, n° 79-12.672, *Bull. civ. IV*, n°169 ; Civ. 3^e, 27 juin 2006, n° 05-15.394, *Procédures* 2006, n° 266, note Perrot).

⁴ H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », in *Écrits et Notes de procédure civile*, préf. G. Bolard, Dalloz, 2^e éd. 2010, n° 46.

⁵ V. not. : Civ. 1^{re}, 14 févr. 1989, *Bull. civ. I*, n° 83 ; *RTD civ.* 1991. 158, obs. Normand.

⁶ V. not. : Civ. 2^e, 30 nov. 1985, *Bull. civ. II*, n° 23 ; Com., 23 juin 1992, *Bull. civ. IV*, n° 244 ; *RTD civ.* 1993, p. 413, obs. Normand.

⁷ V. défendant la thèse de la faculté : R. Martin, « La règle de droit adéquate dans le procès civil », D. 1989, *chron.*, p. 163. Et celle de l'obligation : M.-A. Frison-Roche, D. 1989, p. 609, note ss. Civ. 2^e, 4 nov. 1988, *Bull. civ. II*, n° 202, p. 111 ; D. Bureau, « L'application d'office de la loi étrangère. Essai de synthèse », *JDI* 1990.317 et s., spéc. p. 346 et s.

Pour une synthèse : J. Normand, « Le relevé d'office des moyens touchant au droit substantiel. Obligation ou faculté ? », *RTD civ.* 1991, p. 152.

⁸ La Cour de cassation considérait traditionnellement que le juge devait statuer conformément aux lois qui régissaient la matière, « encore que l'application de ces lois n'ait pas été expressément requise par les parties » :

pallier la carence des parties dans l'invocation des fondements juridiques appuyant leurs prétentions. Elle a considéré que le juge n'était pas tenu de statuer selon la bonne règle de droit et qu'il pouvait s'en tenir à l'examen des arguments invoqués par les plaideurs. La solution a été affirmée dans l'arrêt *Dauvin* rendu en Assemblée plénière le 21 décembre 2007¹. La Cour de cassation a décidé que « si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ». Cette solution a immédiatement fait l'objet de vives critiques de la part d'une partie de la doctrine. Elle a été perçue comme une limitation consistant à octroyer au juge le droit de refuser de statuer en droit, altérant ce qui fonde l'essence même de la fonction de juger². Le choix de la haute juridiction de consacrer une simple faculté pour le juge de relever les moyens de droit entraîne « une conception faible de l'office du juge »³. Elle crée les conditions de l'arbitraire du juge en l'autorisant à s'abstenir d'appliquer la règle de droit pourtant applicable⁴. Or, « moins que tout autre, le juge ne saurait être autorisé à exercer incorrectement son office, plus que tout autre il doit appliquer la loi »⁵. Par cette faculté reconnue au juge, la loi devient en quelque sorte facultative car ce dernier a toute latitude pour décider de ne pas l'appliquer tout en constatant l'erreur des parties⁶. La solution est

Civ., 20 fév. 1854, DP 54, 1, 62. V. aussi par ex. Soc., 6 déc. 1962, Bull. civ. V, n° 887 et Civ. 3^e, 19 juin 1973, Bull. civ. III, n° 415.

Sur ce point : H. Motulsky, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, chron., p. 235.

¹ Ass. plén., 21 déc. 2007, *Dauvin*, n° 06-11.343, Bull. ass. plén. n° 10 ; BICC 15 avr. 2008, p. 18, rapp. Loriferne, avis de Gouttes et le communiqué ; D. 2008 p. 228 obs. L. Dargent ; JCP G 2008, II, 10006, note L. Weiller ; JCP G 2008, I, 138, n° 9, obs. Amrani-Mekki ; Procédures 2008. Comm. 70, obs. Perrot ; RCA 2008. Comm. 112, note Hoquet-Berg ; Dr. et proc. 2008. 103, note Lefort ; CCC 2008. Comm. 92, note Leveneur ; RDC 2008, p. 435, obs. Serinet ; D. 2008 p. 1102, O. Deshayes.

² V. en ce sens, G. Bolard, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », JCP G 2008, doctr. 156.

³ C. Chainais, « Rapport de synthèse. Le destin d'une pensée visionnaire », in *Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky ?*, Actes du colloque organisé à Caen le 20 janv. 2012, Procédures, mars 2012, dossier 1.

⁴ Pour une comparaison avec le droit belge, qui retient une obligation à la charge du juge de relever d'office les moyens de droit dont l'application est commandée par les faits spécialement invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions (Cass. 14 avril 2005, JT 200, p. 659) : J. von Compennolle, « Le rôle actif du juge dans l'application de la règle de droit : la consécration par la jurisprudence belge de la conception factuelle de la cause de la demande », in Mél. J. Héron, LGDJ, 2008, p. 477.

⁵ G. Bolard, « La qualification de l'objet de la demande, le devoir du juge de requalifier les faits », JCP G 1997, II, 22944.

⁶ L'arrêt du 21 décembre 2007 pose cependant une limite cette liberté du juge. Elle tient à la nature du moyen en cause. Le juge a l'obligation de relever certains moyens d'ordre public. C'est le cas par exemple des fins de non-recevoir ayant un caractère d'ordre public visées par l'article 125, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile, c'est-à-dire celles qui résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours.

d'autant plus sévère que depuis l'arrêt *Cesareo*¹ qui a consacré le principe de concentration des moyens, le plaideur a l'obligation d'invoquer, dans une seule et même instance, tous les moyens susceptibles de fonder ses prétentions, faute de quoi l'autorité de la chose jugée attachée au jugement rendu à l'issue de cette instance lui interdira de soumettre de nouveau sa prétention au juge. Il aura vu sa demande rejetée, alors même qu'elle pouvait prospérer sur un autre fondement, sans qu'il ait la possibilité de saisir une nouvelle fois le juge. La seule issue de secours dont il dispose, pour présenter un moyen nouveau, est d'exercer un recours, en particulier un appel², si tant est que cela soit possible au regard du taux de ressort et des délais dans lesquels il a découvert son erreur.

En dispensant le juge de relever obligatoirement la règle de droit applicable, la solution retenue par la Cour de cassation néglige un instrument favorisant l'impartialité. Comme le relève un auteur, « la règle de droit, appliquée au besoin d'office aux faits de l'espèce, est un outil d'impartialité. Elle donne au juge un critère objectif, extérieur à lui-même, pour trancher le litige. Elle ouvre la porte au raisonnement, source du jugement »³. À l'inverse, la liberté laissée au juge de décider seul de ne pas guider les parties qui auraient omis le bon fondement, est source de dérives. Avec la solution issue de l'arrêt du 21 décembre 2007, « nul ne serait censé ignorer la loi, sauf le juge ! »⁴, c'est-à-dire précisément celui qui est institué pour en être le garant. Elle laisse la porte ouverte à des dérives consistant pour le juge à refuser à une partie de replacer le litige sur de bons rails en indiquant quelle est la règle de droit sur laquelle la prétention pouvait prospérer. Le juge peut décider de débouter une partie, non pas parce que le droit invoqué n'existe pas mais parce qu'elle n'a pas su trouver le bon argument. C'est plus qu'admettre « que le juge est dispensé d'appliquer la loi »⁵, c'est lui laisser la faculté de se montrer arbitraire en choisissant de faire perdre à un plaideur un procès qu'il aurait dû gagner au regard des règles de droit applicables. S'il est possible de

¹ Ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, Bull. civ. n° 8 ; BICC 15 oct. 2006, rapp. Charruault, note Koering-Joulin, avis Benmakhlouf ; D. 2006. 2135, note Weiller ; JCP G 2006, I, 183, obs. Amrani-Mekki ; ibid. 2007. II. 20070, note Wiederkehr ; Gaz. Pal. 2007. 398, note Gain ; Dr. et proc. 2006. 348, note Fricero ; RDI 2006. 500, obs. Malinvaud ; RTD civ. 2006. 825, obs. Perrot.

² En appel, la règle de l'effet dévolutif s'oppose à ce qu'une prétention nouvelle soit présentée au juge du second degré car il doit connaître du litige dans les limites de ce qui a été débattu devant le premier juge. En revanche, l'appelant peut présenter des moyens nouveaux au soutien de ses prétentions.

V. en matière civile, C. pr. civ., art. 563 : « pour justifier en appel les prétentions qu'elles avaient soumises au premier juge, les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux, produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves ».

³ G. Bolard, « L'impartialité du juge au risque de la loi ? », JCP G 2015, 1085.

⁴ G. Bolard, « La qualification de l'objet de la demande, le devoir du juge de requalifier les faits », *loc. cit.*

⁵ G. Bolard, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », JCP G 2008, doct. 156.

comprendre les ressorts pratiques de la position retenue par l'arrêt *Dauvin*¹, cette faculté reconnue au juge pose fondamentalement problème. Elle l'autorise ni plus ni moins à statuer au moyen de la mauvaise règle de droit et lui confère « le privilège de violer la loi »² : « l'erreur juridique des parties, il se réserve de la sanctionner, mais sa propre erreur juridique serait excusée ». La décision aboutit à permettre au juge de se dispenser lui-même « des devoirs de sa charge »³. Elle l'incite à négliger la règle de droit préexistante et objective alors même que « c'est la règle de droit qui donne au raisonnement du juge, en fait et en droit, l'objectivité et l'exactitude, si faire se peut, nécessaires au justiciable »⁴. La marge de liberté laissée au juge peut se révéler dangereuse car conférer au juge la simple faculté d'appliquer la loi « ouvre son arbitraire »⁵. Elle crée les conditions propices à son expression en permettant au juge de se montrer partial.

379. Humeur du juge et relevé d'office. Le risque d'une telle approche avait pourtant été souligné par des auteurs, bien avant l'arrêt *Dauvin*. « Si le juge a une simple faculté de relever d'office un moyen de droit, son pouvoir côtoie l'arbitraire. Il peut, à sa volonté, faire pencher ou non la balance du côté de l'un des plaideurs. S'il a l'obligation de relever d'office le moyen adéquat, l'arbitraire disparaît en théorie »⁶. Cette faculté laisse une porte ouverte à

¹ Sur ce point, le rapport de l'avocat général, M. de Goutte, est parfaitement clair. Évoquant les enjeux de cette question, il a relevé que « consacrer en pareil cas l'obligation pour le juge de requalifier d'office la demande pourrait présenter des inconvénients plus généraux en termes de politique judiciaire ». Quatre justifications du rejet de l'obligation de relever d'office les moyens furent mentionnées :

1° : Obliger le juge à rechercher tous les fondements juridiques possibles porterait atteinte au principe dispositif selon lequel les parties demeurent maîtresses de leur procès. Or, « il n'appartient pas au juge de refaire le procès à la place des parties et de leurs conseils ».

2° : « l'obligation imposée de la sorte au juge du fond de requalifier les demandes à peine de cassation, pourrait aussi avoir pour effet d'ouvrir quasiment sans limite le champ des pourvois en cassation ».

3° : « une telle obligation générale d'examiner tous les moyens de droit ayant vocation à fonder la demande pourrait permettre, dans bien des cas, d'engager la responsabilité du juge pour manquement à cette obligation ».

4° : « contraindre aussi largement le juge à requalifier d'office risquerait de porter atteinte à l'efficacité, à la célérité de la justice et au principe du "délai raisonnable" consacré par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le juge se verrait obligé, en effet, de rechercher systématiquement, lorsqu'il ne ferait pas droit à une demande, si celle-ci ne pourrait pas être satisfaite sur un autre fondement, en devant respecter lui-même et faire respecter le principe du contradictoire, ce qui retarderait encore l'issue du procès et la marche de la justice ».

² G. Bolard, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », JCP G 2008, doct. 156.

³ G. Bolard, « L'arbitraire du juge », in Mél. P. Drai, Dalloz, 2000, n° 14, p. 235 : « Censeur des plaideurs au nom de la loi, il refuserait de se l'imposer à lui-même tout en se réservant de l'imposer à tous autres sujets de droit. Incluant la faculté d'ignorer la loi, l'office du juge serait moins exigeant que le devoir de toutes autres personnes juridiques privées ou publiques. La loi serait obligatoire pour tous, sauf pour le juge chargé d'en garantir l'application ».

⁴ G. Bolard, « L'impartialité au risque de la loi ? », JCP G, I, 1085.

⁵ G. Bolard, « La qualification de l'objet de la demande, le devoir du juge de requalifier les faits », *loc. cit.*

V. aussi, dans le même sens : L. Cadet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, « Thémis droit », 2^e éd., 2013, n° 226, p. 773. Pour les auteurs, la solution de l'arrêt *Dauvin* favorise « l'arbitraire du juge ».

⁶ Rép. pr. civ., Dalloz, « Principes directeurs du procès », 2000, par R. Martin, n° 157.

l'expression d'une forme de fourberie du juge qui rend d'autant plus scandaleuse sa partialité. La distinction établie dans la décision du 21 décembre 2017 entre la requalification - obligatoire - et le relevé d'office des moyens de droit - facultatif - est difficilement compréhensible au regard du lien entre la requalification des faits et le relevé d'office d'un moyen de droit. Lorsque le juge requalifie juridiquement des faits, il en vient à écarter la règle de droit invoquée par le plaideur sur le fondement de cette qualification. En toute logique, le changement de qualification doit s'accompagner d'une substitution du bon moyen à celui qui a été choisi par ce dernier. Le relevé d'office est la continuité naturelle du changement de qualification, car dans le cas contraire, on peine à comprendre quel est l'intérêt d'une requalification¹. D'ailleurs, pour Motulsky, les deux opérations n'étaient pas seulement complémentaires, elles étaient assimilables². « C'est une seule et même chose que la substitution, pour l'appliquer à des faits, d'une règle de droit à une autre et la requalification selon une règle nouvelle substituée à la règle proposée »³. Or, la Cour de cassation distingue les deux opérations sans que l'on ne sache vraiment comment. Ce faisant, elle permet au juge de modifier l'appréhension juridique d'une situation litigieuse en lui restituant la bonne qualification tout en s'arrêtant là, au milieu du gué, c'est-à-dire sans aller au bout de sa démarche correctrice. « D'aucuns penseront peut-être que cette jurisprudence permissive peut ouvrir la voie à bien des inégalités selon les humeurs du juge ou le choix plus ou moins habile de la chambre à laquelle l'affaire a été distribuée »⁴. Le juge peut donc être amené à requalifier les faits pour finalement débouter le plaideur. Peut-être pourrait-il aussi prendre soin de lui indiquer qu'un moyen qu'il s'est gardé de révéler aurait toutefois permis de lui donner raison. Peut-être être faudrait aussi l'autoriser à ajouter dans sa décision : « Et c'est bien fait pour vous ». C'est d'ailleurs, à peu de choses près, ce qui se passe en matière administrative où le juge dit en substance la même chose, en y mettant les formes. Si le juge administratif a l'obligation de relever d'office la règle applicable lorsqu'elle est d'ordre public⁵ et qu'elle ressort manifestement des pièces du dossier⁶, il dispose d'une simple faculté

¹ V. O. Deshayes, « L'office du juge à la recherche de sens. À propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 », D. 2008, p. 1102 : « on se demande quelle différence il peut y avoir entre une requalification (qui est obligatoire) et un changement de dénomination (qui est facultatif) ? Aucune assurément ».

² H. Motulsky, « Prolégomènes pour un nouveau Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », D. 1972, p. 91 ; Écrits, p. 275 et s., spéc. n° 37. V. toutefois pour une approche plus réservée : G. Cornu, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (Fragments d'un état des questions) », in Mél. P. Bellet, Litec, 1991, p. 90.

³ G. Bolard, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », JCP G 2008, doct. 156.

⁴ R. Perrot, « La qualification des faits : faculté ou obligation ? », Procédures n° 3, Mars 2008, comm. 71.

⁵ CE, 10 mai 1957, *Sous-secrétaire d'État à la marine marchande c. commune de Saint-Brévin-les-Pins*, AJDA 1957, II, 246, concl. Lasry.

⁶ CE, 28 déc. 2007, req. n° 282309, Procédures 2008, n° 129, obs. Deygas.

dans les autres cas, comme son homologue judiciaire. Il utilise une formule qui consiste à relever le fait que le plaideur aurait pu avoir gain de cause s'il avait soulevé le bon fondement mais qu'il n'en a rien été. Le Conseil d'État précise au plaideur que sa prétention n'est fondée « par aucun des moyens qu'il invoque »¹... Autrement dit, « le juge connaît la règle applicable, la sait applicable mais il ne l'applique pas »². Il s'autorise à ignorer la loi, à s'abstenir de faire ce pour quoi il a été institué³, ce qui peut constituer un vrai scandale lorsque cela consiste à nuire à un plaideur.

380. Absence de sanction. Sous peine de déni de justice, le juge doit trancher en droit le litige même en cas de silence de la loi, c'est ce que prévoit l'article 4 du Code civil. En revanche, il en est dispensé en cas de silence des parties sur le bon argument de droit. Les hautes juridictions le rappellent chaque fois qu'elles refusent de sanctionner un juge du fond pour s'être abstenu de relever d'office le moyen qui aurait permis à la prétention de prospérer.

Par exemple, dans une affaire soumise à la Cour de cassation, une salariée bénéficiant d'un contrat à durée déterminée à temps partiel avait saisi une juridiction prud'homale de demandes tendant notamment à la requalification du contrat de travail à durée déterminée à temps partiel en contrat à durée indéterminée à temps complet. Elle avait également sollicité le paiement d'un rappel de salaire pour le mois de décembre mais le juge du fond l'a déboutée. Ce dernier a constaté que le contrat de travail en question devait être requalifié en contrat à temps complet, de sorte que sa rupture à l'initiative de l'employeur ouvrait droit au profit de la salariée à des dommages-intérêts égaux aux rémunérations qui auraient dû être perçues. Le problème est que la salariée n'avait jamais sollicité cette indemnisation puisqu'elle ignorait que son contrat pouvait être ainsi qualifié. Le juge, qui n'a pas voulu l'aider, s'est donc abstenu de lui octroyer cette indemnisation, alors même qu'il a relevé au sein de sa décision qu'elle pouvait légitimement y prétendre. Un pourvoi en cassation fut formé par la salariée qui reprochait au juge du fond de ne pas avoir tiré les conséquences de la requalification, ce qui entraînait selon elle une violation de l'article 12 du Code de procédure civile. La Cour de cassation rejette toutefois son pourvoi en observant que, sauf règles particulières, le juge n'est

¹ V. l'affaire dite « des généraux » : CE, Sect., 23 mars 1962, *Sieur Mast*, p. 203 ; AJDA 1962, p. 289, chron. J.M. Galabert et M. Gentot ; D., 1962, p. 400, note L. Hamon.

V. Sur ce point : W. Lellig, *L'office du juge administratif de la légalité*, Th. Montpellier, 2015.

² L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. « Thémis droit », 2^e éd., 2013, n° 226, p. 777.

³ Selon Roger Perrot, cette attitude du juge peut être assimilée à un déni de justice volontaire, une forme « d'abus de pouvoir » consistant à refuser d'appliquer la loi. V. R. Perrot, *préc.*

pas tenu de changer la dénomination ou le fondement juridique des demandes formées par les parties. Dès lors que la salariée ne s'était pas prévalu d'une rupture prématurée du contrat à durée déterminée en réclamant des dommages-intérêts mais prétendait uniquement au paiement du salaire du mois de décembre, le juge n'était pas tenu de modifier le fondement juridique de la demande¹. On cherche encore la raison pour laquelle le juge a refusé de lui octroyer ces dommages-intérêts. Cet exemple, parmi d'autres, démontre que l'adage *da mihi factum dabo tibi jus* est dépassé : donne-moi le fait et le droit et je verrai ce qu'il en est... « Mais si tu me le donnes, prends garde à toi, car je te le donnerai ou pas, à mon choix »². Finalement, dans ce système, le choix du juge est incertain. « C'est une loterie »³, dit un auteur ; une loterie dangereuse car dépendante des sentiments du moment et du bon plaisir du juge.

381. L'arbitraire du juge lié à sa partialité ne résulte pas toujours d'un comportement scandaleux. Il arrive que ce dernier utilise son libre arbitre pour favoriser une partie ou, au contraire, pour désavantager une autre sans que cela ne soit justifié par une volonté de nuire. La partialité qui consiste à ne pas juger en toute objectivité peut aussi provenir de son ignorance.

B. L'ignorance du juge

382. Arbitraire de l'ignorance. Il peut paraître surprenant d'associer la partialité du juge à son ignorance. À première vue, la partialité exprime un comportement intentionnel. Elle est en principe le résultat d'une démarche assumée, tout simplement parce qu'elle est souvent un moyen plus qu'une fin pour le juge. Ce dernier y trouve toujours un intérêt, qui peut être purement matériel ou moral. Pourtant, cette idée première ne résiste pas longtemps à l'analyse. La partialité ne s'explique pas toujours par la recherche d'un profit. Elle peut aussi provenir d'une simple ignorance du juge qui, manquant d'éléments tangibles pour se prononcer, décide de livrer les plaideurs au hasard de son bon-vouloir. Le juge peut laisser dériver son libre arbitre en arbitraire, faute de pouvoir faire autrement.

¹ Soc., 4 avr. 2012, n° 10-26.588. Pour une approche critique de cet arrêt : C. Bléry, « Office du juge : entre activité exigée et passivité permise – Réflexions à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du Code de procédure civile », Procédures n° 11, Novembre 2012, étude 6.

² C. Bléry, « Office du juge : entre activité exigée et passivité permise – Réflexions à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du Code de procédure civile », Procédures n° 11, Novembre 2012, étude 6.

³ H. Croze, « Le juge doit-il dire le droit ? », in Mél. S. Guinchard, Dalloz 2010, p. 225 et s., spéc. n° 13.

383. Exemple des frais irrépétibles. Cette manifestation de l'arbitraire concerne en particulier la fixation du montant des frais de l'instance. Lorsqu'il rend une décision qui met un terme au litige, le juge doit régler les aspects financiers du processus juridictionnel. Il doit décider de quelle façon s'opérera la répartition de la charge du coût de l'instance. Pour ce faire, son libre arbitre est mis à profit. Il doit régler deux questions : déterminer qui va payer et déterminer combien. Pour ce faire, le juge dispose d'une grande marge d'appréciation, le but étant de garantir une casuistique nécessaire dans la gestion des frais de l'instance. Le droit pose un cadre général au sein duquel le juge est libre d'adapter ses solutions aux caractéristiques de chaque litige¹. Il en résulte une incertitude sur la répartition définitive des frais de litige. Si elle constitue un facteur de souplesse, cette marge de liberté du juge ne conduit pas toujours à des situations acceptables. Il y a des hypothèses dans lesquelles le juge en fait un usage abusif, laissant apparaître une forme de partialité dans la détermination du montant des frais que les parties devront supporter. Cet arbitraire du juge concerne surtout la catégorie des frais irrépétibles. L'autre catégorie, celle des dépens, ne laisse pas une marge de manœuvre aussi importante au juge. Les dépens² sont « les frais juridiquement indispensables à la poursuite du procès et dont le montant fait l'objet d'une tarification »³. Le législateur prend soin de fixer le montant des dépenses engendrées par le procès qui revêtent cette qualification. Il fournit au juge des guides d'évaluation du coût de ces frais en établissant des grilles de tarifs. Les dépens sont donc des frais réglementés dont les montants sont fixés par la loi et qui revêtent un caractère impératif, d'ordre public. Ils s'imposent aux parties, ce qui prive d'effet toutes stipulations contractuelles contraires mais aussi au juge qui ne peut les apprécier et doit les appliquer d'office sans pouvoir les modifier. Le calcul des dépens est mis

¹ V. *supra* n° 276.

² La loi précise généralement quelles sont les dépenses engendrées par le procès qui revêtent la qualification de dépens. C'est par exemple le cas en matière civile où l'article 695 du Code de procédure civile énonce une liste qui comprend certains frais afférents aux instances, actes et procédures d'exécution. Il s'agit des droits, taxes, redevances ou émoluments perçus par les secrétariats des juridictions ou l'administration des impôts à l'exception des droits, taxes et pénalités éventuellement dus sur les actes et titres produits à l'appui des prétentions des parties ; des frais de traduction des actes lorsque celle-ci est rendue nécessaire par la loi ou par un engagement international ; des indemnités des témoins ; de la rémunération des techniciens ; des débours tarifés ; des émoluments des officiers publics ou ministériels ; de la rémunération des avocats dans la mesure où elle est réglementée, y compris le droit de plaidoirie ; des frais occasionnés par la notification d'un acte à l'étranger ; des frais d'interprétariat et de traduction rendus nécessaires par les mesures d'instruction effectuées à l'étranger à la demande des juridictions dans le cadre du règlement CE n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale ; de certaines enquêtes sociales ; de la rémunération de la personne désignée par le juge pour entendre le mineur, en application de l'article 388-1 du Code civil et des rémunérations et frais afférents aux mesures, enquêtes et examens requis en application des dispositions de l'article 1210-8.

³ S. Abou, « Contenu des dépens », in S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 9^e éd., 2017/2018, n° 611-21.

à l'abri du bon vouloir du juge. Il « n'est pas laissé à l'arbitraire du juge ou à celui des parties mais se trouve minutieusement réglementé »¹.

En matière de frais irrépétibles, les choses sont différentes. Historiquement, les frais irrépétibles correspondaient aux dépenses non indispensables exposées par chacune des parties. Puisqu'elles n'étaient pas nécessaires au déroulement de l'instance, la règle voulait que, contrairement aux dépens, elles restent à la charge de la partie qui les avait engagées. Celle-ci ne pouvant en obtenir le remboursement, le langage du droit a consacré la formule de frais irrépétibles, c'est-à-dire insusceptibles de répétition². Cette catégorie de frais ne fait pas l'objet d'une réglementation aussi précise que les dépens. La quantification des frais irrépétibles engendre une plus grande incertitude dans la mesure où il n'existe généralement aucune grille de calcul. Le juge jouit d'une très grande marge de manœuvre dans la fixation de la somme correspondant à ce type de frais. En procédure civile, l'article 700 du Code de procédure civile prévoit que le juge condamne la partie tenue aux dépens ou qui perd son procès à payer à l'autre partie « la somme qu'il détermine », au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Concernant le contentieux administratif, l'article L. 761-1 du Code de justice administrative reprend à l'identique cette formulation. Il en est également ainsi en matière pénale, que ce soit en matières criminelle³, correctionnelle⁴ ou contraventionnelle⁵. Si en cas de condamnation, les frais de justice sont à la charge de l'auteur de l'infraction, la loi donne au juge la faculté de déterminer une somme correspondant aux frais exposés par la victime de l'infraction qui n'entrent pas dans la catégorie des dépenses incombant à l'État⁶.

¹ S. Gjidara-Decaix, « Les règles de répartitions des frais en procédure civile », RIDC 2010-2, p. 341.

² La catégorie des frais irrépétibles est très vaste. Au regard de la jurisprudence, elle comprend notamment :

- les frais frustratoires ;
- les honoraires et plaidoiries de l'avocat ;
- les mémoires et consultations ;
- les honoraires de l'avocat que le gagnant a choisi comme mandataire dans les litiges où le ministère d'un avocat n'est pas obligatoire ;
- les frais de déplacement ;
- les honoraires d'un conseil en brevet ;
- les débours et honoraires d'avocats dans les procédures où leur ministère n'est pas obligatoire ;
- les débours et honoraires d'avocat en matière gracieuse ;
- les frais de consultation d'un médecin ;
- les frais de déplacement et de démarches exposés par une partie ;
- les frais de saisie-contrefaçon qui constituent des frais exposés hors instance et donc exclus des dépens ;
- les honoraires de l'huissier de justice en matière de constat ;
- etc.

³ C. proc. pén., art. 375.

⁴ C. proc. pén., art. 475-1.

⁵ C. pr. pén., art. 543.

⁶ Cette règle a été jugée conforme aux droits et libertés que la Constitution garantit en ce qu'elle se borne à prévoir que la partie civile peut obtenir de l'auteur de l'infraction une indemnité au titre des frais de procédure qu'elle a exposés pour sa défense : Cons. const. 21 oct. 2011, n° 2011-190 QPC, Dalloz actualité, 3 nov. 2011,

C'est au juge que revient le soin de chiffrer les dépenses entrant dans la catégorie des frais irrépétibles. Il dispose un pouvoir discrétionnaire qui le dispense même de toute motivation. En matière civile par exemple, la Cour de cassation considère que c'est dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'il tient des dispositions de l'article 700, exclusif de l'exigence de motivation, qu'un juge fixe le montant des sommes allouées au titre des frais irrépétibles exposés¹. Il en est de même en matière administrative où le montant des frais irrépétibles est « fixé discrétionnairement et en équité »². C'est au juge d'en évaluer librement le montant en fonction des circonstances. Le problème est que la confiance placée dans le libre arbitre du juge peut engendrer des décisions arbitraires lorsqu'elle le conduit à utiliser abusivement de la marge d'appréciation que la loi lui reconnaît. C'est le cas lorsque, malgré son ignorance, le juge va fixer un montant sans savoir précisément ce qu'il recouvre. Il arrive que le juge soit confronté à un inconvénient de taille dans le calcul des frais irrépétibles, celui de ne pas avoir la moindre idée du montant véritable des sommes exposées par les parties au litige. Le montant de la condamnation éventuelle du perdant aux frais non compris dans les dépens « relève d'une "arithmétique" beaucoup plus arbitraire »³ en ce qu'elle est le plus souvent fondée sur une grande approximation. L'ignorance du juge le contraint à cette approximation puisqu'il n'aura d'autre choix que celui d'arrêter une somme sans savoir précisément à quoi elle correspond. Le plus souvent, l'une des parties lui propose une somme qu'il est contraint de modérer « en fonction de la plus ou moins bonne foi de son adversaire... »⁴. Le juge fait alors ce qu'il veut, ce qui ouvre la porte à sa partialité. Le droit lui demande de statuer au regard de l'équité ou de la situation des parties mais le juge ne connaît que rarement cette dernière. Il aura le plus souvent quelques éléments à exploiter, notamment si l'instance a donné lieu à l'ouverture d'une mise en état, mais rien de très précis.

384. Ignorance du montant des honoraires. L'exemple le plus caractéristique de cet arbitraire dans la fixation du montant des frais irrépétibles concerne l'évaluation du montant

obs. Bombled ; D. 2011. Actu. 2544 ; AJ pénal 2012, p. 168, obs. Perrier; Procédures 2011, n° 385, obs. Buisson; *ibid.* 2012, n° 19, obs. Chavent-Leclère ; LPA 4 juin 2012, n° 111, p. 8 chron. V. Tellier-Cayrol.

¹ Civ. 1^{re}, 18 févr. 2015, n° 11-11.054, JCP G 2015, act. 288 ; Civ. 1^{re}, 11 sept. 2013, Bull. civ. I, n° 73 ; D. 2013. Actu. 2101 ; *ibid.* 2382, obs. Querzola ; JCP G 2013, 1071, note Binctin ; Gaz. Pal. 8-10 déc. 2013, p. 34, obs. Foulon et Strickler ; CCE 2013, n° 100, note Caron ; *ibid.* 2014. Chron., p. 21, obs. Daverat. V. aussi : Civ. 1^{re}, 18 févr. 2015, D. 2015. Actu. 487 ; Procédures 2015, n° 116, obs. Strickler.

² C. Gabolde, « Le jugement », in *Pratique du contentieux administratif*, Dalloz professionnel, 2015, n° 270.782.

³ N. Cayrol, « La répartition des frais en procédure civile française », in M. Reimann, *Cost and fee allocation in civil procedure*, Springer, 2012, n° 31, p. 147.

⁴ *Ibid.*

des honoraires de l'avocat¹. Ces derniers comprennent les frais de consultation, d'assistance, de conseil, de rédaction d'actes juridiques sous seing privé et de plaidoirie. Les honoraires correspondent à la rémunération de l'avocat, hors débours et éboulement qui relèvent, quant à eux, de la catégorie des dépens. S'il le souhaite, le juge peut mettre à la charge d'une partie condamnée aux dépens, une somme qu'il détermine lui-même au titre de ces honoraires. Comme pour tous les autres frais irrépétibles, l'évaluation de cette somme est laissée à son appréciation. Le problème est que le juge peut être amené à développer une évaluation approximative. D'une part, il ne semble pas d'usage, dans la pratique judiciaire, que le juge puisse s'enquérir du montant des honoraires sollicités par un avocat à son client². Le seul élément concret qu'il a à sa disposition est le montant demandé par la partie qui sollicite la condamnation de son adversaire aux frais irrépétibles. D'autre part, la Cour de cassation considère que les factures correspondantes aux frais exposés par l'avocat sont couvertes par le secret professionnel, de sorte qu'elles ne peuvent être jointes à une correspondance d'avocat. Le juge ne peut donc y avoir accès pour fixer le montant de la condamnation à l'article 700³. Le juge est libre de fixer une somme au titre de ces frais mais il doit composer avec sa propre ignorance. Il n'a d'autres choix que d'arrêter une somme sans savoir si elle correspond au montant réel des honoraires de l'avocat de celui qui sollicite la condamnation. Cette situation est difficile à accepter pour le plaideur qui aura à supporter ce paiement dans la mesure où le coût des honoraires est souvent la part la plus importante des frais irrépétibles. Comme le révèlent les auteurs, « l'expérience montre que l'indemnité fondée sur l'article 700 ne compense qu'une partie mineure, pour ne pas dire dérisoire, des frais irrépétibles car les juridictions ne mesurent pas toujours la réalité du coût de l'intervention d'un avocat »⁴. Le risque est que le montant de ces honoraires soit fixé « au doigt mouillé », un peu comme on évalue le sens du vent. Les praticiens ne sont pas loin de le penser et dénoncent une somme fixée « à la tête du client (ou de l'avocat) »⁵. Une telle fixation des frais de l'instance est une dérive du libre arbitre dans la mesure où la somme fixée pourra être proportionnelle au niveau de sympathie que lui inspirent ces derniers. La marge de liberté du juge peut lui servir à favoriser injustement une partie ou à porter atteinte à une autre.

¹ Pour le rattachement des honoraires d'avocat à la catégorie des frais irrépétibles, v. : Soc., 21 févr. 1979, n° 77-41.646, Bull. civ. V, n° 159 ; D. 1979. IR 425, obs. Pélissier ; JCP G 1981, II, 19525, note Hertzog.

² En ce sens, Rép. trav. Dalloz, v° Conseil de prud'hommes (Procédure), 2015, par R. Pautrat, n° 471.

³ Com., 6 déc. 2016, n° 15-14.554, à paraître au bulletin.

⁴ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 9^e éd., 2016, n° 51, p. 56.

⁵ P. Rembauville-Nicolle, « Du bon usage des dispositions de l'article 700 du NCPC », Gaz. Pal. 8-12 avr. 2007, doctr., p. 846, spéc. p. 851 et 852.

Conclusion du chapitre 1 :

385. La gravité de certaines manifestations de l'arbitraire du juge les rend plus remarquables que les autres. Qu'il s'agisse du déni de justice ou de la partialité, il est toujours question d'un détournement du libre arbitre qui menace la qualité même de juge. Lorsqu'il fait un usage aussi choquant de sa marge de liberté, il en arrive à menacer ce qui fait de lui un juge. Celui qui dénie la justice aux plaideurs ou qui connaît du litige qui lui est soumis de façon partielle ne peut véritablement prétendre à ce statut. Ces expressions de l'arbitraire du juge sont intéressantes en ce qu'elles démontrent que le statut de juge n'est jamais donné pour acquis. Le juge doit être à la hauteur de sa charge pour prétendre remplir pleinement la fonction qui lui est assignée et mériter le statut qui lui a été donné. Pour ce faire, il doit porter une attention toute particulière à la façon dont il exerce son libre arbitre. La marge de liberté dont il bénéficie pour remplir son office ne saurait lui donner une position de supériorité. Elle lui interdit de céder à la tentation de s'imaginer en détenteur d'un pouvoir absolu. Le juge doit constamment avoir en tête les devoirs exigeants qui sont les siens. Il doit se rappeler que lorsqu'il détourne son libre arbitre, il fait de sa marge de liberté un instrument de domination inacceptable qui remet en cause la raison d'être de son intervention.

386 L'étude de ces manifestations les plus graves de l'arbitraire pose inmanquablement la question de la réponse qui peut être apportée pour faire face à la situation. Les décisions rendues à la suite de telles dérives ne relèvent pas seulement de la question du mal-jugé qui justifie la correction de la décision. Elles posent une question fondamentale qui se situe dans le prolongement des réflexions tendant à identifier la forme aggravée de l'arbitraire : la question des comptes que le juge doit rendre sur la façon dont il exerce son office ; en un mot de sa responsabilité. Voilà un comportement, dans l'usage de son libre arbitre, dont il devrait toujours avoir à répondre.

387. La situation est quelque peu différente en ce qui concerne l'autre type de manifestations de l'arbitraire du juge, celui qui a trait aux dérives les moins graves du libre arbitre tout en restant des manifestations de l'arbitraire. Il y a des manifestations qui ne menacent pas la qualité de juge mais qui résultent de simples carences de ce dernier dans l'exercice de ses prérogatives, ce qui correspond à un arbitraire simple, moins grave que le précédent mais tout aussi inadmissible.

Chapitre 2 : L'arbitraire simple

388. Carences du juge. Il existe des manifestations de l'arbitraire du juge qui ne remettent pas en cause sa qualité de juge mais qui résultent d'une carence dans l'exercice de son office. C'est le cas lorsque le détournement de son libre arbitre résulte d'une insuffisance dans la mise en œuvre de la marge d'appréciation dont il dispose pour trancher le litige dont il est saisi. Dans ce cas, le juge n'utilise pas de son libre arbitre d'une bonne façon mais son inconduite révèle un manque de maîtrise, d'habileté dans l'exploitation de sa marge de liberté. Alors qu'il aurait dû aboutir au bien-jugé, son libre arbitre devient préjudiciable aux plaideurs car il les prive de quelque chose qu'ils auraient dû obtenir.

389. Ces dérives du libre arbitre se regroupent autour de deux situations négatives qui expriment une mauvaise utilisation de la marge de liberté dont dispose le juge. D'une part, le juge peut d'abord faire preuve d'une absence de mesure. C'est le cas lorsqu'il use de son libre arbitre pour laisser s'exprimer une outrecuidance insupportable. En un mot, il en fait trop. Le manque de mesure du juge peut constituer une manifestation de son arbitraire (Section 1). D'autre part, il arrive que le juge fasse preuve d'une incohérence dans ses prises de décisions. L'arbitraire peut s'exprimer à travers la versatilité des positions d'un juge qui use de son libre arbitre d'une façon qui ôte à ses jugements toute continuité (Section 2).

Section 1 : Le défaut de mesure

390. Le terme mesure exprime l'idée de modération, de retenue, dans la façon de se conduire. Une personne mesurée fait preuve d'une forme de sagesse qui la pousse à peser les avantages et les inconvénients d'une action en justice. Elle s'attache ainsi à prendre du recul dans les choses qu'elle entreprend. Envisagée ainsi, la mesure exprime l'idée de délibération, au sens aristotélicien du terme, c'est-à-dire au sens de la vertu de prudence entendue comme la faculté à bien délibérer. En cela, la mesure est une composante du libre arbitre car c'est ce qui permet de faire la part des choses pour finalement exercer un choix. Le manque de mesure, littéralement la « démesure », est un dévoiement du libre arbitre car il exprime une attitude fondée sur l'exagération ou l'outrance. Ainsi envisagée, le manque de mesure est antinomique avec la fonction de juger. Dans sa position de tiers impartial, le juge doit faire preuve de pondération pour parvenir à régler le différend qui lui est soumis. Il est attendu de lui

l'inverse de la démesure. Il doit agir avec précaution et circonspection car il ne doit jamais oublier que la solution qu'il doit délivrer au litige aura des conséquences très concrètes sur la vie des parties. Si le droit lui laisse une marge d'appréciation, c'est pour qu'il fasse preuve de prudence. Il détourne donc cette sphère de liberté lorsqu'il en profite pour tomber dans l'excès en adoptant une attitude déraisonnable. Cette dérive du libre arbitre est une manifestation de son arbitraire.

391. Il y a plusieurs cas dans lesquels le défaut de mesure du juge exprime son arbitraire. Il y a, plus spécifiquement, deux façons d'en faire trop dans le traitement du litige. Le juge peut faire trop vite et il peut faire trop fort.

Il peut faire trop vite : le défaut de mesure exprime l'arbitraire du juge lorsque ce dernier use de son libre arbitre pour se précipiter dans la résolution du litige. Il agit avec un empressement excessif qui nuit à la qualité de son intervention (§1).

Il peut faire trop fort : il arrive que le juge abuse de la part de puissance que lui confère sa fonction. L'arbitraire apparaît lorsque le libre arbitre qui doit servir au bien jugé devient le terreau d'un autoritarisme que le juge ne devrait pas avoir à exprimer (§2).

§1. La précipitation du juge

392. Le juge pressé. « Il faut se méfier des jugements précipités, que l'amour propre empêche ensuite de réviser »¹, écrivait Dante dans *La divine comédie*. La formule prend un sens encore plus fort lorsqu'elle est appliquée à l'office du juge. La précipitation du juge exprime d'emblée quelque chose de négatif. Elle renvoie à une forme d'imprudence, à une témérité qui traduit une hardiesse inconsidérée. Étonnamment, cet empressement du juge dans l'élaboration du jugement est une problématique beaucoup moins abordée que le travers inverse qui consiste à trop tarder dans l'élaboration de la décision judiciaire. Il n'y a pas grand-chose dans les ouvrages juridiques modernes sur les dangers du jugement précipité, comme si l'excès de célérité n'était jamais critiquable². Pourtant, historiquement, il s'agit d'un problème récurrent. Depuis longtemps, les jugements hâtifs sont un objet de méfiance

¹ Dante, *La divine comédie*, III^e partie, *Le paradis*, trad. F. Mégroz, éd. L'âge d'homme, 1997.

² Sur les dangers de l'exigence de célérité, v. : S. Amrani-Mekki, « Le principe de célérité », *Revue française d'administration publique*, 2008/1, n° 125, p. 43.

car ils ne produisent jamais une bonne justice¹. « Il semble que ce soit plus le propre de l'esprit, d'avoir son opération prompte et soudaine, et plus le propre du jugement, de l'avoir lente et posée »², soulignait Montaigne.

393. L'arbitraire d'une précipitation du juge peut s'exprimer à différentes phases du processus juridictionnel. Les hypothèses dans lesquelles le juge est amené à agir trop promptement sont d'une diversité quasi-infinie car il y a autant de juges que de façons d'agir précipitamment. Il faut saisir les situations de façon générale. Pour ce faire, il semble que la meilleure façon de procéder est de suivre le déroulement chronologique de l'instance. Le juge peut se précipiter au cours l'instruction de l'affaire (A), au cours de la discussion (B) ou encore, au stade de la délibération (C).

A. La précipitation dans l'instruction

394. *De fol juge breve sentence.* C'est dans les vieux livres que les réflexions sur la précipitation du juge dans la préparation de son jugement sont les plus intéressantes. Le problème des procès hâtifs constitue, depuis la Renaissance, un thème privilégié des satires. Les auteurs ont aiguisé leurs plumes pour aborder la question des « brèves sentences » qui caractérisaient les jugements expéditifs d'un juge pêchant par excès de précipitation. « Les “brèves sentences” manifesteraient à leur façon l'arbitraire et l'imperfection de la justice humaine »³. Il en a résulté un adage du droit coutumier⁴, *A temerario iudice, praeceps sententia* devenu par la suite un proverbe⁵ : « *De fol juge breve sentence* ». La formule alerte sur les dangers du juge trop pressé qui, confondant vitesse et précipitation, sacrifie les besoins impérieux du litige à une volonté de conclure l'affaire au plus tôt. « On dit proverbialement “de fol juge, breve sentence” pour dire qu'il juge témérairement »⁶. Dans les *Institutes*

¹ V. G. Bolard et P. Draï, « Justice hâtive, justice rapide - Quand une justice hâtive retarde l'issue du procès », JCP G n° 45, 5 Novembre 1997, doctr. 4061.

² M. de Montaigne, *Les Essais* [1595], éd. Jean Balsamo, Michel Magnien et Catherine Magnien-Simonin, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 2007, I, X, « Du parler prompt ou tardif », p. 61.

³ N. Kiès, « “De fol juge breve sentence” : parole du juge, parole facétieuse. L'exemple des discours bigarrés », in *Juges et criminels dans la narrations brève du XVI^e siècle*, Actes du colloque organisé les 25 et 26 février 2010, CEREDI, ANR, 2010, p.1.

⁴ Sur la représentation du juge dans les adages, v. A. Laingui, « L'image du juge et de l'accusé dans la littérature des adages », in Mél. J.-O. Royer, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2005, p. 585.

⁵ V. Henri Estienne, *L'Introduction au Traité de la conformité des merveilles anciennes avec les modernes ou Traité préparatif à l'Apologie pour Hérodote*, (1566), éd. Bénédicte Boudou, Genève, Droz, 2007, t. 1, p. 106 : « Or (pour descendre du général au particulier) si le commun proverbe, De faux juge brefve sentence, fut jamais vérifié en auteur Grec ou Latin, nous pouvons dire que ç'a esté en Herodote ».

⁶ A. Furetière, *Dictionnaire universel : contenant généralement tous les mots françois tant vieux que moderne et les termes de toutes les sciences et des arts*, 1690, Tome 2, v° Juge subalterne.

coutumieres d'Antoine Loisel, on trouve le passage suivant : « *sage est le juge qui écoute, et tard juge. Car de fol Juge, briefve sentence. Qui tost juge, et qui n'entend, faire ne peut bon jugement* »¹. Il y a derrière cette vision du temps de l'instance, l'idée selon laquelle un jugement élaboré « à l'emporte-pièce »² ne peut provenir d'un bon juge³. La précipitation est une manifestation de l'arbitraire lorsque le juge use de son libre arbitre pour délivrer aux plaideurs un jugement précipité en ce qu'il aura été insuffisamment préparé. La quête renforcée de célérité qui caractérise le droit contemporain⁴ ne saurait occulter un aspect essentiel du processus juridictionnel : « pour bien faire juger, comme pour bien juger, il faut du temps »⁵. Tout litige, quel qu'il soit, a besoin d'un temps de préparation pour être correctement tranché. « Il existe un temps du juge : dans la gestation du jugement, le juge se doit d'agir sur le temps de l'instruction, le temps du délibéré, puis le temps de l'exécution (...). En ce sens, le temps ne doit pas détruire la justice et la rendre trop expéditive »⁶. Lorsque le juge ne consacre pas suffisamment de temps à la préparation de sa décision, il met à mal l'efficacité de son intervention. Le jugement précipité⁷ laissera en suspens certaines zones d'ombre et ne parviendra pas vraiment à apaiser la querelle⁸.

395. Gestion du temps de la preuve. Le juge doit veiller à bien user de la grande marge de liberté dont il dispose dans la gestion du temps de l'instruction. Le plus souvent, ce temps de la preuve ne s'inscrit en principe dans aucun cadre prédéterminé. C'est au juge qu'il appartient de s'adapter aux besoins du litige en prenant autant de temps qu'il lui faut. La

¹ A. Loisel, *Institutes coutumieres ou Manuel de plusieurs et diverses Reigles, Sentences, et Proverbes, tant anciens que modernes, du Droict Coustumier et plus ordinaire de la France*, (Paris, Abel L'Angelier, 1611), éd. Michel Reulos, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935, VI, III, xiii, p. 135.

² N. Kies, *loc. cit.*, p. 2.

³ L'économie excessive de temps est un abus qui confine à la facétie : D. Ménager, *La Renaissance et le rire*, Paris, PUF, 1995, p. 40 : « la facétie va vite, elle sait le prix du temps ».

⁴ Sur la redéfinition contemporaine des rapports entre temps et droit, v. : C. Chainais, « Avant-propos », in *Le temps*, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2014, La documentation française.

⁵ J. Braud, « Un juge des procès civils : le temps », JCP G 1968, I, 2143.

⁶ L. Cadet, « Délai raisonnable », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, p. 312 et s.

⁷ V. sur ce point, B. Bastard, D. Delvaux, C. Mouhanna et F. Schoenaers, *Justice ou précipitation. L'accélération du temps dans les tribunaux*, PUR, coll. « L'univers des normes », 2016.

⁸ Il faut se souvenir de l'enseignement du juge Bridoye qui considère que le temps mûrit toute chose : « par temps, toutes choses viennent en évidence ; le temps est père de Vérité ». V. : F. Rabelais, *Le Tiers Livre*, éd. du Seuil, 1997, p. 382.

Pour montrer les bienfaits de la patience, Bridoye raconte à Trinquamelle et à la Cour qui l'écoute l'histoire de Perrin Dandin. Perrin Dandin est un apointeur, autrement dit un conciliateur. C'est un homme de bien, « bon laboureur », qui réglait plus de procès à lui seul « qu'il n'en était vidé dans tout le palais de Poitiers ». Son fils Tenot Dandin voulut lui aussi tenter sa chance dans cette activité. Mais il n'arrivait à concilier personne, pas même pour la plus petite des affaires. Au contraire, il énervait les plaideurs qui en ressortaient du procès encore plus fâchés. Il raconta alors son histoire à son père, lequel lui fit la leçon :

« Tu ne concilies jamais les différends. Pourquoi ? Tu les prends dès le commencement alors qu'ils sont encore verts et crus. Je les concilie tous. Pourquoi ? Je les prends sur leur fin, bien mûrs et digérés ; ainsi dit la glose : Plus doux sera le fruit, si c'est après nombre de risques qu'il mûrit » : *Ibid.*, p. 389.

nécessité que son jugement soit rendu dans un délai raisonnable n'altère pas cette marge de liberté. Le délai raisonnable est fonction du degré de complexité de l'affaire en cause et, plus généralement, de ses caractéristiques propres. Le recours au libre arbitre du juge est une nécessité car le temps de l'instance n'est pas statique. C'est un temps dynamique, « rythmé par le tempo de l'enchaînement de moments procéduraux autant que par les ruptures ou les basculements qui façonnent un procès »¹. Chaque procès produit son propre temps², de sorte que ce temps peut varier « en raison du cadre plus ou moins performant, en raison de la complexité plus ou moins grande de la situation à dénouer, en raison de la solution attendue, plus ou moins urgente »³. Il s'apprécie donc *in concreto*, « en fonction des circonstances particulières de la cause »⁴. En matière de procès comme ailleurs, le temps s'écrit toujours au pluriel. L'instruction doit être menée par le juge avec l'ambition de se mettre dans les meilleures dispositions pour bien juger. Le juge doit donc se montrer mesuré et précautionneux. Il doit accorder à l'instruction autant de temps que nécessaire pour que suffisamment d'éléments puissent être versés aux débats afin de l'éclairer utilement dans sa prise de décision. Pour autant, si le libre arbitre du juge intervient utilement dans la gestion de ce temps, il existe toujours un risque que le juge détourne sa sphère de liberté en précipitant sa prise de décision. Lorsqu'il agit ainsi, il prive les plaideurs de ce qu'ils étaient en droit d'attendre : que le juge consacre au litige qui lui a été soumis le temps nécessaire pour mettre l'affaire en état d'être correctement jugée. Dans ce cas, le juge se montre trop impatient. Par son empressement, il nuit à la manifestation de la vérité judiciaire et expose les plaideurs au danger d'un jugement bancal, établi au moyen d'une instruction lacunaire.

396. Clôture précipitée de l'instruction. En matière civile, l'excès de précipitation du juge se manifeste essentiellement lorsque l'instruction démontre un empressement injustifié du magistrat qui a été désigné pour mettre l'affaire en état d'être jugée. La décision de clôturer l'instruction relève du pouvoir discrétionnaire du magistrat qui en a la charge lorsque l'affaire a nécessité une mise en état⁵. Il est le seul à pouvoir estimer à quel moment l'affaire est en état d'être jugée. Son libre arbitre est bénéfique mais il est aussi source d'abus. Le juge peut hâter la fin de l'instruction en ordonnant la clôture alors que l'affaire ne peut pas encore

¹ X. Lameyre, « Actualité et acte de juger : éthique d'une poétique du procès », LPA, 13 juillet 2005, n° 138, p. 18.

² V. S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2002, n° 7, p. 11.

³ M.-A. Frison-Roche, « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », in J.-M. Coulon, M.-A. Frison-Roche (dir.), *Le temps dans la procédure*, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1996, p. 13.

⁴ CEDH, 5 juin 2001, *Gaganus a. c. Turquie*, req. n° 39335/98.

⁵ V. par ex. : Com., 10 févr. 1976, Bull. civ. II, n° 177 ; Civ. 3^e, 5 avr. 1978, Bull. civ. III, n° 152.

être tranchée. Dans cette hypothèse, le libre arbitre est détourné de sa finalité première. Il devait servir à l'expression de la prudence du juge mais sert finalement - par laxisme ou par désintérêt - à précipiter l'issue de la mise en état.

Les illustrations de ce type d'arbitraire du juge sont difficiles à trouver, notamment en raison de la dispense de motivation dont bénéficient les juges de la mise en état quant à la clôture de leur instruction. Il arrive cependant que l'arbitraire apparaisse en filigrane dans certains arrêts qui reprochent à un juge son empressement à mettre un terme à son travail d'instruction. Par exemple, dans une affaire, il était question d'une procédure de divorce ayant donné lieu à une instruction. Le jour de l'ordonnance de clôture, une partie avait cherché à produire des conclusions mais les juges les ont rejetées en considérant que leur tardiveté ne permettait pas à l'autre partie de préparer convenablement sa défense. La décision a été censurée par la haute juridiction qui rappela au juge que « l'affaire ne doit être renvoyée à l'audience que lorsque l'état de l'instruction le permet »¹. La Cour de cassation avait reproché au juge sa précipitation à clôturer l'instruction alors que la discussion entre les parties devait se poursuivre.

397. Instruction en matière pénale. L'arbitraire de cette précipitation est plus remarquable en matière pénale. Certaines affaires appellent l'ouverture d'une phase d'instruction dont le déroulement est confié à un magistrat *ad hoc* à qui il est demandé, aux termes de l'article 81 du Code de procédure pénale, de mener des investigations utiles à la manifestation de la vérité judiciaire. Ce texte impose au magistrat instructeur d'instruire en toute objectivité. C'est ce qu'expliquait déjà Duverger dans son *Manuel des juges d'instruction* : « dégagé de toute préoccupation autre que celle de parvenir à la manifestation de la vérité, soucieux de ne pas compromettre ni la vindicte publique ni le sort des prévenus, il relèvera avec une sollicitude égale les armes de l'accusation et les instruments de la défense ; en un mot, faisant ses premiers devoirs de l'impartialité et de l'amour de la justice, il instruira toujours scrupuleusement à charge et à décharge »². Pour Duverger, le magistrat instructeur doit faire preuve d'une grande mesure. « La justice ne saurait être expédiée trop promptement, toutes les fois que la célérité ne dégénère pas en précipitation »³. Cela renvoie à une exigence fondamentale, celle d'une instruction centrée sur la seule recherche de la vérité. « Le juge se

¹ Civ. 2^e, 30 mai 1980, n° 79-100.30, Bull. civ. II, n° 124 ; Gaz. Pal. 1980. 2. 547, note Viatte.

² F. Duverger, *Manuel des juges d'instruction*, I, 3^e éd., Paris, 1862, p. 425. L'ouvrage est disponible sur la base Gallica.fr.

³ *Ibid.*, p. 3

doit en effet de vérifier toutes les pistes et de ne pas se laisser emporter par des convictions hâtives »¹. Il lui appartient de procéder à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité². Une fois ces actes effectués, le juge d'instruction décide de la suite de l'instance. C'est ce qu'exprime l'article 175 du Code de procédure pénale lorsqu'il énonce qu'« aussitôt que l'information lui paraît terminée », le juge d'instruction doit communiquer le dossier au procureur de la République. Les juges d'instruction apprécient en toute indépendance le moment où l'information est parvenue à son terme. Pour la Cour de cassation, ils ont « le droit et l'obligation de clore leur information lorsqu'elles estiment que celle-ci est complète »³. La loi n'a pas déterminé de délai minimum et reconnaît au juge d'instruction une grande liberté d'appréciation. Il y a cependant un risque que le magistrat instructeur ne décide de clore prématurément l'information, non pas parce que l'enquête lui paraît complète mais par négligence. Ce comportement témoigne d'un exercice inapproprié de son libre arbitre. Il est anormal qu'un juge cède à la tentation de la facilité en hâtant injustement la fin de l'information car cela nuit à la bonne instruction du dossier.

Par exemple, dans une affaire, un juge d'instruction saisi d'une information pour abus de confiance avait clos son instruction en se dispensant d'informer sur certains faits visés dans le réquisitoire du procureur de la République. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation avait conclu à la nécessité de renvoyer l'affaire à une audience ultérieure afin de permettre au procureur de la République de saisir de nouveau le magistrat instructeur pour qu'il instruisse sur les faits injustement négligés⁴.

398. L'arbitraire qui se manifeste à travers la précipitation du juge va bien au-delà de la phase d'instruction. Une fois l'affaire en état d'être jugée sur le fond, l'instance se poursuit classiquement avec une phase d'audience des plaidoiries durant laquelle la formation de jugement doit entendre les parties avant de prendre une décision. Le juge peut toutefois se montrer arbitraire en décidant de précipiter la discussion à l'audience.

¹ C. Guéry, « Manière de procéder du juge d'instruction », in *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Dalloz action, 2015, n° 132.12.

² C. pr. pén., art. 81 : « le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge ».

³ Crim., 1^{er} déc. 1960, Bull. crim. n° 566 ; JCP G 1961, II, 12186 ter.

⁴ Crim., 4 mars 2004, n° 03-85.983, Bull. crim. n° 57.

B. La précipitation dans la discussion à l'audience

399. Discussion abrégée. Au cours de l'instance, une phase de discussion orale doit en principe avoir lieu pour permettre aux parties de présenter leurs observations. Le juge doit se montrer respectueux de ce temps de discussion. Il doit avoir la patience d'écouter les parties et de ne pas abréger inopportunément cette étape. Il doit accorder à chaque plaideur un temps suffisant pour le laisser prendre connaissance de la cause dans toutes ses composantes et formuler ses observations. Or, il arrive que par excès de précipitation, le juge décide d'abréger abusivement cette étape en prononçant sa décision sans que les plaideurs n'aient pu défendre leurs causes. Le juge ignore le temps de la discussion. C'est un juge trop pressé qui se montre arbitraire car il fait un usage inapproprié de la marge d'appréciation que le droit lui reconnaît.

400. Report d'audience. Le juge dispose par exemple d'une latitude importante pour décider du nombre d'audiences. Il procède généralement « au cas par cas et fixe le nombre d'audiences que requiert l'affaire »¹. Il doit donc se prononcer en fonction des besoins de chaque instance. Il a la possibilité de multiplier les audiences, jusqu'à ce qu'il s'estime suffisamment informé sur l'affaire. Cette marge de liberté lui donne la faculté d'ordonner un report d'audience, notamment pour des raisons liées à la défense des parties. Certes, les parties ont la possibilité de solliciter, individuellement ou conjointement, une remise de l'affaire à une date ultérieure en justifiant d'un motif légitime, mais la décision appartient au seul juge saisi de l'affaire. Cette décision a la nature d'une mesure d'administration judiciaire laissée à son entière appréciation. L'office du juge étant de veiller au bon déroulement de l'instance dans un délai raisonnable, la faculté d'accepter ou de refuser le renvoi, à une audience ultérieure, d'une affaire fixée pour être plaidée, relève de son « pouvoir discrétionnaire »², dès lors que les parties ont été mises en mesure d'exercer leur droit à un débat oral. Il s'agit donc d'un temps « dont les parties ne peuvent disposer »³ et qui n'appartient qu'au juge, lequel « a toute latitude pour apprécier la légitimité du renvoi sollicité »⁴. Cette liberté d'appréciation dévoile un danger redoutable, celui d'un refus injustifié du juge qui, cherchant à précipiter sa

¹ S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses, 2002, n° 236.

² Ass. Plen., 24 nov. 1989, n° 88-18.188, D. 1990, 25, concl. Cabanes, 425, note Julien, JCP G 1990, II, n° 21407, note Cadet, RTD Civ. 1990, 145, obs. Perrot.

³ S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, *op. cit.*, n° 236, p. 223.

⁴ Y. Desdevises, Dr. soc. 1990. 55, obs. ss. Ass. plen. 24 nov. 1989, *préc.*

décision, décide de priver un plaideur d'un temps de discussion qui doit permettre de présenter ses observations.

Un exemple illustre ce dévoiement du libre arbitre. En l'occurrence, une commission de surendettement des particuliers avait déclaré recevable une demande de traitement d'une situation de surendettement. La commission a ensuite orienté le dossier vers un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire. Un recours fut cependant formé contre la décision par des créanciers. Au cours de l'instance, le débiteur a formulé une demande de renvoi qui fut rejetée au motif que, bien que ce dernier ait été régulièrement convoqué, il s'était abstenu de comparaître et avait sollicité ce renvoi au moyen d'un simple courriel. Il avait précisé à la juridiction qu'étant à l'étranger, il lui était difficile de se rendre à l'audience compte tenu de l'enneigement. La juridiction avait considéré que le motif avancé n'était pas légitime dès lors que la convocation devant la juridiction lui était connue de longue date. Saisie par le débiteur, la Cour de cassation a censuré le jugement aux vises de l'article 6§1, de la Convention européenne des droits de l'homme et des articles 3, 14 et 16 du Code de procédure civile. Pour la Cour régulatrice, il ressortait des productions qu'en réponse à sa demande de renvoi, un courriel émanant du tribunal avait été transmis au débiteur, qui en avait accusé réception. Ce courriel lui indiquait qu'avec l'accord du magistrat, l'audience avait été reportée à une date ultérieure, de sorte qu'il ne pouvait prendre à défaut la partie non comparante. En visant l'article 6§1 de la Convention européenne, la Cour de cassation insiste sur l'exigence du droit d'accès effectif à un juge qui interdit la juridiction d'accepter le renvoi de l'audience tout en reprochant à la partie qui l'a sollicitée de ne pas avoir comparu à la date initialement fixée. Il est inacceptable qu'un juge ordonne un report d'audience tout en décidant *in fine* de la maintenir à la date initiale, qui plus est en reprochant à la partie ayant sollicité le report de ne pas avoir comparu. Il lui appartient de se conformer à la date nouvellement fixée et de ne point se précipiter. En l'occurrence, en recherchant une économie de temps, le juge a bafoué les droits essentiels de la partie absente¹. Pire, il a trompé sa vigilance en lui faisant croire que le report était accepté pour finalement se raviser. L'usage qu'il a fait de son libre arbitre traduisait une forme de déloyauté du juge dans la conduite des débats². Il a ainsi manifesté son arbitraire.

¹ Civ. 2^e, 24 sept. 2015, n° 14-21.145, D. 2016, p. 449, obs. N. Fricero, Dalloz actualité, le 9 oct. 2015, obs. M. Kebir.

² L'arrêt est censuré au visa de l'article 3 du Code de procédure civile, un texte classiquement visé par la Cour de cassation lorsqu'elle entend faire application du principe de la loyauté des débats.

401. L'excès de précipitation peut enfin manifester l'arbitraire du juge au dernier stade de l'instance. Une fois que l'affaire a été instruite, que les parties ont pu en débattre, le juge doit encore se montrer patient. Il ne doit pas négliger la phase du délibéré, période au cours de laquelle il doit concevoir son jugement. La précipitation du juge dans la délibération est une expression de son arbitraire.

C. La précipitation dans la délibération

402. Mystère de la délibération. Lorsque l'affaire a été instruite et que le juge a entendu les parties au cours de l'audience, il ne lui reste plus qu'à clore les débats afin de rendre sa décision. À partir de ce moment, plusieurs solutions s'offrent à lui. Il peut rendre son jugement sans attendre. Il statuera alors « sur le siège » dès lors que sa décision peut être prise immédiatement. Il pourra également statuer après une brève et discrète discussion lorsque la juridiction est collégiale ou « sur le champ », ce qui signifie que les juges se retirent mais rendent leur jugement à l'audience, le jour même. Il peut enfin décider de repousser sa décision en s'accordant une phase de réflexion. Il renverra son jugement à plus tard « pour plus ample délibéré ». Au cours de la délibération, le libre arbitre du juge joue un rôle essentiel. La délibération est un processus¹ pendant lequel le juge forme sa conviction au regard des éléments qui ont émergé de l'instance. Cette étape de l'instance crée un temps réservé qui n'appartient qu'au juge. Ce dernier est libre de déterminer le temps qu'il lui faut pour penser et imaginer sa décision². Cette part de liberté est inhérente à la conception que se fait le droit français du délibéré, lequel a toujours été entouré d'une part de mystère³, comme pour montrer que les voies des jugements sont impénétrables. Contrairement à d'autres systèmes juridiques, le droit français a soumis le délibéré à un strict principe de secret qui s'applique en premier lieu au juge⁴. Au-delà de l'obligation de discrétion qu'il induit, ce

V. sur la déloyauté désignant « la fidélité à tenir ses engagements » : L. Cadiet, « Le principe de loyauté devant le juge civil et le juge commercial », in *La loyauté de la preuve en matière civile, commerciale, pénale et administrative*, colloque organisé par le tribunal de grande instance, le 15 octobre 2015, Procédures, n° 12, déc. 2015, dossier 10 ; M.-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2003.

¹ V. N. Cayrol, « La notion de délibération », in *La délibération*, colloque organisé par l'Université de Tours, Procédures, n° 3, Mars 2011, dossier 6.

² P. Drai, « Le délibéré et l'imagination du juge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, in Mél. R. Perrot, 1996, Dalloz, p. 197.

³ V. A. Bolze, « Le délibéré ou les mystères de la fabrication du droit », *Gaz. Pal.* 18 févr. 2003, p. 4.

⁴ V. J.-F. Burgelin, « Le juge et son secret », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Secrets professionnels*, 1999, Autrement, p. 190 ; « Les petits et grands secrets du délibéré », *D.* 2001. Chron. 2755 ; Y. Laurin, « Le secret du

mystère a une conséquence concrète : la durée du délibéré est toujours une « énigme »¹. Les parties se heurtent à une incertitude due à la place du libre arbitre du juge puisqu'elles ne savent « plus très bien quand le procès sera dénoué »². N'imposer aucun délai est une façon de lui indiquer qu'il a le temps de la prudence, c'est-à-dire le temps de mettre en balance des éléments du litige afin de murir son jugement. Il doit faire preuve de mesure pour délivrer une décision réfléchie et efficace.

403. Méconnaissance du temps de la délibération. Parce que le temps de la délibération est un temps nécessaire, le libre arbitre du juge se mue en arbitraire lorsqu'il conduit à passer injustement outre cette étape ou à en réduire excessivement la durée. En principe, « un juge ne porte pas de jugement hâtif, il examine tous les éléments de l'affaire avec la plus grande attention, car un jugement trop prompt est souvent dépourvu de justice »³. C'est cette exigence que le juge méconnaît lorsqu'il se sert de sa marge de liberté pour précipiter sa décision. Dans ce cas, il ne consacre pas suffisamment de temps pour mûrir son jugement. Il détourne son libre arbitre et prive les plaideurs d'une décision dont les tenants et les aboutissants auront été mis en balance. Au stade de la délibération, l'excès d'empressement traduit une décision impulsive, irréfléchie ou insuffisamment réfléchie : « une délibération bâclée conduit à une décision téméraire, aventureuse, dont les dangers n'ont pas été pesés »⁴.

Les exemples de cet arbitraire ne sont pas nombreux, ce qui s'explique en grande partie par le secret qui entoure le processus de délibération. Il y a sans doute des juges qui délibèrent à la hâte mais qui arrivent à l'occulter par une motivation maligne. Ne remontent que les cas caricaturaux où le juge néglige, au vu et au su de tous, cette étape. L'excès de précipitation du juge est présent dans une décision du Conseil supérieur de la magistrature relative à un juge des référés à qui il était reproché d'avoir présidé des audiences de manière lapidaire et désinvolte⁵. Ce juge avait développé la pratique originale conduisant, pour ce qu'il décrivait comme un souci de rapidité, à ne jamais consulter les pièces du dossier produites par les

délibéré », D. 2007. Chron. 856. Sur ce secret, V. J. Bourdoiseau, « Le secret de la délibération », in *La délibération*, colloque organisé par l'Université de Tours, Procédures, n° 3, Mars 2011, dossier 6.

¹ G. Canivet, « Comprendre le délibéré ? ou "Le Mystère de la chambre du Conseil" », in M. S. Guinchard, Dalloz, 2010, spéc. p. 210.

² *Ibid.*

³ J. Carpentier, *L'émergence des droits de l'homme en Europe : anthologie de textes*, éditions du Conseil de l'Europe, 2001, p. 40.

⁴ G. Canivet, « Comprendre le délibéré ? ou "Le Mystère de la chambre du Conseil" », in M. S. Guinchard, Dalloz, 2010, spéc. p. 210.

⁵ CSM, 17 févr. 2012, S202. C'est le même juge qui déléguait trop volontiers son travail à ses assistantes de justice. V. *supra* n° 340.

parties et à rendre - malgré tout - sa décision. Il prononçait une justice expéditive marquée par un manque d'écoute évident et un certain mépris à l'égard des parties et de leurs conseils. À l'issue d'une audience portant sur la résidence principale de deux enfants de six et sept ans, il avait déclaré péremptoirement avant tout débat que le jeune âge des enfants rendait évident qu'ils restent chez leur mère alors même qu'une garde alternée avait été organisée par les parents. Mais après avoir entendu la mère annoncer à l'audience au père qu'elle entendait déménager, le juge avait changé d'avis et, sans même procéder à un examen des pièces, s'était fondé sur l'attitude discourtoise de cette dernière pour décider que la résidence des enfants devait être fixée chez le père, le tout en intimant, à l'avocate de la mère, l'ordre de se taire¹. Au cours d'une autre audience, ce juge avait coupé la parole de l'avocate d'un demandeur en affirmant haut et fort : « On a compris la situation, Monsieur a trompé Madame, donc j'accorde à Madame tout ce qu'elle demande ». Ce juge a finalement été sanctionné. Son attitude était une manifestation de l'arbitraire. Il n'a jamais accordé à l'affaire en cause le temps de réflexion qu'il appelait. Il a négligé l'étape de la délibération en prenant des décisions bâclées, parfois sous le coup de la colère. Il a détourné la marge de liberté dont il dispose pour gérer le temps de la réflexion, plaçant les plaideurs dans une situation inacceptable. Il les a privés du bénéfice d'une décision réfléchie, ce qui était d'autant plus grave que le litige portait sur la résidence de deux jeunes enfants.

Un autre excès de précipitation peut consister à se passer totalement de la phase de délibéré. Lorsque le délibéré est obligatoire, il est extrêmement rare que le juge s'en dispense. Il est notamment improbable qu'une cour d'assises supprime le temps de délibération sur une affaire qui a été débattue devant elle. Il y a toutefois un domaine dans lequel il est possible de trouver des exemples de cet excès de précipitation. C'est le domaine de l'arbitrage. Le contentieux de l'arbitrage se révèle très intéressant sur la question de l'arbitraire lié à un excès de précipitation du juge. L'arbitre a l'obligation de délibérer qu'il s'agisse d'une juridiction avec un arbitre unique ou composée d'une pluralité d'arbitres. Le tribunal arbitral délibère de façon effective sur le litige qu'il a pour mission de trancher. « L'obligation du tribunal arbitral de délibérer signifie simplement que le délibéré doit être réel et non artificiel »². Cette obligation implique que chaque arbitre ait pris le temps de réfléchir à la solution en pesant l'ensemble des faits et arguments invoqués par les parties et qu'un échange de points de vue

¹ Il avait reconnu au cours de l'enquête administrative qu'il avait peut-être pris sa décision dans un moment de courroux, ajoutant qu'il estimait avoir pris une bonne décision bien qu'il avait pu être « un peu vif ».

² A. Fontmichel, D. Martin et A. Meyniel, « Vue d'ensemble du régime juridique du délibéré arbitral en droit français de l'arbitrage », Cahiers de l'arbitrage, 2014, n° 2.

ait lieu entre les différents membres du tribunal arbitral lorsque celui-ci est collégial. « Autrement dit, il s'agit là de s'assurer qu'il y a bien eu un délibéré effectif »¹. « Il ne saurait y avoir de sentence sans délibérés préalables (...) »². Ce serait même une garantie « de la nature juridictionnelle de la décision à laquelle on parvient »³. Les parties sont donc en droit d'attendre que le tribunal arbitral respecte cette exigence. Le problème est qu'il arrive que l'arbitre décide de passer outre cette étape pourtant imposée. Il s'agit d'une manifestation de l'arbitraire qui introduit un doute sur le caractère réellement réfléchi de la décision censée mettre un terme au conflit. Il est arbitraire qu'un arbitre se précipite en rendant une décision qu'il n'a pas fait précéder d'un temps de réflexion, aussi bref soit-il⁴. Il se montre trop prompt à rendre sa décision. Les parties attendaient de lui qu'il agisse avec patience mais par son empressement, il les a exposées à une décision trop brusque, insuffisamment débattue entre les membres de la juridiction.

404. La précipitation n'est pas la seule forme que peut prendre l'arbitraire du juge tenant à un comportement imprudent. Le juge détourne son libre arbitre lorsqu'il exprime une forme d'arrogance ou de suffisance qui tranche avec la sagesse et la retenue qui sont attendues de lui. L'autoritarisme est une manifestation de l'arbitraire du juge lorsqu'il prend appui sur la marge d'appréciation qui lui est garantie pour mener à bien sa mission.

¹ *Ibid.*

² T. Clay, *L'arbitre*, préf. P. Fouchard, Dalloz, 2001, p. 626. V. aussi : C. Reymond, « Le président du tribunal arbitral », in Mél. P. Bellet, Litec 1991, p. 477 ; U. Draetta, « Les dynamiques du délibéré dans l'arbitrage : quelques réflexions personnelles », *RADI/IBLJ*, n° 3 (2011), p. 219 qui parle du délibéré comme d'un « moment crucial de tout arbitrage ».

³ D. Hascher, « Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international », *RCADI* (1999), vol. 279, p. 155.

⁴ V. précisant que l'exigence du délibéré représente une règle fondamentale de la procédure arbitrale qui garantit la nature juridictionnelle de la décision à laquelle parvient le tribunal arbitral : CA Paris, 27 novembre 2008, *Sté GFI Informatique c/ Sté Engineering Ingegneria*, RG : 07/11672. La Cour précise dans cet arrêt que la collégialité de l'arbitrage nécessite que chaque arbitre débattre de la décision avec tous les autres. Or, dans ce cas, l'un des arbitres avait refusé de délibérer.

§2. L'autoritarisme du juge

405. La mesure et l'autoritarisme sont antinomiques. La mesure est une vertu qui consiste à faire preuve de pondération. L'autoritarisme est un excès, plus particulièrement un excès d'autorité, qui consiste à dépasser le degré convenable des choses, à grossir indûment l'intensité de ses prérogatives. Or, cet excès s'accommode mal avec la tempérance que requiert l'office du juge compte tenu de la gravité de sa mission. Le juge intervient sur les ruines d'une paix sociale qu'il doit reconstruire. Il doit restaurer cette paix momentanément perdue. Il ne peut le faire qu'avec tact et finesse car la paix ne se construit pas dans la brutalité. Ainsi appréhendé, l'autoritarisme du juge est une dérive et lorsqu'il provient de l'exercice d'une marge de liberté qui lui est laissée dans tel ou tel aspect de son office, il devient une manifestation de son arbitraire. Pour autant, il faut veiller à ne pas alimenter les confusions en voyant de l'arbitraire partout où le juge se montre excessif. Il est des excès qui, bien qu'exprimant l'autoritarisme du juge, ne constituent pas une manifestation de son arbitraire (A). L'exclusion de ce type de comportements autoritaires permettra de mieux cerner ceux qui relèvent vraiment de l'arbitraire du juge (B).

A. L'autoritarisme étranger à l'arbitraire du juge

406. Excès de pouvoir. L'autoritarisme du juge n'exprime pas toujours son arbitraire. Il y a, sur ce point, des assimilations fâcheuses entre des comportements qui témoignent d'un excès d'autorité du juge – qui restent bien entendu inadmissibles – et le problème de l'arbitraire. L'excès de pouvoir¹ du juge est une expression patente de l'autoritarisme du juge conçu comme un prolongement injustifié de ses attributions. C'est en cela un comportement dangereux, « un acte vicieux »² qui consiste en l'exercice d'un « pouvoir usurpé »³ ou d'un

¹ V. M. Waline, *La notion judiciaire de l'excès de pouvoir*, Th. Paris, Dalloz, 1926 ; F. Kernaleguen, « L'excès de pouvoir du juge », *Justices*, 1996, p. 151 ; N. Fricero, « L'excès de pouvoir en procédure civile », *RGDP*, 1998, p. 17 ; D. Foussard, « Le recours pour excès de pouvoir, de quelques remarques théoriques et pratiques », in L. Cadiet et D. Loriferne (dir.), *La réforme de la procédure d'appel*, éd. IRJS, 2011, p. 101 ; Ch. Charruault, « L'excès de pouvoir du juge civil », in Mél. Ph. Simler, Dalloz-LexisNexis, 2006, p. 857 ; J.-M. Sommer, « L'excès de pouvoir du juge dans la jurisprudence de la Cour de cassation, 1990-2010. Étude empirique », in L. Cadiet et D. Loriferne, *La réforme de la procédure d'appel*, *op. cit.*, p. 114.

V. aussi : P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficultés*, LGDJ, 2002, n° 491 et s. et F. Dupuis, *L'excès de pouvoir en procédure pénale*, 2013, Université Toulouse 1 Capitole.

² D. Foussard, « Le recours pour excès de pouvoir devant le juge judiciaire : première approche », in L. Cadiet et D. Loriferne (dir.), *La réforme de la procédure d'appel*, *op. cit.*, p. 104.

³ Ch. Charruault, « L'excès de pouvoir du juge civil », *op. cit.*, p. 859.

« pouvoir détourné »¹. Cette exagération du « pouvoir » juridictionnel est envisagée comme la manifestation d'un comportement « arbitraire »² mais cette assimilation n'est pas exacte. Lorsque le juge outrepassé son pouvoir³, il ne détourne pas son libre arbitre. Il sort, volontairement ou par négligence, de ses attributions⁴. Ce n'est pas un problème d'arbitraire mais un problème plus spécifique. Le juge qui excède ses pouvoirs se rend coupable d'une violation de la règle qui définit ses pouvoirs juridictionnels⁵. En somme, c'est le problème de la méconnaissance, par le juge, des limites de sa saisine⁶. Ce type d'autoritarisme appelle à l'évidence une réponse vigoureuse, notamment pour corriger la situation et ne pas contraindre un plaideur à supporter les conséquences d'une décision prise par un juge qui décide d'exercer des prérogatives que le droit ne lui a jamais reconnues. Les plaideurs peuvent user d'une voie de recours particulière, appelée de façon générique le recours-nullité, lequel constitue un moyen de restaurer « la légitimité judiciaire qu'une décision hasardeuse avait entachée »⁷. Mais cet excès de pouvoir ne peut se confondre avec le problème de l'arbitraire. L'autoritarisme n'est une manifestation de cet arbitraire que lorsqu'il provient d'un détournement de la marge de manœuvre laissée au juge.

B. L'autoritarisme manifestant l'arbitraire du juge

407. Autorité exagérée. L'autoritarisme manifestant l'arbitraire prend racine dans une sphère de liberté qui lui est laissée dans les différents aspects de son travail d'élaboration du jugement. C'est lorsque le juge use de son libre arbitre pour frapper trop fort, c'est-à-dire, pour le dire de façon moins prosaïque, lorsqu'il en profite pour aller au-delà de la mesure

¹ *Ibid.*, p. 863.

² E. Jeuland, *Droit processuel général*, Montchrestien, 3^e éd., 2014, n° 395, p. 377. L'auteur évoque l'excès de pouvoir et la responsabilité du juge dans une partie de l'ouvrage consacrée à « la lutte contre l'arbitraire ».

V. aussi, H. Motulsky qui écrit qu'il est « de droit naturel pour un plaideur (...) de ne point être laissé à l'arbitraire d'un pouvoir juridictionnel qui a usurpé ses pouvoirs » : H. Motulsky, *Études et notes de procédure civile, op. cit.*, p. 82.

³ Sur la distinction compétence/pouvoirs : G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile, op. cit.*, n° 34, p. 174 ; H. Motulsky, « À propos de l'arbitrage », JCP G 1954, I, 1194 et 1957, I, 1383. V. aussi : P. Théry, « Incompétence du juge de l'exécution et plénitude de juridiction de la cour d'appel : de l'intérêt de distinguer compétence et pouvoir... », obs. ss. Civ. 2^e, 8 avr. 2004 et 3 juin 2004, RTD civ. 2004, p. 544. V. pour une étude approfondie : P. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, 1981, Université Panthéon-Assas.

⁴ C'est la définition retenue par la Cour de cassation : « il y a excès de pouvoir lorsque le juge refuse de reconnaître un pouvoir que la loi lui confère aussi bien que dans les cas où il sort du cercle de ses attributions légales ». V. Civ. 2^e, 17 juin 1987, D. 1987. Somm. 359, obs. P. Julien ; Req. 15 févr. 1938, DP 1938. 126.

⁵ V. N. Fricero, « L'excès de pouvoir en procédure civile », RGDP 1998. 17, *spéc.* p. 28 pour qui le critère de l'excès de pouvoir est la violation par les juges de la loi définissant les pouvoirs juridictionnels.

⁶ V. N. Cayrol, « La saisine du juge », in Mél. G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 100 : qui définit la saisine comme « l'intelligence du litige par le juge, ou plus généralement l'intelligence du cas qui lui est soumis (...) la manière dont le droit veut que le juge comprenne le litige ». En cela, elle présente « deux faces complémentaires : au *recto*, elle est ce que le juge ne doit pas ignorer ; au *verso*, elle est ce qu'il doit ignorer ».

⁷ C. Charruault, « L'excès de pouvoir du juge civil », in Mél. Ph. Simler, 2006, Dalloz-LexisNexis, p. 866.

qu'impose l'exercice de son office juridictionnel, qu'il exagère l'exercice de son autorité et dénature le but de la marge de liberté qui lui a été accordée. Cet arbitraire s'exprime lorsque le juge se gonfle d'orgueil ou d'arrogance pour couper court aux prétentions qui lui sont soumises par les plaideurs. Il ne s'agit pas de la même manifestation de l'arbitraire que la précédente, celle qui a trait à la précipitation du juge dans l'élaboration de sa décision. L'autoritarisme concerne davantage les suites de la décision que son élaboration. Il apparaît lorsque le juge estime que sa décision est la panacée, qu'elle doit tenir en respect le plaideur en mettant fin au processus juridictionnel. En agissant ainsi, le juge oublie que sa décision, aussi argumentée soit-elle, aussi pertinente lui paraît-elle, reste d'une fragilité indéniable. Il oublie que le droit attend de lui de la mesure dans l'appréhension de l'avenir de sa solution, compte tenu des voies de recours ouvertes à son égard. Il veut vider la contestation à la date de sa décision et use de son libre arbitre pour faire taire le plaideur alors qu'il est attendu de lui plus de pondération.

408. Exécution de la décision. Cet arbitraire du juge découlant de son autoritarisme se manifeste en particulier sur le terrain de l'exécution de la décision rendue. Lorsqu'un juge de première instance rend son jugement, il ne met généralement pas un terme au processus de règlement du litige. Il arrête une situation au regard de la règle de droit applicable mais il ne vide pas totalement la contestation. Pour le dire autrement, la vie du litige se poursuit au-delà de sa décision. Le plaideur dispose de la possibilité de solliciter la réformation de la chose jugée, ce qui constitue une garantie de bonne justice. Il doit pouvoir bénéficier de voies de droit permettant « de corriger les erreurs »¹ du juge. Or, cette possibilité laisse entrevoir la potentialité d'une remise en cause de ce qui a été initialement décidé par le juge. Le cas échéant, le plaideur doit être remis dans sa situation initiale dès lors que le jugement entrepris a été infirmé. Cela signifie que lorsqu'il a procédé à l'exécution de la décision initiale, il a le droit d'obtenir la restitution de ce qu'il a donné au créancier. C'est ce qu'indique expressément l'article L. 111-10 du Code des procédures civiles d'exécution en disposant que le créancier doit rétablir le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent² si le titre est ultérieurement remis en cause. L'infirmité induit que la décision exécutée « doit être considérée comme non avenue »³, le principe étant celui de la « restitution *in integrum* »⁴.

¹ G. Ravanari, « Interrogations autour d'un droit fondamental : l'appel », in Mél. S. Guinchard, Dalloz, 2010, p. 355.

² Concrètement, le débiteur aura droit à une somme d'argent censée compenser le fait de ne pouvoir récupérer ce qu'il a donné. La compensation reste néanmoins un pis-aller ou à tout le moins un palliatif imparfait.

³ Com., 7 févr. 1962, Bull. civ. III, n° 82.

⁴ Rép. pr. civ., Dalloz, v° Pourvoi en cassation, 2015, par J. et L. Boré, n° 923.

Selon une formule classique, la restitution doit aboutir « à remettre les parties au même et semblable état où elles étaient avant la décision cassée »¹. C'est là une exigence fondamentale car sans ce retour en arrière, le recours qu'il aura exercé ne sera pas effectif². Le juge se voit confier un rôle important dans l'appréhension du risque de restitution impossible qui pèse sur le débiteur de l'exécution³. Il lui est demandé de faire preuve de mesure pour éviter cette situation. Il doit se montrer prévoyant à l'égard de sa propre décision, en gardant à l'esprit que cette dernière est susceptible d'être remise en cause.

409. Exécution provisoire. Cette attente envers le juge s'exprime à travers la gestion de l'exécution anticipée de sa décision, ce qui est plus communément appelé l'« exécution provisoire ». En principe, pour qu'une décision soit exécutoire, elle doit être passée en force de chose jugée, c'est-à-dire qu'elle ne doit plus être susceptible de faire l'objet d'un recours suspensif d'exécution. Il y a cependant des cas dans lesquels le droit permet de passer outre cette incertitude pour hâter le bénéfice de l'exécution. L'exécution provisoire traduit toujours un pari du droit, une projection vers l'avenir pourtant incertain du litige, dévoilant ce que le procès a d'une sorte de « jeu judiciaire »⁴. Cette exécution consiste à ignorer l'incertitude sur le sort d'un jugement qui n'a pas encore été soumis au juge du recours en permettant sans attendre sa mise en œuvre. Elle couve alors un danger, celui que le pari s'avère perdant. « Le risque attaché inéluctablement à toute exécution provisoire réside non point dans l'exécution elle-même, qui n'offre aucune particularité, mais dans le nécessaire anéantissement rétroactif de cette exécution en cas de modification, totale ou partielle, du jugement »⁵. Dans ce cas, la décision d'infirmer se trouve privée d'effectivité, « quand elle devrait avoir le dernier mot, et la décision provisoire provoque un effet définitif »⁶. Pour réduire ce risque, le droit confère au juge une sphère d'appréciation importante au stade de l'octroi de l'exécution provisoire. Il lui demande de faire preuve de mesure en évitant autant que possible que le danger se réalise. L'octroi de cette exécution anticipée passe par deux biais. Il peut d'abord être légal. Il existe une exécution dite « de droit » qui est attachée à la décision judiciaire par le seul effet d'une disposition légale. Dans ce cas, le libre arbitre du juge n'occupe aucune place. « Sa

¹ V. par ex. : Civ. 3^e, 5 déc. 2007, n° 07-12.459, inédit : « attendu que la restitution tendant, à la suite de la condamnation prononcée, à remettre les parties au même et semblable état où elles étaient avant la décision cassée... ».

² En ce sens : L. Boré, « Restitutions et responsabilités après anéantissement d'une décision de justice exécutoire », in Mél. S. Guinchard, Dalloz, 2010, n° 2, p. 607-608.

³ L'exécution provisoire, qui a lieu aux risques et périls du créancier, est aussi dangereuse pour ce dernier : v. A. Moreau, « L'exécution provisoire, un avantage dangereux pour le créancier poursuivant », D. 2006, p. 524.

⁴ S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, Thémis droit, PUF, 2014, n° 510.

⁵ Rép. pr. civ., Dalloz, v° Exécution provisoire, 2016, par P. Hoonakker, n° 144.

⁶ M. Thibierge, « L'exécution provisoire du jugement et l'équilibre des intérêts des parties », D. 2011. p. 610.

caractéristique essentielle est son automaticité qui prive le juge de tout pouvoir d'appréciation »¹. Le but est de priver le juge de la faculté de refuser cette exécution, de sorte que ce dernier n'exerce aucunement son libre arbitre dans l'octroi du bénéfice de cette exécution. L'exécution provisoire peut ensuite être judiciaire. C'est dans cette hypothèse que le libre arbitre du juge intervient de façon importante. L'anticipation de l'exécution n'est plus automatique, elle n'est que facultative. Elle ne bénéficiera au créancier que si le juge l'estime possible et nécessaire. Il fera alors le choix de rendre immédiatement exécutoire sa décision, alors même qu'elle n'est pas encore passée en force de chose jugée². Le juge dispose sur ce point d'une marge de liberté importante. L'article 515 du Code de procédure civile prévoit qu'hors les cas où elle est de droit, l'exécution provisoire peut être ordonnée, à la demande des parties ou d'office, « chaque fois que le juge l'estime nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire, à condition qu'elle ne soit pas interdite par la loi ». Ces trois critères laissent au juge une grande marge d'appréciation. Le premier consiste à vérifier que l'anticipation de l'exécution n'est pas interdite par la loi. Cette condition négative est apparue avec la loi n° 554 du 23 mai 1942 pour rappeler que le juge ne peut jamais substituer sa propre volonté à celle du législateur³. Le deuxième est que le juge démontre que cette exécution s'impose. Il s'agit là d'une condition purement factuelle, qui a été substituée à l'urgence par le décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973. La nécessité de l'exécution s'apprécie par rapport aux intérêts du créancier bénéficiaire de l'exécution provisoire. C'est un critère très large abandonné au pouvoir discrétionnaire du juge⁴. Enfin, le troisième critère tient à la nécessité pour le juge de vérifier qu'elle est bien compatible avec l'état de l'affaire. Il s'agit d'une condition positive qui permet généralement d'exclure l'exécution provisoire lorsqu'elle paraît excessivement dangereuse. Est incompatible avec la nature de l'affaire l'exécution provisoire susceptible d'engendrer un dommage irréversible ou une solution irréversible⁵. Le juge doit se demander si l'exécution provisoire peut conduire à mettre le débiteur dans l'impossibilité d'obtenir ses restitutions au cas où la décision viendrait à être infirmée par l'effet d'une voie de recours.

¹ *Ibid.*, n° 13.

² Ce qui explique que la notion « exécutoire » ne se recoupe pas tout à fait avec la formule « force de chose jugée » : V. sur ce point, N. Cayrol, *Droit de l'exécution*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. « Précis Domat », 2016, n° 86 et s., p. 58 et s.

³ P. Hébraud, « Commentaire de la loi du 23 mai 1942 (sur l'exécution provisoire des jugements) », D. 1942, p. 61.

⁴ Civ. 3^e, 8 avr. 1999, n° 97-14.152, Bull. civ. III, n° 90 ; JCP G 1999, IV, 2036 ; Gaz. Pal. 1999. 1. pan. 169.

⁵ En ce sens : Loyer-Laher, « L'exécution provisoire. Analyse de la jurisprudence des cours d'appel d'Angers et de Rennes », Gaz. Pal. 1982. 1. Doctr. 151, spéc. p. 152,

410. Octroi de l'exécution provisoire. Si le Code de procédure civile sollicite ainsi le libre arbitre du juge, c'est pour permettre une adaptation de l'exécution provisoire au besoin de chaque cause. Mais le droit attend aussi du juge qu'il se montre très prudent lorsqu'il aborde l'exécution provisoire. Il doit se projeter au-delà de sa décision pour apprécier les dangers que pourraient comporter une exécution provisoire. Cette marge de liberté dont dispose le juge dans l'octroi de l'exécution provisoire dégénère en arbitraire lorsque ce dernier se dispense de cette projection nécessaire sur l'avenir de sa décision. Il va ordonner l'exécution de sa décision sans prendre suffisamment soin de peser les dangers que cette anticipation fait courir au débiteur, comme s'il voulait mettre un terme définitif au processus judiciaire en coupant court au procès. Un juge qui agit de la sorte se dispense de la mesure qui est attendue de lui à travers les critères institués par le Code de procédure civile pour apprécier l'opportunité d'une exécution provisoire. Il croit que le processus doit s'arrêter à ce qu'il estime être la solution du litige alors qu'il devrait faire preuve de plus de mesure. Son autoritarisme est une dérive du libre arbitre. C'est une dérive grave qui peut conduire à priver le débiteur des restitutions auxquelles il pouvait légitimement prétendre en cas d'infirmité ultérieure de la décision. C'est le cas lorsque l'exécution conduit à la destruction d'un bien¹, à mettre un terme à une activité² ou à exiger la communication d'une information confidentielle³. Dans ces hypothèses, dès lors que l'exécution a lieu, il sera impossible de procéder aux restitutions, ce qui peut se révéler particulièrement injuste pour le débiteur qui aura pourtant obtenu gain de cause devant le juge du recours. Il aura exécuté une décision de justice qu'un juge du recours a remis en cause sans qu'il ne puisse obtenir la restitution de ce qu'il a donné.

411. Aménagement de l'exécution provisoire. Cette manifestation de l'arbitraire du juge lié à son autoritarisme se retrouve également lorsque le juge se dispense d'utiliser les instruments d'aménagement de l'exécution que lui offre le droit pour préserver l'équilibre des intérêts en cause. Par exemple, aux termes de l'article 517 du Code de procédure civile, le juge peut décider de la constitution d'une garantie réelle ou personnelle, « suffisante pour répondre de toutes restitutions ou réparations ». Le but est de lui permettre de sécuriser l'exécution provisoire en prévoyant une garantie destinée à assurer au débiteur, en cas d'infirmité ou de rétractation de la décision, l'anéantissement rétroactif de l'exécution poursuivie aux risques et périls du créancier. Au juge de déterminer l'étendue de cette garantie pour atteindre cet

¹ Paris, 20 mai 1985, Bull. ch. avoués 1985. 3. 93.

² Paris, 19 mai 1982, Gaz. Pal. 1982. 2. Somm. 246.

³ Paris, 21 avr. 2005, JCP G 2005, II, 10141, note Schmitt.

objectif. Sur ce point, la marge d'appréciation du juge est très grande. Il fixe librement les modalités de la garantie qu'il prescrit en précisant, par exemple, le délai dans lequel elle devra être constituée ou les conditions dans lesquelles elle pourra être levée. Lorsqu'il fait usage de la faculté que lui donne l'article 517 du Code de procédure civile son jugement ne deviendra exécutoire que lorsque la garantie sera fournie¹ et, à défaut, l'exécution forcée restera interdite².

C'est la même idée que souligne le recours au mécanisme de la consignation. Selon l'article 521 du Code de procédure civile, le juge peut contraindre la partie condamnée au paiement d'une somme d'argent³ à verser une consignation. Le but n'est pas ici de conditionner l'exécution provisoire dont bénéficie le créancier, mais de permettre au débiteur d'éviter qu'elle soit poursuivie à son encontre. Toutefois, la consignation n'est pas seulement un mécanisme permettant de dispenser le débiteur de l'exécution ordonnée. Elle peut aussi être envisagée comme un moyen d'éviter le risque des restitutions impossibles : en le libérant de l'exécution provisoire moyennant le versement d'une somme d'argent, le juge évite que le risque d'une restitution impossible en cas d'infirmité. Cela permet de trouver un équilibre entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur.

Lorsque le juge prend soin d'aménager l'exécution provisoire de la décision qu'il a rendue, il ne fait pas seulement preuve de prudence. Il exprime une forme de modestie salutaire car il prend en compte la fragilité de sa décision en admettant qu'elle puisse être remise en cause ultérieurement. Autrement dit, il accepte qu'elle puisse contenir des erreurs et qu'un juge du recours puisse les corriger. À l'inverse, lorsqu'il passe trop volontiers outre cette possibilité de sécuriser l'octroi de l'exécution provisoire, il détourne cette marge de liberté lorsqu'il fait fi de cette fragilité naturelle, c'est-à-dire lorsqu'il s'entête à ordonner une exécution provisoire dont il sait qu'elle risque d'entraîner des effets définitifs pour le débiteur. Le juge agit alors par orgueil en considérant que sa décision ne sera jamais remise en cause. Son autoritarisme aura conduit à empêcher tout retour en arrière en cas d'infirmité de la chose jugée. À l'examen de la jurisprudence, il semble que les décisions dans lesquelles les juges utilisent cette possibilité sont rares⁴. Le plus souvent, il s'agit de décisions qui prescrivent un

¹ Civ. 2^e, 19 mai 1999, n° 96-22.280, Bull. civ. II, n° 95.

² Civ. 2^e, 31 janv. 1985, n° 83-13.888, Bull. civ. II, n° 27.

³ « (...) Autres que des aliments, des rentes indemnitaires ou des provisions » : C. pr. civ., art. 521.

⁴ V. en ce sens : P. Hoonakker, *préc.*, n°s 187 s.

cautionnement bancaire¹. Lorsque le juge ignore sciemment cette possibilité alors qu'il aurait dû en faire usage, il fait la démonstration de son excès d'autorité dans l'octroi de l'exécution provisoire.

Sur ce point, les exemples jurisprudentiels sont rares, ce qui montre que le mécanisme n'est pas utilisé à sa juste valeur, c'est-à-dire comme un instrument de mesure destiné à éviter le risque de restitution impossible. C'est, peut-être, la preuve du défaut de précaution dans l'aménagement de l'exécution provisoire. Il y a cependant quelques exemples caricaturaux qui démontrent l'autoritarisme du juge dans l'utilisation de ces instruments d'aménagement. Il y a une illustration particulièrement parlante de cette dérive du libre arbitre qui consiste à en faire trop pour forcer le débiteur à la discipline. C'était une affaire dans laquelle le juge avait ordonné la consignation d'une somme d'argent pour arrêter l'exécution provisoire alors que la partie concernée n'avait jamais été condamnée à un quelconque paiement².

412. Le défaut de mesure du juge, son autoritarisme, n'est pas la seule dérive du libre arbitre qui peut entrer dans la catégorie de l'arbitraire simple. Il est une autre manifestation de l'arbitraire du juge, celle qui tient au défaut de cohérence du juge dans les solutions qu'il délivre au jugement.

¹ V. par ex. Grenoble, 31 mai 1988, JCP G 1989, II, 21272.

² Civ. 2^e, 6 oct. 1982, n° 81-12.855, Bull. civ. II, n° 118 ; D. 1983. IR 12 ; Gaz. Pal. 1983. 1. Pan. 45, obs. Guinchard.

Section 2 : Le défaut de cohérence

413. Nocivité des surprises. La cohérence repose sur une idée d'harmonie d'un ensemble au sein duquel chaque élément est uni aux autres par un rapport logique. Elle induit l'idée d'une absence de contradiction dans l'enchaînement des parties de ce tout. Le terme est issu du latin *cohaerentia* qui signifie « connexion » ou « cohésion ». Elle s'oppose en cela à l'incohérence, c'est-à-dire au fait que différents éléments d'un ensemble ne présentent aucune continuité. L'incohérence est un désordre qui dénote un manque de coordination, un manque de suite dans la façon dont s'enchaînent ces éléments. Ainsi conçu, le défaut de cohérence se rattache à l'idée de surprise au sens péjoratif du terme. S'il peut être assimilé, dans le langage courant, à un événement positif provoquant une émotion positive et inattendue, le terme a aussi un sens plus péjoratif. L'inattendu n'est pas toujours appréciable¹. Il n'y a pas que des bonnes surprises ; il y en a aussi des mauvaises, généralement celles qui prennent au dépourvu lorsqu'on attendait au contraire des certitudes. « Quelle surprise ! » dit-on parfois en recevant, à l'heure du dîner, une visite inopinée dont on se serait volontiers passé. « Mauvaise surprise... », Dit-on encore en apprenant qu'une personne que l'on croyait fiable se révèle finalement peu digne de confiance. La surprise consiste alors à « abuser, tromper par des manœuvres soudaines, insidieuses »². C'est d'ailleurs pour cela que le mot est très présent dans le langage guerrier³. Cette appréhension négative s'applique parfaitement à l'office du juge. Dans l'exercice de sa fonction de juger, le juge peut être à l'origine de surprises agréables lorsque l'audace dont il fait preuve traduit son art de juger. Mais, il peut aussi être la source de surprises plus fâcheuses. Il lui arrive d'utiliser la marge de liberté dont il dispose pour créer un étonnement négatif, une stupeur malséante des plaideurs qui vont se retrouver pris au piège de son libre arbitre. C'est le cas lorsque pour des litiges similaires, le juge adopte des positions incohérentes, oscillant entre une solution et son contraire⁴. Or, il n'est

¹ L'ancien français exprimait bien cette dualité de sens du mot surprise. Il distinguait plusieurs significations du verbe surprendre. Il visait *sorprendre* qui signifiait « prendre le dessus, conquérir » et *sousprendre* qui signifiait « prendre par dessous, « tromper ». V. CNRTL, Lexicographie, v° Sousprendre.

² CNRTL, Lexicographie, v° Surprise.

³ Dans le domaine de la guerre, le terme signifie « s'emparer de quelqu'un/quelque chose, le mettre hors de combat par une action soudaine, une attaque imprévue » : CNRTL, Lexicographie, v° Surprise, A1b.

⁴ V. sur ce point, les explications de Paul Roubier sur le droit anglo-saxon qu'il décrit comme un « droit judiciaire ». Il donne les justifications de l'autorité du précédent en matière jurisprudentielle. P. Roubier, *Théorie générale du droit*, (1951), préf. D. Deroussin, Dalloz, 2^e éd., 2005, n° 9, p. 84 : « Et lorsqu'on recherche chez les jurisconsultes anglais quelle est la raison d'être de cette doctrine originale, on s'aperçoit qu'elle repose pour eux sur d'impérieuses nécessités de sécurité juridique : il s'agit de permettre aux particuliers de former des prévisions sur ce qui sera jugé à l'avenir dans d'autres cas de même sorte ; grâce à la règle de l'autorité du

pas acceptable que ce dernier choisisse de « faire usage de deux poids, deux mesures »¹ alors que rien ne le justifie. La cohérence des appréciations est une exigence dans l'exercice de la fonction de juger. Elle est une composante indispensable du principe d'égalité des justiciables tel qu'il est conçu par le Conseil constitutionnel². Ce dernier considère que « le principe d'égalité devant la justice est inclus dans le principe d'égalité devant la loi proclamée par la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution »³. Il en résulte que le défaut de cohérence est une injustice pour les plaideurs qui peuvent légitimement prétendre à ce que leurs causes soient traitées de façon harmonieuse lorsqu'elles présentent de fortes similitudes.

414. Le libre arbitre dérive en arbitraire lorsqu'il conduit à méconnaître volontairement cette exigence. Il produit alors des solutions incohérentes, le juge choisissant de dire blanc pour un litige et de dire noir pour un autre, alors qu'ils sont en tous points semblables. Cela se vérifie sur les deux facettes de son activité : à l'égard de ses appréciations de fait (§1) mais aussi de son application du droit (§2).

§1. L'incohérence dans l'appréciation du fait

415. Versatilité des appréciations. Le libre arbitre du juge joue un rôle essentiel dans l'appréciation des faits litigieux, qu'il s'agisse de leur compréhension ou de leur qualification⁴. Usant de sa marge de liberté, ce dernier peut être amené à créer une surprise inopportune quant aux appréciations qu'il développe à l'égard des faits litigieux. Cette incohérence manifeste l'arbitraire du juge lorsque ce dernier utilise la marge de liberté dont il dispose pour prendre les plaideurs au dépourvu.

416. La versatilité comme arbitraire. Toutefois, une précision s'impose sur ce point. La discordance dans les appréciations factuelles n'a, en elle-même, rien d'arbitraire. Elle est

précédent, l'arbitraire se trouve éliminé et les particuliers savent que, le cas échéant, ils seront traités de la même manière ». Roubier voyait donc dans les évolutions jurisprudentielles une source d'arbitraire.

¹ P. Amssek, « Norme et Loi », ADP 1985, t. 25, pp. 90 et 91.

² Cons. const. 27 déc. 1973, n° 73-51 DC. C'est la première décision concernant le principe d'égalité devant la justice.

³ Cons. const. 23 juill. 1975, n° 75-56 DC, juge unique, Rec. Cons. const. 22; RD publ. 1975, p. 1313, obs. Favoreu et Philip ; AJDA 1976, p. 44, note Rivero ; D. 1975, p. 629, note Hamon et Levasseur ; JCP G 1975, II, 18200, note Franck.

V. sur le sujet : T. Potaszkin, « Retour sur le principe d'égalité devant la justice pénale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », D. 2012, p. 2910. J. Barthélemy et L. Boré, « Le principe constitutionnel d'égalité devant la justice depuis le 1^{er} mars 2010 », Constitutions 2011, p. 339.

⁴ V. *supra* n°s 55 et 128 s.

même nécessaire dans la mesure où le juge doit pouvoir s'adapter à chaque situation d'espèce et lui appliquer un traitement approprié. Or, il n'y a pas deux litiges strictement identiques. Il est donc indispensable qu'il puisse se libérer des appréciations qu'il a développées dans le cadre d'instances antérieures, comme il est indispensable que ce que ses collègues ont décidé dans un litige ne le lie pas pour ses propres appréciations. Sans cela, le juge serait dans l'impossibilité de rendre une justice adaptée aux besoins de chaque cas litigieux. Cependant, cette marge de liberté a une limite. Elle ne saurait l'autoriser à faire tout et n'importe quoi dans ses appréciations de fait. Il doit préserver une certaine harmonie dans ses décisions lorsque les situations factuelles sont, non pas strictement identiques car c'est impossible, mais à tout le moins semblables. Comment considérer qu'un juge puisse apprécier un fait de telle façon un jour et d'une façon différente le lendemain ? Ce serait se désapprouver lui-même que d'utiliser de la sorte son libre arbitre. De même, comment deux juges pourraient-ils apprécier des faits identiques de façon discordante sans se déjuger respectivement ? L'incohérence des appréciations factuelles laisse entendre que les jugements rendus dépendent du hasard de ses humeurs des juges ou de ses états d'âme. La versatilité des appréciations constitue une forme de dérive du libre arbitre.

417. Réparation des dommages. Un domaine en particulier illustre ce que ce défaut de cohérence dans la mise en œuvre des appréciations factuelles a d'arbitraire. C'est le domaine de la responsabilité civile et en particulier la question de l'indemnisation des préjudices. Il est classique de souligner que l'évaluation des indemnités destinées à compenser les dommages donne lieu à une sorte de « loterie judiciaire »¹, ce qui traduit le fait que la subjectivité du juge occupe une place importante dans la quantification du dommage². Il est vrai qu'en matière de réparation du préjudice, le droit protège le libre arbitre du juge. Il le soumet à un principe de réparation intégrale en vertu duquel le responsable est tenu de réparer l'intégralité du préjudice causé à la victime. Le but est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation « où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »³. En d'autres termes, « les dommages et intérêts

¹ P. Jourdain et G. Viney, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 2001, n° 152, p. 279. La formule n'apparaît plus dans la troisième édition de cet ouvrage où les auteurs préfèrent parler de l'irréductible aléa que comporte l'appréciation du juge. V. P. Jourdain et G. Viney, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2010, n° 152, p. 347.

² Sur le rôle de la subjectivité du juge en la matière : D. le Prado, « Équité et effectivité du droit à la réparation », intervention à la conférence, « L'équité dans la réparation du préjudice du 5 décembre 2006 », Cycle Risques, assurances, responsabilités 2006-2007, publiée sur le site de la Cour de cassation.

³ Civ. 2^e, 28 oct. 1954, Bull. civ. II, n° 328, JCP G 1955, II, 8765, note R. Savatier, RTD civ. 1955. 324, obs. H. Mazeaud et L. Mazeaud.

alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit »¹. S'il encadre l'octroi de dommages-intérêts, le droit donne au juge une très grande marge de manœuvre dans la détermination de l'ampleur du préjudice subi. Il peut se prononcer sans même avoir à se justifier sur les méthodes d'évaluation utilisées ou sur les éléments qui lui ont servi à en déterminer le montant². Le contrôle opéré sur cette évaluation se limite au strict minimum. Les juridictions de cassation vérifient que les juges du fond se sont prononcés dans les limites des conclusions dont ils sont saisis, c'est-à-dire de l'objet du litige³. Au-delà de ça, les juges du fond sont totalement libres dans leurs appréciations, ce qui induit un risque d'incohérence. Cette grande marge d'appréciation peut conduire à des dérives lorsqu'elle consiste à raisonner de façon incohérente. La question est réputée être un terrain propice à la subjectivité la plus redoutable⁴, lequel peut décider d'allouer telle somme pour tel dommage dans un cas et une toute autre somme dans un autre alors que le dommage est identique. Pour un même préjudice, un juge pourra retenir une appréciation foncièrement différente d'un autre, laissant l'impression d'une réflexion confuse et irrationnelle qui ne s'appuie pas sur les éléments objectifs du litige mais sur son bon-plaisir.

418. Affaires identiques jugées différemment. Cet arbitraire tenant à la versatilité des appréciations de fait du juge est alimenté par une jurisprudence très permissive de la Cour de cassation sur la mise en œuvre du libre arbitre. La haute juridiction judiciaire refuse de voir une quelconque faute dans le fait de juger différemment deux affaires aux circonstances factuelles parfaitement identiques. Sa deuxième chambre civile l'a expressément affirmé dans un arrêt rendu le 17 février 2010. Dans cette affaire, il s'agissait de deux sociétés ayant la même gérante, qui exploitaient, chacune, un commerce de parfumerie, la première à Tulle et la seconde à Ussel. Ces sociétés ont été victimes d'un vol commis selon un mode opératoire identique. Leurs assureurs respectifs ont refusé de les indemniser en invoquant une même clause contenue dans les deux contrats. Par une décision irrévocable, un juge avait condamné l'un des assureurs à indemniser l'une des sociétés, en l'occurrence son assurée. Une cour d'appel avait débouté l'autre société de sa demande d'indemnisation contre son assureur. Cette dernière a recherché la responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux du

¹ Civ. 2^e, 23 janv. 2003, n° 01-00.200, Bull. civ. II, n° 20.

² En ce sens : Civ. 2^e, 18 avr. 1969, n° 67-14.072, Bull. civ. II, n° 82 ; Crim., 9 févr. 1982, n° 81-92.430, Bull. crim. n° 46 ; Civ. 2^e, 3 févr. 1993, n° 91-16.966, Bull. civ. II, n° 47 ; Ass. plén., 26 mars 1999, n° 95-20.640, Bull. civ., n° 3, JCP G 2000, I, 199, n° 12, obs. G. Viney.

³ Crim., 26 févr. 1997, n° 96-82.305, Bull. crim. n° 76 ; Crim., 1^{er} oct. 1997, n° 96-84.359, Bull. crim. n° 319.

⁴ V. P. Bailly, « Indemnisation et aléa judiciaire », D. 1992, p. 202. L'auteur parle de l'indemnisation comme d'un domaine dans lequel les juges se voient reprocher de céder à des « dérives constantes ».

service public de la justice. Il prétendait que le fait que deux affaires identiques puissent être jugées différemment constituait une faute commise par les juridictions. Après avoir été déboutée devant les juges du fond, elle a formé un pourvoi en cassation qui fut fermement rejeté. Elle a estimé que « la circonstance que deux affaires identiques puissent être, en définitive, jugées différemment n'était pas révélatrice d'une faute commise par les juridictions mais n'était que la conséquence des règles de droit et procédurales applicables »¹. La formule utilisée laisse entendre que l'hétérogénéité des appréciations découle naturellement de l'office du juge mais il y a tout lieu d'en douter. Il n'est pas acceptable que deux affaires identiques aboutissent à deux décisions opposées, alors même que rien ne le justifie. En l'occurrence, l'une des sociétés avait obtenu une indemnisation, l'autre non. C'est menacer le principe d'égalité des justiciables devant la loi que de permettre l'adoption de solutions si différentes pour une même situation.

Au-delà de ce cas particulier, l'arrêt démontre que la marge de liberté du juge crée une situation propice aux dérives. Il est attendu des juges qu'ils apprécient les faits litigieux de façon homogène car c'est cette homogénéité qui traduit la rationalité du raisonnement suivi pour parvenir au jugement. Le libre arbitre se mue en arbitraire lorsque la marge de liberté dont dispose le juge dans l'exercice de sa fonction conduit à les prendre au piège d'une appréciation désordonnée ou contradictoire sur des litiges similaires.

419. Ce n'est pas un constat réservé aux appréciations factuelles. Une même dérive du libre arbitre se manifeste lorsque le juge se montre incohérent dans son application du droit.

¹ Civ. 1^{re}, 17 févr. 2010, *SARL Pagegie Chauprade c/ Agent judiciaire du Trésor Public*, n° 09-10.319, Bull. civ. I, n° 40, H. Groutel, RCA n° 5, Mai 2010 comm. 121.

§2. L'incohérence dans l'application du droit

420. Incohérence dans l'interprétation. Si elle constitue une préoccupation ancienne¹, l'exigence de cohérence dans l'interprétation du droit a été mise en exergue dans les travaux du philosophe américain Ronald Dworkin². Pour Dworkin, le jugement est un acte d'interprétation qui, en tant que tel, doit se soumettre à un impératif de cohérence qui le contraint. Le juge doit prendre sa décision en fonction du système auquel il appartient, ce qui fait peser sur lui une double exigence. La première concerne les rapports du juge avec ses pairs. Le juge doit inscrire son jugement dans une suite d'autres jugements, de sorte qu'il doit respecter la cohérence de l'ensemble. Il doit rester fidèle à la communauté interprétative à laquelle il appartient et concevoir son interprétation par rapport à celle des autres juges susceptibles d'interpréter la même règle. La seconde exigence concerne les rapports du juge avec lui-même. Selon Dworkin, le juge est un narrateur qui met en récit une histoire, ce qui l'oblige à être cohérent dans ses propres choix, c'est-à-dire à ne pas se contredire. Pour illustrer cette idée, Dworkin utilise une métaphore, celle dite du « roman à la chaîne ». Pour lui, le droit est un roman écrit à plusieurs mains. Dans ce roman collectif, chaque juge écrit une partie de l'histoire et pour cela, il doit faire preuve d'une vertu de cohérence. Il doit comprendre les chapitres antérieurs et produire la suite du roman³. Son chapitre doit s'intégrer de façon harmonieuse à l'ensemble, qu'il s'agisse des chapitres précédents mais aussi des futurs⁴. Cette théorie de Dworkin démontre que la marge de liberté dont dispose le juge dans

¹ C'est une préoccupation majeure de toute une génération de civilistes du XXI^e siècle qui sont devenus, depuis, des grands auteurs de la littérature juridique. Tout en promouvant la marge de liberté du juge dont doit disposer le juge dans l'interprétation, ces auteurs, dont font partie Saleilles et Gény, ont constamment cherché à réduire le risque d'arbitraire qu'elle induit nécessairement. « Éviter le risque d'arbitraire va devenir le maître mot de la plupart des auteurs de l'époque. Comment conférer une plus grande liberté aux interprètes que sont les juges, liberté qu'il est absolument nécessaire de leur octroyer, tout en évitant le risque d'arbitraire ou de subjectivité ? » : C. Jamin, « Un modèle original : la construction de la pensée juridique française », BICC du 15 avril 2004 n° 596. En ligne sur le site internet de la Cour de cassation :

https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2004_1743/n_596_1781/#N_4_

² V. R. Dworkin, *L'empire du droit*, trad. E. Soubrenie, PUF, 1994, p. 251-253 et 261-262.

³ Cela démontre aussi, plus fondamentalement, que le système de la *Common Law* ne repose pas sur le subjectivisme du juge. Le juge est à l'origine de la création du droit mais il y a une continuité dans cette œuvre. Les précédents jurisprudentiels s'imposent à eux en vertu du principe du « *stare decisis* », de sorte que le système impose une contrainte au juge. V. sur ce point : E. Picard, v° *Common Law*, in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Lamy, coll. Quadrige Dicos Poche, 2003, p. 238.

⁴ Cette exigence de cohérence se retrouve aussi chez Kant qui souligne les trois dimensions de la rectitude du jugement : la pensée sans préjugé, la pensée ouverte, enfin, la pensée conséquente. Pour Kant, il faut penser par soi-même mais prendre garde à « ne pas penser tout seul ». Il faut être de ce point de vue capable de penser avec les autres pour donner aux pensées l'universalité dont elles ont besoin. V. Kant, « Analytique du sublime », in *Critique de la faculté de juger*, trad. M.-B. de Launey, éd. Gallimard, 1985, p. 1072-1074.

l'interprétation n'est pas sans borne. Qu'elle puisse permettre une vitalité nécessaire du droit¹ et une autre, qu'elle s'exerce sans limite en est une autre. Lorsqu'il interprète le droit, le juge doit se rappeler de l'importance de la cohérence de ses positionnements. Il doit comprendre qu'il est lui-aussi, quelque part, « un faiseur de système »² dont la mission « est avant tout de créer de la sécurité »³.

421. L'arbitraire du juge apparaît lorsque le juge se désintéresse de cette exigence, c'est-à-dire lorsqu'il use de sa liberté pour rendre une décision apparaissant comme une application, à un cas particulier, d'une règle de droit que les plaideurs ne pouvaient anticiper. Il n'est cependant pas acceptable que la marge de liberté dont le juge dispose dans l'interprétation du droit conduise à une situation dans laquelle les plaideurs apprennent l'état du droit au sein même de la décision qui leur sera opposée. Le juge se prononce alors en contemplation d'un droit qui n'existait pas avant le litige, sans même que les parties n'aient pu le prévoir. Le libre arbitre du juge devient un fardeau en raison du caractère inattendu du changement d'interprétation (A) et, surtout, de son application immédiate au litige (B).

A. Le caractère inattendu de l'interprétation retenue

422. Parce qu'« une société moderne, rationalisée (...) garantit aux justiciables la prévisibilité et la calculabilité de l'action du droit »⁴, les parties au litige ne doivent pas être exposées à l'incertitude des choix du juge dans l'application des règles de droit. Les parties au litige doivent donc se voir garantir « la stabilité et donc la prévisibilité des décisions de justice »⁵. Il est indispensable « qu'un chacun puisse aussi prévoir ce qu'autrui a le droit de faire ou ne pas faire pour régler ses attitudes en conséquences »⁶. Parce qu'il est l'organe de la réalisation du droit, le juge se doit d'assurer aux plaideurs cette prévisibilité au sein de sa décision car « livrer les justiciables aux sentiments ou aux pulsions du juge, ou même simplement aux

¹ V. *supra* nos 245 s.

² V. J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », D. 1951, Chron., p. 99 : « c'est que le Droit (...) a, dans la vie sociale, une fonction à remplir. Fonction de stabilité, fonction de sécurité. L'individu ne se sent protégé par le Droit que lorsqu'il peut prévoir à l'avance quelle règle régira la situation dans laquelle il envisage de se placer. C'est pourquoi, il y, des siècles durant, lutté pour faire sortir du secret des Temples de la Règle qui le condamnait sans qu'elle lui eût été révélée. C'est pourquoi il s'est détourné du règne du Juge, préférant la sécurité de la règle à un arbitraire qui, si excellentes qu'en pussent être les manifestations lorsque le juge était sage, présentait le risque minimum de tous les arbitraires : l'imprévisibilité ».

³ *Ibid.*

⁴ T. Kirat, « La qualité des décisions de justice au prisme de la science économique », in *La qualité des décisions de justice*, P. Mbongo (dir.), *Les études de la CEPEJ*, 2007, p. 84.

⁵ B. Frydman, « L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice », in P. Mbongo (dir.), *La qualité des décisions de justice*, Les études de la CEPEJ, n° 4, 2007, 21.

⁶ H. Battifol, *Philosophie du droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 10^e éd., 1997, p. 103.

aléas de ses réactions personnelles, équivaldrait à créer l'insécurité et à favoriser l'arbitraire »¹. Au fond, « la vertu sociale qui s'attache le plus nettement à l'inspiration logique du jugement est sa prévisibilité. Si le droit est rationnel, et que le juge suit le droit, le jugement sera prévisible : on ne va pas en justice comme on joue à la roulette »². La surprise du juge quant au sens retenu à l'égard de la règle préétablie se révèle préjudiciable aux plaideurs. Elle est porteuse d'insécurité là où la règle de droit doit pourtant apporter une sécurité et des certitudes³. La brutalité du changement d'interprétation donne à cette évolution un caractère arbitraire (1) car elle consiste à trahir la confiance légitime des plaideurs quant à l'état du droit applicable (2).

1. La brutalité du changement d'interprétation

423. Double aspect de l'interprétation. Le changement d'interprétation du droit impulsé par le juge crée un paradoxe : il est aussi utile que redoutable. Toute décision de justice a deux aspects, un aspect individuel et concret, et un aspect général et abstrait tenant aux présupposés sur lesquels elle s'appuie et qui vont servir aux autres plaideurs pour déterminer la position d'un juge quant à l'application d'une règle de droit. Le caractère arbitraire de la surprise ne s'exprime qu'à travers « la fonction individualisante »⁴ de la décision dans la mesure où cette modification va directement s'appliquer au procès qui lui a permis de s'exprimer. Que l'évolution de l'interprétation soit le moteur de la vie du droit⁵ et qu'elle « rayonne »⁶ sur tous les autres procès à venir, c'est une certitude. Le juge a « un devoir d'amnésie »⁷ qui peut le conduire à s'écarter des interprétations qu'il a déjà prises par le passé. Il n'en demeure pas moins que ce sont les plaideurs en cause qui devront subir les inconvénients d'une telle évolution. Leur affaire sera jugée au moyen d'une interprétation qui, par hypothèse, n'existait pas avant au seuil de l'instance. « Le litige est vidé en application d'une norme qui n'était pas partie du droit positif à l'époque de l'acte ou du fait juridique dont est issu le différend »⁸. Les

¹ J-L. Bergel, « Et ferez bonne justice... », in *Justice et qualité*, RRJ, 2002, Cahiers de méthodologie juridique, n° 17, p. 2204.

² L. Assier-Andrieu, « Le juge, la loi et le citoyen », in *La qualité des décisions de justice*, *op. cit.*, n° 4, 2007, p. 13.

³ En ce sens, v. A. Hervieu, « Observations sur l'insécurité juridique de la règle jurisprudentielle », RRJ, 1989, p. 257, spéc. n° 10.

⁴ P. Bellet, « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », RIDC 1980, p. 296.

⁵ Et même à l'office du juge. V. en ce sens : C. Malpel-Bouyjou, *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, préf. V. Larribau-Terneyre, 2014, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses.

⁶ Le terme est employé par Hébraud in « Le juge et la jurisprudence », *op. cit.*, n° 24, p. 366.

⁷ L.-X. Simonel, « Le juge et son précédent », *Gaz. Pal.*, 1999, n° 345, p. 2.

⁸ O. Salvat, *Le revirement de jurisprudence. Étude comparée de droit français et de droit anglais*, Th. Paris II, 1983, n° 81.

plaideurs en cause seront « pris pour cobaye de la recherche du droit »¹. Il faut donc opérer une distinction fondamentale en ce qui concerne les évolutions dans l'interprétation du droit. C'est une distinction entre le fond du droit et la procédure. Si un juge décide de modifier une interprétation qu'il retenait jusqu'alors, c'est qu'il considère que la nouvelle interprétation est préférable à la précédente. L'évolution est donc positive à l'égard du droit objectif qui va se trouver enrichi par une meilleure règle que celle qui existait. En revanche, sur un plan procédural, l'évolution opérée par le juge va s'appliquer aux plaideurs, ce qui est de nature à déjouer leur prévision légitime quant à l'état du droit applicable à leur cause. C'est sur ce dernier aspect que le changement d'interprétation revêt un caractère arbitraire.

424. Nocivité possible de l'évolution. L'incohérence dans l'application du droit est une manifestation de l'arbitraire lorsqu'elle est l'expression de positions désordonnées du juge, lesquelles peuvent priver les règles de droit de toute prévisibilité. Plus précisément, si cette évolution constitue un ferment « de l'arbitraire et de l'injustice »², c'est parce qu'elle prend les plaideurs au dépourvu. Ces derniers se sont légitimement fiés à la pérennité d'une interprétation jusqu'alors retenue par le juge mais ils se heurtent à une évolution imprévisible. Cette surprise porte atteinte à la vocation première du droit qui est de permettre aux sujets de droit de connaître à l'avance les règles en vertu desquelles ils doivent régler leur comportement. La prévisibilité du droit est une condition essentielle de la sécurité juridique³. Pour Georges Ripert, il en va de la liberté des sujets de droit. « La liberté ne saurait exister si on ne peut connaître à l'avance la valeur des actes et affirmer la rectitude des actions »⁴. Lorsque, en usant de sa marge de liberté dans l'interprétation du droit, le juge porte atteinte à cet impératif, il détourne sa marge de liberté dans l'application du droit. Son libre arbitre, qui

¹ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF, « Thémis droit privé », n° 147, p. 292. « Et même, écrit l'auteur, c'est le plus naïf par hypothèse qui est sacrifié, celui qui avait fait confiance à la lecture la plus superficielle du texte ».

V. aussi sur l'insécurité inhérente à ces changements : J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion 1996, coll. « Le Forum », p. 59.

² Ph. Malaurie et P. Morvan, *Droit civil. Introduction au droit*, 4^e éd., Défrenois, 2012, p. 44, n° 42.

³ La prévisibilité est « le principe cardinal » de la sécurité juridique : P. Coppens, « La sécurité juridique comme expression de la normativité », in L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainen, *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2007, p. 153.

⁴ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1955, p. 27. Pour Ripert, « l'ordre dans la société humaine n'est assuré que par l'établissement de règles qui imposent à tous une certaine conduite. Changer ces règles à chaque instant, c'est le désordre fatal, et en même temps l'arbitraire, car la liberté ne saurait exister si on ne peut connaître à l'avance la valeur des actes et affirmer la rectitude des actions. Toute règle de droit postule la permanence ». L'auteur prend ensuite soin de préciser que la permanence n'est pas l'immobilisme. Elle n'empêche pas le progrès du droit.

V. aussi, G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, p. 156 : si la règle imposée « est impossible à connaître ou à comprendre, les hommes perdent toute direction, ne savent plus ce qui est permis ou défendu, trouvent dans leur ignorance une excuse à leur inconduite, et vivent dans l'incertitude sur l'étendue de leur droit. Il n'y a plus d'ordre légal et cela par la faute même de ceux qui sont chargés de l'établir ».

le conduit à fixer le sens d'un texte, aboutit à « imposer aux justiciables l'application d'une règle qu'ils ignoraient et dont ils ne pouvaient anticiper la survenue au moment où ils agissent »¹. En ce sens, la surprise dans l'interprétation du droit, c'est la négation même de la finalité du droit qui consiste à assurer une permanence dans la régulation des comportements. Les évolutions intempestives dans l'interprétation du droit créent du désordre là où on attendait légitimement de l'ordre.

425. Caractère inattendu de l'évolution. C'est le caractère inattendu du changement qui est à craindre, c'est-à-dire lorsque rien dans la position antérieure ne laissait présager cette évolution. Le juge décide soudainement d'un changement de cap en opérant une évolution imprévisible. Les parties attendaient légitimement du juge qu'il dise blanc mais il décide finalement de dire noir. Il faut cependant veiller à ne pas réduire la question du changement d'interprétation à la seule hypothèse du changement radical de position. Le juge peut aussi changer d'interprétation en la faisant simplement évoluer. Le changement consistera à conserver l'interprétation précédente de la règle tout en en aménageant certains aspects. Il s'agira plus d'une inflexion que d'un revirement mais le problème reste le même. Dans les deux cas, le juge va décider sciemment de modifier le contenu de la règle de droit. Il va changer de position sans que les parties n'aient pu l'anticiper. Le litige sera tranché par application d'une règle dont les plaideurs n'avaient pas eu connaissance au moment des faits et dont qu'ils n'ont donc pas pu prendre en compte dans leurs prévisions².

426. Possibilité d'une surprise. Certains auteurs contestent cependant la possibilité d'une surprise des plaideurs dans le changement d'interprétation. Pour le professeur Zenati, l'idée même qu'un changement d'interprétation puisse être imprévisible n'est pas concevable. Pour l'auteur, « si une loi rétroactive peut être jugée insupportable parce qu'elle impose arbitrairement un ordre nouveau qui n'existait pas à l'état latent dans la société, ce grief ne peut être adressé à la jurisprudence qui est au contraire le reflet de l'ordre social. Autrement dit, la jurisprudence, contrairement à la loi, est toujours prévisible : il suffit de vivre avec son temps pour appréhender le sentiment du droit qui prévaut et qui ne manquera pas à terme d'être consacré par les juges »³. Le problème est que cette appréhension relève non de la prévision mais de la prédiction. Elle consiste à dire qu'un plaideur devrait organiser ses

¹ N. Molfessis (dir.), *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis au Premier président de la Cour de cassation*, Litec, 2005, p.14.

² En ce sens : C. Radé, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », D. 2005, p. 988.

³ F. Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz, 1990, p. 154.

actions dans la perspective d'une évolution potentielle de l'interprétation du juge « pour ne pas souffrir de sa survenance »¹. Raisonner de cette façon revient à nier toute sécurité dans l'appréhension des règles puisque le propre d'une interprétation, c'est justement de pouvoir toujours évoluer. Constamment soumis à une anticipation permanente, le justiciable serait condamné à ne jamais trouver, dans la règle de droit, le réconfort sécuritaire qui lui permet d'établir des prévisions et de régler son comportement en fonction. Dire que les changements d'interprétation sont toujours prévisibles, c'est nier la finalité sécurisante du droit, ce qui n'est autre que sa finalité essentielle, pour ne pas dire élémentaire. Il faut avoir une vision beaucoup plus réaliste de ces changements et accepter que tous ne sont pas prévisibles. Certains le sont, d'autres le sont moins, d'autres encore ne le sont pas du tout. Si, pour reprendre la formule du professeur Hébraud, la jurisprudence « représente le visage du droit, et plus spécialement de la loi, tel qu'il apparaît à travers une application juridictionnelle »², il y a lieu de considérer qu'un changement brusque de jurisprudence peut piéger les plaideurs. L'interprétation du juge se présente avec un certain visage mais elle tombe le masque et en révèle un autre. Le changement d'interprétation est arbitraire lorsque le juge trahit la confiance légitime du plaideur.

2. L'atteinte à la confiance légitime des plaideurs

427. Confiance légitime. La surprise dans le changement d'interprétation du droit renvoie à une notion qui se situe dans le prolongement du mécanisme de sécurité juridique : la confiance légitime. Inspiré du droit allemand, ce principe de confiance légitime est né en droit européen. Il fut reconnu comme un élément de l'ordre juridique communautaire³ et comme un des principes généraux du droit⁴. La confiance légitime est un corollaire du principe de sécurité juridique⁵. Plus précisément, c'est son corollaire subjectif. La Cour de justice de l'Union européenne l'a consacré en indiquant vouloir « sauvegarder la confiance légitime dans la stabilité »⁶ d'une situation. Elle a ensuite précisé que ce principe a pour objet de « garantir la prévisibilité des situations et des relations juridiques relevant du droit communautaire »⁷. Il fut initialement utilisé dans une perspective de protection des

¹ *Ibid.*

² P. Hébraud, « Le juge et la jurisprudence », in Mél. P. Couzinet, 1974, p. 329 et s. spéc. p. 363.

³ CJUE, 3 mai 1978, *Töpper c/ Commission*, aff. 112/77, Rec. p. 1019.

⁴ CJUE, 26 avr. 1988, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas c/ Krücken*, aff. 316/86, Rec. p. 2213.

⁵ CJUE, 15 févr. 1996, *Duff E.A.*, aff. C-63/93, Rec. I. p. 569 ; CJUE, 19 sept. 2000, *Ampafrance et Sanofi*, aff. jointes C-177/99 et C-181/99, Rec. I. 7013.

⁶ CJUE, 12 juillet 1957, aff. jointes 7/56, 3-7/57, *Algera et autres d Assembles commune de la CECA*, Rec. p. 81.

⁷ CJUE, 15 févr. 1996, *Duff E.A.*, préc.

justiciables pour limiter les possibilités de retrait des actes administratifs¹. Il interdit également aux institutions de l'Union de modifier une réglementation de manière inattendue, avec effet immédiat, sans l'assortir de mesures transitoires précises². Il empêche généralement qu'une réglementation nouvelle ne s'applique à des situations nées sous l'empire de la réglementation antérieure. Le principe de confiance légitime a trait au respect des attentes des sujets de droit. Il permet de mesurer, de façon fiable, la portée juridique des décisions qu'ils peuvent être amenés à prendre. Le but est de « concilier le progrès objectif du droit (c'est-à-dire sa mutabilité qui assurera son efficacité) avec la sécurité individuelle que sont admis à faire valoir les sujets de droit »³. Parce que la sécurité juridique est « liée non seulement à la sécurité du droit en vigueur à chaque époque particulière, mais aussi à celle de la protection du droit contre son changement »⁴, les sujets de droit doivent pouvoir guider leur conduite en se fiant à une stabilité raisonnable du droit. La confiance légitime correspond à la possibilité de nourrir des espérances sur l'état du droit à un moment donné⁵. Lorsque le juge met à mal ces prévisions légitimes, il expose les plaideurs à la face la plus sombre de son libre arbitre car il nuit à la sécurité juridique à laquelle ils pouvaient légitimement prétendre.

428. Espérance légitime. Envisagée ainsi, la notion de confiance légitime s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les caractères que la loi doit présenter pour préserver la sécurité juridique des citoyens. Cette sécurité peut se « décomposer [...] autour de trois sous-principes : la certitude, la stabilité et l'unité d'application »⁶. Ce sont ces valeurs que la Cour européenne des droits de l'homme place au cœur de la notion d'« espérance légitime »⁷, sur le fondement de laquelle les juges de Strasbourg tentent de limiter les brusques changements d'interprétation du droit. Elle tente de préserver la stabilité de la jurisprudence en interdisant d'abandonner, « sans motif valable »⁸, une interprétation jusqu'ici en vigueur, contraignant les juridictions à s'expliquer sur ces motifs, sous peine d'ouvrir un droit à réparation pour le plaideur qui a subi cette évolution. Si

¹ CJUE, 17 avr. 1997, *De Compte c/ Parlement*, aff. C-90/95 P, Rec. I. p. 1999.

² CJUE, 16 mai 1979, *Tomadini c/ Amministrazione delle finanze dello Stato*, aff. 84/78, Rec. p. 1801.

³ S. Piazzon, *La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, 2009, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, n° 190, p. 370.

⁴ G. Radbruch, « La sécurité en droit d'après la théorie anglaise », A.P.D. 1936, p. 86.

⁵ V. V. Michel, « Brèves observations sur l'application des principes de sécurité juridique et de confiance légitime », *Gaz.Pal.*, 12 février 2009, n°43, p.43.

⁶ D. Chagnollaud et G. Drago, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz 2006, p. 673.

⁷ CEDH, gde ch., 28 sept. 2004, *Kopecky c/ Slovaquie*, n° 44912/98, § 42 et 43. AJDA 2005. 541, chron. J.-F. Flauss ; D. 2005. 870, note C. Birsan et J.-F. Renucci ; RTD civ. 2006. 263 s., note J.-P. Marguenaud.

V. Sur cette question : J.-B. Walter, *L'espérance légitime*, préf. J.-P. Marguenaud, Institut universitaire Varenne, 2011.

⁸ CEDH, 14 janv. 2010, *Atanasovski c. ex-République Yougoslave de Macédoine*, 3681/03, § 36 et s.

elle n'est pas consacrée en droit français, la notion de « confiance légitime » se découvre en filigrane dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français. Ce dernier dégage, en se fondant sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, un objectif, de valeur constitutionnelle, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi¹ qui participe d'une prévisibilité attendue du droit. Pour le Conseil constitutionnel, « l'égalité devant la loi, énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et la garantie des droits énoncée par son article 16, pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables »². Ce qui est arbitraire, c'est que l'avènement d'une nouvelle interprétation conduit à trahir l'espérance légitime des plaideurs : « ceux qui ont agi en se fiant à l'interprétation précédente sont trompés »³ par ce changement brutal. Il faudra leur expliquer « que la vérité d'hier est devenue l'erreur de demain »⁴ ; que « l'ordre qui avait paru exister se révèle n'avoir jamais existé »⁵. Le juge aura ruiné leur espérance légitime en choisissant de modifier le droit applicable à leur cause.

429. Exemple du revirement *in defavorem*. Fort heureusement, les exemples de cet arbitraire ne sont pas très fréquents. C'est en matière pénale que les illustrations sont les plus intéressantes. En droit pénal, le changement brutal d'interprétation peut être attentatoire aux droits les plus élémentaires des plaideurs. C'est le revirement *in defavorem*. Ce type de changement inattendu a pour conséquence de faire entrer dans le champ d'incriminations pénales certains faits qui, au moment où ils ont été commis, en étaient totalement exclus. Le revirement d'interprétation exprime ici tout ce qu'il a de redoutable car il peut entraîner la poursuite d'un individu et sa sanction alors même qu'en l'état précédent de la jurisprudence, le juge ne considérait pas que son comportement fut constitutif de la moindre infraction.

Une affaire soumise à la Cour de cassation témoigne de l'arbitraire qui découle d'un changement soudain d'interprétation. Cette espèce mettait en cause l'interprétation de l'article 480-4 du Code de l'urbanisme, lequel prévoit en substance l'infraction de construction sans

¹ P. Dubois, « L'intelligibilité de la loi », in Mél. P. Jestaz, Dalloz, 2006, p. 135.

² Cons. const. 16 déc. 1999, n^{os} 99-421 et 99-422 DC, D. 2000. Point de vue, p. VII ; RFDC 2000. 120, obs. Ribes. ; Cons. const. 24 juill. 2003, n^o 2003-475 DC ; Cons. const. 29 juill. 2004, n^o 2004-500 DC, § 13.

³ Marty (G.) et Raynaud (P.), *Introduction générale au droit*, Sirey, 1972, n^o 119, p. 218. V. aussi : J. Simon, « Rétroactivité de la jurisprudence : sécurité juridique contre évolution du droit, vers la fin d'une hypocrisie ? », in Mél. G. Horsmans, Bruylant 2004, p. 1015 ; G. Darcy, « Le théoricien et le rêveur (réflexions sur les revirements de jurisprudence) », in Mél. M. Troper, *Economica* 2006, p. 329.

⁴ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994, p. 517.

⁵ H. Battifol, « Déclin du droit. Examen critique », APD 1963, p. 43.

permis de construire¹. Une société avait obtenu un permis de construire en vue de l'édification d'un hôtel. Peu de temps après, une association a saisi un tribunal administratif qui décida d'ordonner un sursis à exécution du permis. La société a immédiatement appel. Par la suite, un agent assermenté avait constaté la poursuite des travaux et un nouveau permis de construire fut même délivré à la société. Un tribunal administratif a cependant annulé les deux permis de construire.

Une information judiciaire fut ouverte pour les travaux accomplis après notification du jugement ordonnant le sursis à exécution du permis de construire initialement accordé et avant la délivrance du second permis de construire. Une juridiction répressive de première instance a condamné la société à une amende en la reconnaissant coupable du délit d'exécution de travaux sans permis de construire.

Saisie d'un pourvoi contestant cette condamnation, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé en estimant que la cour d'appel avait justifié sa décision « au regard des articles L. 421-1 et L. 480-4 du Code de l'urbanisme [...], le constructeur ne (pouvant) se prévaloir d'aucun permis de construire lorsque l'exécution de celui-ci a été suspendue par une décision du juge administratif ».

En se positionnant ainsi, la Cour régulatrice avait contredit la position qu'elle retenait jusqu'alors. Par un arrêt du 9 novembre 1993, la haute juridiction avait déclaré irrecevable le pourvoi formé par des parties civiles contre un arrêt de non-lieu par lequel la chambre d'accusation d'une cour d'appel avait estimé que, dans la mesure où le permis n'avait pas été annulé au moment de la continuation des travaux, « il n'y avait [...] pas eu, en l'espèce, construction sans permis ou après annulation d'un permis préalablement accordé ». Elle en avait tiré une conséquence importante. Selon elle, les faits reprochés aux inculpés « ne pouvaient être poursuivis sur le fondement de l'article L. 480-4 du Code de l'urbanisme »².

Les auteurs n'avaient pas manqué de souligner que rien ne laissait présager un tel renversement, l'un d'entre eux écrivant même que cette décision renversait la position antérieure « par une sèche affirmation que ne soutient aucun raisonnement juridique »³. Le

¹ Il portait également, mais de façon moins directe, sur l'article L. 421-1 du Code de l'urbanisme qui prévoit la nécessité de la délivrance d'un permis de construire pour effectuer certains travaux de gros œuvres.

² Crim., 9 nov. 1993, n° 93-80.025, inédit.

³ J.-H. Robert, obs. ss. Crim., 6 mai 2002, *préc.*, Dr. pénal, sept. 2002, Comm. n° 100.

requérant a été condamné pénalement pour une infraction qui n'en aurait pas été une sans un revirement que rien ne laissait présager.

Il s'en était d'ailleurs plaint devant la Cour européenne des droits de l'homme qui avait effectivement relevé le caractère inattendu de ce revirement *in malam partem*. Pour elle, l'apparition d'un revirement imprévisible de jurisprudence avait méconnu le principe de légalité criminelle et contredisait l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit que nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national en cause. La Cour européenne des droits de l'homme avait retenu que le gouvernement français n'avait pas été en mesure de produire des décisions des juridictions internes « établissant qu'avant l'arrêt rendu dans la présente affaire, il a été jugé explicitement que le fait de poursuivre des travaux malgré un sursis à exécution émis par le juge administratif à l'encontre du permis de construire constituait une infraction pénale ». C'est le caractère inattendu du changement d'interprétation qui était perçu comme constituant un abus par la Cour de Strasbourg. Il en résultait selon elle que, « faute au minimum d'une interprétation jurisprudentielle accessible et raisonnablement prévisible, les exigences de l'article 7 ne sauraient être regardées comme respectées à l'égard de l'accusé »¹. Cet exemple démontre que le changement inattendu de jurisprudence pénale peut être source d'arbitraire pour le plaideur en cause car il consiste en une modification imprévisible du droit applicable dans une matière pourtant fondée sur le principe d'interprétation stricte de la loi pénale². C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Cour de cassation a depuis consacré la règle de la non-rétroactivité des revirements *in malam partem*, laquelle règle est aujourd'hui bien établie³.

430. Le caractère inattendu du changement explique le caractère arbitraire de l'évolution dans l'interprétation mais en partie seulement. L'arbitraire provient aussi du fait que ce changement produit un effet déclaratif qui consiste à l'appliquer au litige en cause mais aussi aux rapports qui se sont noués sous l'empire de l'ancienne interprétation.

¹ CEDH, 10 oct. 2006, *Pessino c. France*, n° 40403/02, JCP G 2007, II, 10092, note D. Zerouki-Cottin ; D. 2007. 124, note D. Roets ; AJDA 2007. 1257, note E. Carpentier et J. Trémeau.

² M.-C. Sordino, « La protection de la personne en cas de modification de la législation pénale », *in Libertés et droits fondamentaux*, 10^e éd., Dalloz, 2004, p. 513, n° 673.

³ V. Ass. plen., 13 février 2009, n° 01-85.826, BICC n° 699, 1er avr. 2009, rapp. M. André et avis M. Mouton ; Construction - Urbanisme, avr. 2009. étude 4, F. Dieu ; AJDA 2009. 1164, B. Pacteau. V. P. Deumier, « Identification d'un revirement de jurisprudence : de l'évolution presque prévisible au vrai faux revirement », RTD civ. 2009, p. 493.

B. L'effet déclaratif du changement dans l'interprétation du droit

431. Lorsqu'une nouvelle interprétation des règles de droit est adoptée à l'occasion d'un litige donné, elle a vocation à s'appliquer *erga omnes*, c'est-à-dire à toutes les situations qui relèvent de cette règle, que ces situations soient postérieures ou antérieures au changement opéré. En interprétant la règle, le juge « dit un droit qui vaut pour le passé comme pour l'avenir »¹. L'arbitraire du juge que manifeste ce changement inattendu dans l'interprétation du droit provient de l'application immédiate du changement (1), laquelle induit une application rétroactive qui peut prendre les justiciables au piège d'une évolution à laquelle ils devront se conformer (2).

1. L'application immédiate du changement

432. Effet déclaratif du changement. Si le changement d'interprétation peut manifester l'arbitraire du juge, c'est parce qu'il consiste, par hypothèse, à « imposer aux justiciables l'application d'une règle qu'ils ignoraient et dont ils ne pouvaient anticiper la survenue au moment où ils agissent »². Les parties au litige à l'issue duquel se révèle le changement d'interprétation n'ont d'autre choix que de supporter ce changement. Il en est ainsi parce que l'interprétation ne fait, en théorie, que révéler le sens d'un texte qui existait déjà. Elle ne posséderait qu'un effet purement déclaratif. Par nature, « elle est, avant d'avoir été dite »³, de sorte que « les positions jurisprudentielles ne font qu'exprimer, à l'occasion d'espèces qui les révèlent, des significations contenues dans les dispositions légales. L'office du juge est d'extraire de règles générales les conséquences qu'elles doivent avoir - que, de tout temps, elles devaient avoir - dans une situation particulière ; c'est l'application du droit »⁴. Cet effet des changements d'interprétation repose sur une idée, celle selon laquelle le juge ne dispose d'aucun pouvoir créateur de droit. Dès lors, lorsqu'il change d'interprétation, il ne ferait que révéler une sorte de « pré-droit ambiant dans la société où se déroule le procès »⁵. D'où la nécessité de considérer que l'évolution s'applique « de plein droit à tout ce que les particuliers avaient pu faire sur la base et sur la foi d'une jurisprudence ancienne »⁶. L'effet déclaratif

¹ H. Battifol, obs. ss. Civ. 1^{re}, 19 mars 1973, Rev. crit. DIP, p. 79.

² Rapport Molfessis, « Les revirements de jurisprudence », Litec, 2005, p.14.

³ C. Atias, « Nul ne peut prétendre au maintien d'une jurisprudence constante, même s'il a agi avant son abandon », D. 2000, p.595.

⁴ *Ibid.*

⁵ F. Zenati, *La jurisprudence, op. cit.*, p. 154.

⁶ J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, PUF, « Thémis droit privé », 27^e éd. refondue, 2002, n° 144, p. 286.

implique donc que cette évolution s'applique directement à l'espèce tranchée par la décision porteuse de la nouvelle interprétation¹. L'évolution opérée met fin au droit positif existant et modifie celui-ci sans délai : elle concerne les procès futurs mais aussi – et surtout – « le cas particulier atteint par l'*imperium* »². La situation exprime un rapport au droit quasi schizophrénique : le juge contredit les prévisions des plaideurs, « alors que c'est le droit lui-même qui les avaient rendus parfaitement légitimes »³.

Un exemple de cette manifestation de l'arbitraire peut être relevé dans une affaire tranchée par la Cour de cassation où il était question d'une femme ayant accouché dans des conditions difficiles. Les manœuvres pratiquées par le médecin pour dégager l'enfant avaient entraîné une paralysie de ce dernier. Devenu majeur, il intenta une action en responsabilité à l'encontre du médecin et de la clinique sur un double fondement : la réalisation défectueuse de l'accouchement qui lui a causé le dommage dont il souffre et le défaut d'information sur les risques d'un accouchement par voie basse. S'appuyant sur le rapport d'expertise qui avait considéré la conduite de l'accouchement adaptée aux circonstances, les juges du fond ont considéré que les soins avaient été attentifs et conformes aux données acquises à cette époque. Quant à l'argument tenant au défaut d'information de la mère sur les risques en question, il fut lui aussi rejeté. La cour d'appel s'appuyait sur une jurisprudence de la Cour de cassation qui interprétant l'article 1382 du Code civil (art. 1240 nouv.), avait l'habitude de juger qu'un médecin n'était pas fautif lorsqu'il ne révélait pas à son patient un risque exceptionnel⁴. À l'occasion du pourvoi formé par l'enfant paralysé, elle a pourtant pris le contrepied parfait de cette position en énonçant, au visa notamment de l'article 1382 du Code civil (art. 1240 nouv.) qu'un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient par le seul fait qu'un risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement. Elle ajouta que la responsabilité consécutive à la transgression de cette obligation peut être recherchée, aussi bien par la mère que par son enfant, « alors même qu'à l'époque des faits la jurisprudence admettait qu'un médecin ne commettait pas de faute s'il ne révélait pas à son patient des risques exceptionnels » puisque « nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée ». Elle affirma dans l'arrêt que « l'interprétation jurisprudentielle d'une

¹ Selon certains auteurs, c'est même ce qui explique qu'il est impossible de parler de rétroactivité de la jurisprudence dans la mesure où il ne s'agit là que d'une manifestation de l'effet déclaratif de la décision de justice. V. sur ce point : Bonneau, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirements », D. 1995, chron. p. 24.

² M.-A. Frison-Roche, « Le Juge et son objet », in Mél. Mouly, t. 1, Litec, 1998, p. 22.

³ N. Molfessis (dir.), *Les revirements de jurisprudences*, rapport général, Litec, 2005, p. 15.

⁴ Civ. 1^{re}, 23 mai 1973, *Dame Benvenuto*, Bull. civ. I, n° 181 ; Civ. 1^{re}, 2 mai 1978, *Dame Ceaux*, Bull. civ. I, n° 165.

même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés »¹. L'effet déclaratif du revirement de jurisprudence avait conduit à condamner le médecin par le biais d'une interprétation qui n'existait pas au moment où l'acte en question a été commis. La modification de l'interprétation avait ni plus ni moins rendu fautif un comportement antérieurement licite.

433. L'effet déclaratif des changements d'interprétation s'avère redoutable en ce qu'il consiste aussi à appliquer à des situations passées une modification brusquement opérée par le juge. C'est l'application rétroactive du changement d'interprétation plus que le changement lui-même qui crée l'arbitraire.

2. L'application rétroactive du changement

434. Effet rétroactif. Que la « jurisprudence soit interprétative, déclarative ou créatrice de droit, elle est rétroactive », écrivait le professeur Mouly². Sur ce point, les explications les plus claires ont été données il y a longtemps par le professeur Rivero. Il écrit : « dans la mesure où le juge procède, en vertu de son pouvoir normatif, à une modification de la règle antérieure, la règle nouvelle va produire effet, non à partir du jugement, dont le prononcé lui confère l'existence, mais à l'égard des faits ou des actes sur lesquels il statue. Or, au moment où le fait s'est déroulé, où l'acte a été pris, la règle jurisprudentielle était, par hypothèse, fixée dans un certain sens. Ce n'est cependant pas cette règle, en vigueur à l'origine du litige, qui lui sera appliquée, mais celle que le juge lui substituera au terme de celui-ci. Il y a donc bien rétroactivité de la règle jurisprudentielle, non seulement à l'égard des données du litige à propos duquel elle a été élaborée, mais encore, dans la mesure où le juge s'en tiendra à la nouvelle règle, à l'égard de tous les litiges semblables dont il a été saisi avant la décision qui fait jurisprudence et qui seront tranchés postérieurement à celle-ci »³. L'évolution jurisprudentielle de l'interprétation produirait naturellement ses effets dans le passé, c'est-à-dire « dans toutes les affaires non encore irrévocablement jugées »⁴.

¹ Civ. 1^{re}, 9 oct. 2001, Bull. civ. I, n° 249; R., p. 421; GAJC, 12^e éd., n° 11 ; D. 2001. 3470, rapp. Sargos, note Thouvenin; JCP G 2002, II, 10045, note Cachard; CCC 2002, n° 22, note Leveneur ; Gaz. Pal. 2001. 1818, note Guigue; RJPF 2002-1/34, note Chabas ; LPA 6 déc. 2001, note Clément.

² C. Mouly, « Comment limiter la rétroactivité de principe et de revirement ? », LPA, 4 mai 1994, n° 53, p. 9.

³ J. Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », AJDA 1968, p. 15.

⁴ Rapport annuel de la Cour de cassation, *Le temps*, 2014, La documentation française, p. 334.

435. Article 2 du Code civil. Du point de vue technique, cette rétroactivité s'explique par l'absence d'inclusion de la jurisprudence dans le champ d'application de l'article 2 du Code civil qui pose le principe de la non-rétroactivité de la loi. Le juge étant prétendument privé d'un pouvoir normatif, ce que rappelle l'article 5 du Code civil, ses interprétations qui ont pour effet de modifier l'état du droit positif sur un point donné ne peuvent être comptées au rang des règles de droit. Le raisonnement peut sembler clair sur le papier mais il revêt un aspect superficiel. « La rétroactivité de principe n'est (...) pas le corollaire d'une prétendue absence de normativité de la création jurisprudentielle ; elle est le corollaire d'une normativité qui ne doit pas s'avouer et ne peut donc décider d'interrompre le cours naturel de la rétroactivité »¹. Les justifications doctrinales de cette rétroactivité n'adouciront jamais ses conséquences pratiques. Le changement d'interprétation a pour conséquence d'introduire dans l'ordonnement juridique une règle nouvelle dotée d'une rétroactivité qui s'avère particulièrement redoutable. Usant de la marge d'interprétation dont il dispose dans l'application des règles de droit écrites, le juge va bouleverser des situations passées qui se sont nouées en parfaite conformité avec le droit alors en vigueur. Le changement de jurisprudence produit les mêmes effets qu'une loi rétroactive, « la pire menace pour la sécurité et la prévisibilité du droit »². Elle remet en cause la stabilité de situations qui se sont nouées sous l'empire du droit alors en vigueur, un droit que l'évolution opérée éclipse brutalement³. L'impact de ce changement peut être « d'une violence inattendue : celui qui a agi croyait le faire conformément au droit, ou au moins dans la limite de ses incertitudes ; voilà qu'on lui oppose brutalement qu'il a méconnu une règle franche, encore qu'elle se soit révélée depuis »⁴.

Un exemple peut être relevé en droit des contrats, en ce qui concerne les clauses de non-concurrence. Pendant longtemps, la Cour de cassation a considéré que le versement d'une contrepartie n'était pas nécessaire à la validité de ces clauses. Son interprétation du droit était fermement fixée puisqu'elle exprimait sa position en reprenant toujours une même formule selon laquelle « la validité d'une clause de non-concurrence n'est pas subordonnée à l'octroi au salarié d'une compensation pécuniaire dès lors qu'aucune disposition légale, conventionnelle

¹ P. Deumier, « Évolution du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », RTD Civ. 2007, p. 76.

² C. Lemieux, « Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste », RDUS, n° 29, 1998-99, p. 237 : « la rétroactivité d'une règle de droit est certainement la pire menace pour la sécurité et la prévisibilité du droit ».

³ V. P. Voirin, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences (À propos de l'arrêt du 18 juin 1958) », JCP G 1959, I, 1467 et J. Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », AJDA 1968, p. 15.

⁴ R. Libchaber, « Retour sur une difficulté récurrente : les justifications du caractère rétroactif ou déclaratif de la jurisprudence », RTD civ. 2002, p. 176.

ou contractuelle ne le prévoit »¹. Et puis vint un jour où elle décida d'adopter une interprétation tout à fait inverse. Par trois arrêts du 10 juillet 2002, la Cour de cassation décida que la validité des clauses de non-concurrence souscrites par un salarié durant le temps de son contrat de travail, était conditionnée à l'existence d'une contrepartie financière à son bénéfice². Perçue comme un véritable « tsunami »³, cette décision opéra un spectaculaire changement d'interprétation et emporta une conséquence pour le moins fâcheuse : la nullité de toutes les clauses dénuées d'une telle contrepartie, alors même qu'elles furent souscrites en conformité avec le droit en vigueur⁴.

436. Pour le justiciable, il importe peu de savoir que la règle nouvelle issue du changement d'interprétation ne faisait, théoriquement, que relever le sens qu'a toujours eu le texte. Pour lui, la conséquence était redoutable : les clauses de non-concurrence stipulées conformément à un droit parfaitement en vigueur encourageaient la nullité au regard de l'évolution jurisprudentielle, sans qu'il n'ait pu l'anticiper. Le libre arbitre du juge dans l'interprétation avait conduit à le surprendre et à lui faire supporter les frais d'une évolution dont il n'avait jamais été question auparavant.

Conclusion du chapitre 2 :

437. Arbitraire et mal-jugé. L'étude des manifestations de l'arbitraire simple, celles qui résultent d'une carence du juge dans l'exercice de son office, souligne une différence fondamentale avec la catégorie précédente. Il ne s'agit pas, dans ce cas, d'un arbitraire qui menace la qualité même de juge mais de défaillances moins graves touchant à la façon dont il était attendu du juge qu'il remplisse sa mission. Le droit impose un idéal dans la mise en œuvre de la fonction de juger. Il voudrait que le juge fasse preuve de mesure et qu'il soit respectueux des prévisions légitimes des parties. Mais ce dernier ne répond pas tout à fait aux attentes placées en lui. Il prononce une justice rendue imparfaite par l'usage qui est fait de son libre arbitre. Parce qu'elles renvoient au mal-jugé, ces manifestations de l'arbitraire

¹ Soc., 20 oct. 1993, n° 91-40.393, Sem. soc. Lamy, 15 nov. 1993, n° 671, p. 14 ; et dans le même sens, Soc., 9 oct. 1985, D. 1986. 420, note Y. Serra.

² Soc., 10 juillet 2002, D. 2002, p. 2491, note Y. Serra ; JCP G 2002, II, 10162, note F. Petit ; Dr. soc. 2002. 949, note R. Vatinet ; Defrénois, 2002. 1. 1619, art. 37644, n° 94, obs. Libchaber.

³ Y. Serra, « *Tsunami* sur la clause de non-concurrence en droit du travail », D. 2002, p. 2491.

⁴ Pour un exemple du même type, v. la décision qui a imposé la délégation de pouvoir pour la régularisation de déclaration de créance au nom des sociétés : Com., 14 déc. 1993, Bull. civ. IV, n° 47.

alimentent une forme de fatalisme. Le mal-jugé est une réalité incontournable qui découle de la condition même du juge. C'est une conséquence du fait que celui-ci est avant tout un être humain. « Nul n'est parfait en ce bas monde, même les juges »¹. La fonction de juger n'est pas divine. Il ne faut pas trop l'idéaliser, « au risque d'être déçu : elle reste à la mesure du juge »². « Œuvre humaine, l'œuvre du juge est imparfaite par nature »³. Lorsqu'un litige est tranché, c'est toujours « un juge faillible qui statue »⁴. Il y a des juges qui sont capables d'user d'une bonne façon de leur libre arbitre et d'autres qui sont moins lucides. Mais la résignation ou le fatalisme ne doivent pas l'emporter ! Lorsque l'arbitraire se rattache à une simple carence, au mal-jugé, il souligne l'importance fondamentale des mécanismes permettant de le corriger ou, mieux encore, de le prévenir. Pour les appréhender au mieux, il faut comprendre que les manifestations de l'arbitraire simple se distinguent de celles qui tendent à remettre en cause le statut même de juge.

¹ G. Bolard et S. Guinchard, « Le juge dans la cité », JCP G 2002, doct. 136, n° 39.

² P. Deumier, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 71, p. 70.

³ J. Bourdoiseau, « Le secret de la délibération », in *La délibération*, Colloque du CRDP de l'Université de Tours, Procédures, n° 3, Mars 2011, dossier 2, p. 28.

⁴ G. Bolard et S. Guinchard, « Le juge dans la cité », JCP G 2002, I, 137, n° 13.

Conclusion du titre 1 :

438. Diversité de l'arbitraire. L'étude de l'ensemble des manifestations a permis de mettre en lumière la diversité de l'arbitraire du juge, une diversité qui empêche, comme cela est trop fréquemment le cas, de l'envisager comme un problème unique que l'on peut désigner sans autre forme de distinction. Il n'y a pas un arbitraire du juge, il y a des arbitraires. C'est déjà une avancée que de pouvoir mettre des hypothèses concrètes derrière un mot générique qui est employé pour désigner tout et n'importe quoi et qui finit par ne plus vouloir dire grand chose. « Mal nommer les choses, c'est ajouter au malheur du monde », écrivait Albert Camus. La formule s'applique parfaitement à l'arbitraire du juge. Il faut se garder d'une vision trop large qui consisterait à englober sous un même vocable des comportements qui n'entretiennent aucun rapport. Sur ce point, l'étude des décisions du Conseil de la magistrature a été d'une aide précieuse. Elle a permis de faire la part des choses entre ce qui relève réellement de l'arbitraire, c'est-à-dire d'une dérive du libre arbitre, de ce qui n'en relève pas. Certains comportements du juge qui sont généralement envisagés comme des manifestations de l'arbitraire du juge n'en sont pas mais renvoient à d'autres problèmes. C'est déjà un enseignement à part entière que d'apprendre que l'arbitraire du juge ne peut être appréhendé comme un phénomène uniforme en raison de la diversité de ses manifestations. Plus que la diversité du phénomène, la casuistique a surtout permis de souligner que les causes de l'arbitraire ne sont pas toujours les mêmes. L'arbitraire du juge a des sources multiples. Il peut provenir de la cupidité du juge, de son ignorance ou de son égoïsme. Il peut puiser sa source dans la paresse, dans un orgueil excessif ou dans une témérité qui consiste à faire fi de l'exigence de cohérence.

439. Défaut d'empathie. Pour autant, sans le négliger, il ne faut pas s'en tenir à ce premier constat car il n'est finalement que le plus immédiat. L'étude démontre qu'il y a une unité au-delà de la diversité des manifestations de l'arbitraire du juge. Les sources sont distinctes mais, à les envisager de façon plus lointaine, elles se retrouvent sur un point. Elles ont en commun un désintérêt du juge quant au sort des plaideurs qu'il doit juger. Les dérives du libre arbitre naissent lorsque le juge ne se préoccupe pas suffisamment de la condition des plaideurs, qu'il ne se préoccupe pas suffisamment de l'impact de sa décision sur la situation concrète des personnes dont il doit juger le sort. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il ne se soucie que de son profit personnel en rendant un jugement partial ou encore lorsqu'il fait preuve d'autoritarisme

en ne se souciant pas des suites de sa décision. C'est le cas, également, lorsqu'il prend les parties au piège de positions incohérentes. Autrement dit, les manifestations de l'arbitraire se retrouvent autour d'une source commune qui tient en un défaut d'empathie, entendue comme un effort de compréhension d'autrui. Il doit être ouvert aux causes qu'il juge et n'être jamais totalement étranger à aucun des plaideurs. Le juge doit cultiver la juste distance qu'impose sa position de tiers impartial au litige mais « il n'y a pas de bon juge qui ne partage avec ceux qu'il va juger une même part d'humanité »¹. L'arbitraire provient toujours d'une carence dans la mise en œuvre de cet effort de projection. Le défaut d'empathie est, sans doute, le ferment de l'arbitraire du juge, la cause qui explique tout.

440. Après avoir envisagé l'arbitraire du dedans, il reste à l'appréhender de l'extérieur ; en analysant la façon dont le droit réagit face à ces dérives du libre arbitre. L'arbitraire ne laisse pas le droit sans réaction. Il fait l'objet d'une lutte vigoureuse.

¹ A. Garapon, « Éthique du juge », in L. Cadiet, *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2204, p. 473.

Titre 2 : La lutte contre l'arbitraire

441. Contrôle du juge. C'est une constante historique : depuis que le juge a perdu sa dimension divine, le droit a toujours cherché à contenir son arbitraire. Les moyens mis en œuvre sont même nombreux. Si la plupart des mécanismes utilisés sont anciens, l'évolution du droit a consisté en un renforcement de cette volonté de maîtrise. L'idée du juge placé au-dessus des parties, rendant par un acte d'autorité sa décision à l'issue d'une instance au cours de laquelle il impose sa volonté n'a sans doute jamais été aussi décriée qu'aujourd'hui. Il n'est plus uniquement demandé au juge de rendre des décisions mettant un terme à des différends ; il lui est demandé de rendre compte de la façon dont il est parvenu à prendre sa décision. L'époque est à la quête d'une plus grande prévisibilité dans le traitement des litiges, ce qui se traduit notamment par un encadrement renforcé de l'expression du libre arbitre du juge. Ce dernier doit montrer que sa décision ne jaillit pas d'une boîte-surprise, que son jugement est « fruit de transparence »¹. L'exigence touche le juge mais aussi l'institution judiciaire dans son ensemble, une institution qui « se trouve désormais en permanence sur la scène publique, interpellée et devant rendre des comptes sur son fonctionnement »².

442. Notion de lutte. La notion de lutte dont il sera ici question appelle une observation liminaire. Le terme employé est porteur d'un sens bien précis. La lutte est un effort, plus ou moins énergique, qui est déployé pour vaincre quelque chose ou quelqu'un. Le verbe *lutter* vise l'« action de rivaliser, d'entrer en concurrence avec quelqu'un pour l'emporter sur lui »³. Lutter, c'est tenter de surmonter l'adversité. Envisagé ainsi, le terme contient une dimension active – on dit qu'on « entre » en lutte - mais aussi préventive. Une fois que le mal est fait, il n'y a plus de lutte ; le combat est fini, il y a un vainqueur et un vaincu. S'intéresser à la lutte contre l'arbitraire du juge, c'est s'intéresser aux forces de résistance mises en œuvre en amont de l'apparition de ce phénomène redoutable. Tout ce qui se passe après cette apparition renvoie à d'autres problèmes : le problème de la correction de l'arbitraire, le problème de sa sanction, celui de son indemnisation, etc. On quitte alors le domaine de la lutte pour entrer dans celui de la gestion d'un arbitraire déjà apparu, ce qui marque une forme de défaite du droit. Il n'est alors plus question de l'arbitraire en lui-même mais des moyens utilisables pour

¹ P. Draï, « Le rôle et la place du juge en France aujourd'hui », RRJ 1991-3, p. 601.

² J.-P. Jean, v° « Évaluation et qualité », in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, pp. 481 s.

³ CNRT, v° Lutte, sens 2, (en ligne).

tenter d'en effacer les conséquences ou de les atténuer. Ce constat conduit à exclure deux questions de cette étude des instruments de lutte contre l'arbitraire : les voies de recours et le mécanisme de responsabilité¹. Les premières permettent de remédier à des manifestations de l'arbitraire ; les secondes, de demander au juge d'en subir les conséquences². Mais il s'agit là de deux mécanismes qui sont, par essence, curatifs en ce qu'ils interviennent *a posteriori*, une fois que le mal est fait. Ils présentent aussi sans doute une dimension préventive car un juge peut être amené à corriger ses comportements pour éviter d'en subir les conséquences³, que ce soit une réformation de sa décision ou une mise en jeu de sa responsabilité⁴. Mais cet aspect préventif, en plus d'être parfois très théorique⁵, ne traduit pas la substance même de ces mécanismes qui, pour intervenir trop tardivement ou trop indirectement, ne peuvent être rangés dans la catégorie des instruments de lutte contre l'arbitraire. Il faut centrer l'étude sur les mécanismes préventifs qui tentent, de façon directe, d'éviter l'apparition de l'arbitraire. La lutte contre les dérives du libre arbitre se fait toujours en amont de leur apparition. Le droit envisage l'arbitraire comme un risque qu'il lui faut « conjurer »⁶.

443. Ces mécanismes ne se déploient pas de façon uniforme et cohérente. Ils peuvent être regroupés en deux grandes catégories.

¹ M.-A. Frison-Roche, « La responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée », JCP G 1999, I, 174 ; J. Joly-Hurard, « La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats », RID comp. 2006, p. 449.

² Le mot responsabilité a pour origine le terme latin *respondere* qui signifie « répondre de ». Rendre responsable le juge, c'est littéralement exiger de lui qu'il réponde de ses actes afin de porter un jugement de valeur sur ceux-ci. C'est chercher à savoir s'ils sont conformes aux règles qui régissent son office ou s'ils justifient qu'une sanction soit prise à son encontre.

Sur ce point, v. : L. Cadiet, « La sanction dans le procès civil », in Mél. J. Héron, LGDJ, 2008, p. 125, spéc. 147 s.

³ V. *supra* n° 28.

⁴ V. pour une perception de la responsabilité comme un mécanisme de « moralisation des comportements » : Rép. pr. civ., Dalloz, v° Responsabilités encourues pour fonctionnement défectueux du service public de la justice, par S. Guinchard, 2013, n°s 60 s.

⁵ C'est le cas du mécanisme de responsabilité civile du juge conçue *a minima* pour ne pas porter atteinte à son indépendance. L'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire prévoit que l'Etat « garantit les victimes des dommages causés par les fautes personnelles des juges et autres magistrats, sauf son recours contre ces derniers ». La responsabilité du juge, qui a commis une faute personnelle, ne peut être engagée que sur l'action récursoire de l'Etat. Mais le fait est qu'en pratique cette action récursoire est inefficace. Aucune action récursoire n'a jamais été mise en œuvre contre un magistrat pour qu'il réponde, à titre personnel, d'un dommage causé par sa faute à un usager du service public de la justice. « En acceptant par avance d'endosser la responsabilité de tout dysfonctionnement, l'Etat n'incite pas le magistrat à exercer au mieux sa mission juridictionnelle, pourtant si délicate » : T. Clay, « Petite chronique judiciaire : la faute du magistrat », D. 2001, p. 2420.

V. préconisant de supprimer purement et simplement l'action récursoire de l'Etat contre le juge : S. Guinchard, « La responsabilité des magistrats », Gaz. Pal. 7-8 avr. 2006. 2.

⁶ G. Bolard, « L'arbitraire du juge », in Mél. P. Drai, Dalloz, 2000, n° 2, p. 226.

444. Lutte par la procédure. La lutte passe d'abord par la procédure, c'est-à-dire par l'instauration de règles procédurales destinées à encadrer l'activité du juge. Ces règles sont présentes tout au long du processus d'élaboration du jugement et même au-delà. « Le droit du procès balise le chemin du juge vers la décision qu'attendent les plaideurs. C'est une des fonctions de la procédure »¹. Il y a dans la procédure, entendue comme l'ensemble des règles régissant le processus juridictionnel, des règles qui ne se comprennent que par leur effet sur l'arbitraire du juge.

445. Lutte par les accords de volontés. La procédure n'est pas le seul mécanisme qui peut intervenir dans la lutte contre l'arbitraire. Ce sont parfois les acteurs du procès eux-mêmes qui peuvent mettre en place les moyens de lutter contre les manifestations de l'arbitraire. Les accords de volontés sont des outils de maîtrise, un instrument de contrôle des comportements. Parce qu'ils confèrent aux parties sécurité et prévisibilité², ils peuvent être mobilisés pour maîtriser les comportements du juge. Il s'agit là encore d'imposer une procédure au juge, c'est-à-dire une façon de traiter le différend qui lui est soumis mais une procédure spéciale, propre aux parties à l'accord.

446. Ces deux instruments de lutte contre l'arbitraire ne présentent pas le même degré de généralité. La lutte procédurale a un degré de généralité plus important. Elle s'impose quels que soient les parties ou le juge. En revanche, lorsqu'elle passe par la conclusion d'un accord de volontés, la lutte contre l'arbitraire obéit à une logique propre, spécifique, en ce qu'elle dépend immédiatement des personnes qui l'ont conclu. Elle revêt par conséquent un caractère dérogatoire par rapport aux mécanismes procéduraux plus classiques. Après avoir vu le général en abordant la lutte par la procédure (Chapitre 1) il conviendra de poursuivre par le spécial en analysant la lutte par les accords de volontés (Chapitre 2).

¹ *Ibid.*

² V. H. Lecuyer, « Le contrat, acte de prévision », in Mél. F. Terré, PUF, 1999, p. 643.

Chapitre 1 : La lutte par la procédure

447. Vertus de la procédure. Si tout droit réclame des juges pour le réaliser, « toute justice veut une procédure »¹. Le terme « procédure » vient du latin *procedere* qui veut dire « avancer », « aller de l'avant ». La procédure est « une marche vers la solution du litige »². Lorsqu'il s'applique au travail du juge, le mot procédure désigne l'ensemble des règles objectives qui régissent la façon dont le litige doit être traité. En d'autres termes, la procédure vise les règles qui régissent « la réalisation concrète des droits »³. C'est cet ensemble qu'Henri Motulsky appelait « le droit processuel »⁴ ou que Vizioz nommait le « droit de la procédure »⁵. Toutes ces formules désignent plus ou moins la même chose⁶. Elles renvoient aux règles de droit qui permettent la maîtrise du processus juridictionnel de traitement du litige⁷. Mais ces règles ne sont pas disjointes. « La procédure forme un tout »⁸. Fondée sur une logique propre⁹, elle poursuit une finalité particulière : elle détermine la façon dont le processus juridictionnel doit se dérouler. « La procédure est la forme dans laquelle on doit intenter les demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les exécuter » écrivait Pothier¹⁰. Elle n'est donc autre chose « que la forme suivant laquelle les justiciables et les juges doivent agir, les uns pour obtenir, les autres pour

¹ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 3^e éd., PUF, coll. « Thémis droit privé », 1996, n° 1, p. 2.

² L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9^e éd., 2016, n° 7, p. 4.

³ C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, Précis, 33^e éd., 2016, n° 30, p. 22.

V. sur cette appréhension de la procédure : M.-A. Frison-Roche, « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », in D. d'Ambra, F. Benoît-Rohmer et C. Grewe (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Actes du colloque de Strasbourg, 31 mai-1^{er} juin 2002, Bruylant, coll. « Justice », t. 49, 2003.

⁴ H. Motulsky, *Droit processuel*, préf. J. Foyer, Montchrestien, 1973, p. 3.

V. sur l'œuvre doctrinale de Motulsky : G. Bolard, v° Motulsky (Henri), in L. Cadiet, *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, pp. 915 s.

⁵ H. Vizioz, *Études de procédure*, éd. Brière, 1956, p. 13, note 2. Vizioz a cependant reconnu que l'expression « droit processuel » était préférable car son acclimatation en France serait plus simple.

V. Sur ce point : L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, « Thémis droit », 2^e éd., 2013, n° 3, p. 5 s.

⁶ Le terme « droit du procès » est aussi utilisé pour désigner ce corps de règles.

V. not. : C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *Procédure civile*, 33^e éd., 2016, n° 1, p. 1.

⁷ V. sur le droit régissant les aspects institutionnels de la justice qui constitue une matière à part entière : L. Cadiet, « Introduction à un cours de droit institutionnel de la justice », in Mél. Giudicelli-Delage, Dalloz, 2016, p. 289.

⁸ N. Cayrol, « Jurisprudence de référence », in S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 9^e éd., 2017/2018, n° 02.01.

⁹ G. Wiederkehr, « La logique du procès. Propos introductifs », in Mél. Cohen-Jonathan, 2004, p. 1751. L'auteur écrit que les notions fondamentales de procédure (action, instance, etc.) ne sont que « les pièces d'un ensemble correspondant à un système de raisonnement ordonné en vue d'une fin. Elles remplissent leur rôle que par leur assemblage et n'ont, en réalité, d'existence qu'en fonction du tout dont elles sont les éléments ».

¹⁰ R.-J. Pothier, *Traité de la Procédure civile et criminelle*, t. 1, in *Œuvres de Pothier. 5. Œuvres posthumes*, 1787, Orléans et Paris, éd. Debure, article préliminaire.

rendre justice »¹. En régissant la procédure, le droit impose des règles à tous, aux parties au litige comme au juge. Il tente de bannir l'arbitraire « en faisant à chaque instant sentir au juge l'emprise de la loi sous les ordres de laquelle il agit, et dont il doit suivre toutes les impulsions »². Par exemple, lorsque le droit répartit la compétence, il s'efforce de diviser le travail juridictionnel afin qu'aucun juge ne soit en mesure de décider seul de quel litige il peut connaître et quels sont ceux qu'il peut ignorer. Mais il ne faut pas confondre la violation d'une règle de procédure et l'arbitraire du juge car les deux questions ne se confondent pas. Lorsque le juge méconnaît une règle de compétence, il ne se montre pas arbitraire car le droit ne lui donne aucune marge de manœuvre sur ce point. Il ne détourne pas son libre arbitre, tout simplement parce que ce libre arbitre n'a jamais été sollicité. Ce n'est donc pas un problème d'arbitraire mais, plus simplement, un problème de violation de la loi. Il faut centrer l'analyse sur les règles de procédure qui ont pour but essentiel d'encadrer l'exercice du libre arbitre du juge pour en éviter les dérives. Cela permet de distinguer ce qui relève des règles de procédure au sens large de ce qui relève des règles de procédure spécifiquement destinées à combattre l'arbitraire.

448. Principes directeurs. Ainsi appréhendée, la question de la lutte par la procédure contre l'arbitraire est plus précise. Elle n'est cependant pas moins complexe. Il y a de nombreuses règles dont la vocation est de contrer l'arbitraire. Ces règles ne présentent pas toujours le même degré de généralité. Certaines d'entre elles sont éparées et ne répondent à aucune logique d'ensemble. Ce sont des règles de procédure qui permettent ponctuellement d'éviter les dérives du libre arbitre du juge. D'autres présentent une cohérence en ce qu'elles sont regroupées dans une catégorie générale de dispositions qui imposent au juge des exigences fondamentales dans l'élaboration de sa décision. Cette catégorie suscite depuis longtemps l'attention des auteurs³. Elle constitue ce que René Morel⁴, et après lui Vizioz⁵ ou Motulsky⁶,

¹ G.-L. J. Carré et A. Chauveau, *Lois de la procédure civile et commerciale*, LGDJ Marchal et Billard, 5^e éd., 1886, vol. 1, n° 3.

² G. Carré et A. Chauveau, *Lois de la procédure civile et criminelle*, t. 1, in *Œuvres de Pothier. 5. Œuvres posthumes*, éd. Debure, n° 10.

³ V. pour la genèse de cette catégorie : E. Vergès, *Les principes directeurs du procès judiciaire. Étude d'une catégorie juridique*, Th. Aix-Marseille, 2000, n° 2, p. 10 s. ; Pour une étude de la structure des manuels qui traitent de ces principes : F. Brus, *Le principe dispositif et le procès civil*, Th. Pau, 2014, spéc. n° 18 s., p. 22 s.

⁴ R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 1^{re} éd., Sirey, 1932, p. 462 s.

⁵ H. Vizioz, *Études de procédure*, éditions Bière, Bordeaux, 1956, p. 44 s.

⁶ « Les principes directeurs du procès civil sont l'âme des écrits d'Henri Motulsky » : G. Bolard, « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », JCP G 1993, I, 3693.

La question est très présente dans l'œuvre de Motulsky. V. : H. Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense en procédure civile », in Mél. P. Roubier, Dalloz – Sirey,

appelaient « les principes directeurs du procès »¹. Certains de ces principes essentiels ont pour but de domestiquer le libre arbitre du juge afin d'éviter qu'il ne dérive en arbitraire. C'est notamment des règles qui participent des droits de la défense², lesquelles imposent au règlement du litige « un processus policé », conforme à certains principes élémentaires que Motulsky a rattachés au droit naturel³. Ils forment des « garanties processuelles »⁴ qui donnent aux plaideurs la possibilité de bénéficier d'un procès respectueux de certaines exigences fondamentales⁵ et fondent la qualité du processus juridictionnel. Elles permettent « l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant les droits des parties »⁶, ce que les anglo-saxons appellent le *fair trial* qui participe du *due process of law*⁷. Ils sont une contrainte pour le juge en ce qu'ils l'empêchent d'agir, comme bon lui semble dans la conduite du procès⁸. « Il s'agit de ne point livrer l'instruction à l'arbitraire du juge »⁹ en imposant une

Paris, 1961, t. 2, p. 175 ; « La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », JCP G 1966, I, 1996.

¹ V. aussi, sur la question des principes directeurs : G. Bolard, « Les principes directeurs du procès arbitral », *Revue de l'arbitrage*, 2004, p. 511 ; L. Cadiet, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in Mél. J. Normand, Litec, 2003, p. 71 ; J. Normand, v° Principes directeurs, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, pp. 1038 s.

E. Lestrade, *Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. F. Mélin-Soucramanien, l'Harmattan, Logiques juridiques, 2015.

Pour la matière pénale, v. : E. Dreyer et O. Mouysset, *Procédure pénale*, LGDJ, coll. « Cours », 2016, pp. 29 s., avec une première partie consacrée aux « principes directeurs du procès pénal ».

² G. Wiederkehr, « Droits de la défense et procédure civile », D. 1978. Chron. 36 ; G. Bolard, « Les juges et les droits de la défense », in Mél. P. Bellet, Paris, Litec, 1991, p. 49.

³ H. Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in Mél. P. Roubier, Dalloz, Sirey, 1961, p. 175.

⁴ Y. Capdepon, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préf. J.-C. Saint-Pau, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des Thèses, 2013, n° 26, p. 25.

⁵ Le Conseil d'État fait des droits de la défense, un principe général du droit : CE, Sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier Gravier*, Rec. p. 133, GAJA n° 58 ; Ass., 26 octobre 1945, *Aramu*, Rec. p. 213.

En particulier en matière pénale : CE, Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, Leb. p. 552, GAJA n° 88.

⁶ Le Conseil constitutionnel considère les droits de la défense comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République. En matière pénale : CC, dec. n° 76-70 DC du 2 décembre 1976, Rec. p. 39 ; et en matière administrative : CC, déc. n° 77-83 DC du 20 juillet 1977, Rec. p. 39.

V. aussi : Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, consid. 43 s., Rec. Cons. const. p. 71 ; Décis. Cons. const. 20 janv. 2005, consid. 22 ; JCP G 2005, III, 20007.

La valeur constitutionnelle des droits de la défense soulève une question sous-jacente, celle du contrôle qu'exerce le Conseil constitutionnel, notamment par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité, sur les règles de procédure qui se rattachent aux droits de la défense. V. sur ce point : E. Lestrade, *Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. F. Mélin-Soucramanien, l'Harmattan, Logiques juridiques, 2015.

⁷ Le *due process of law* est, littéralement, le bénéfice des garanties ou des protections dues par le droit. C'est une exigence de justice qui assure la mise en place d'une « procédure légale régulière prévue par la loi du pays, c'est-à-dire d'une procédure intrinsèquement juste et équitable » : E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des USA*, 2000, PUF, p. 1321.

⁸ En plus d'être « un rempart contre l'action du juge », les droits de la défense sont un « moyen d'assurer une limite infranchissable à la quête d'économie judiciaire » : S. Amrani-Mekki, « Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky ? Les droits de la défense », *Procédures*, mars 2012, n° 3, doss. 6.

⁹ H. Motulsky, *Écrits, Études et notes de procédure civile*, Dalloz, préf. G. Bolard, rééd. 2010., p. 76.

forme de « modélisation »¹ de son office qui le contraint à suivre une marche forcée dans la conduite du procès.

449. La lutte procédurale contre l'arbitraire est mise en œuvre pour satisfaire à trois grandes exigences qui répondent aux différentes dérives du libre arbitre qui ont été précédemment mis en exergue². Cela révèle une forme de symétrie entre les manifestations de l'arbitraire et les règles de procédure censées les combattre. La première tient à l'objectivité dont le juge doit faire l'objet : le but est de supprimer le risque de partialité du juge dans le traitement du différend. La deuxième tient à la cohérence : des mécanismes procéduraux sont utilisés pour éviter que le juge ne traite différemment des situations semblables et favoriser l'homogénéité des décisions de justice. La troisième tient à la précaution : certaines règles de procédure combattent l'imprudence du juge ou sa trop grande témérité dans la conception du jugement. Objectivité (Section 1), cohérence (Section 2) et précaution (Section 3) : trois vertus que la procédure impose au juge pour lutter contre les manifestations de son arbitraire.

Section 1 : L'exigence d'objectivité

450. La première exigence que la procédure tend à imposer au juge dans sa fonction juridictionnelle a trait à l'objectivité avec laquelle il doit aborder le litige. Le but est d'éviter que le libre arbitre du juge ne soit détourné pour imposer une solution partielle. Pour lutter contre l'arbitraire que traduit la partialité du juge, des mécanismes procéduraux lui imposent une transparence dans la conduite du procès (§1) alors que d'autres tendent, plus spécifiquement, à s'assurer de sa juste distance avec les plaideurs (§2).

§1. L'impératif de transparence

451. Pour lutter contre le risque de partialité, le juge est contraint d'assurer la parfaite accessibilité de son travail. Le but est d'éviter que naisse la suspicion des justiciables qui pourraient douter de sa totale objectivité. La procédure impose au juge un devoir de

¹ V. G. Maugain, « La modélisation du procès civil. Émergence d'un schéma procédural en droit interne », Th. Dijon, 2010, qui considère que le XXI^e siècle a marqué le « réveil de la procédure » comme instrument de défense des droits des justiciables.

² V. *supra* n^{os} 330 s.

transparence sur la façon dont il exerce sa fonction. Il s'agit d'une vertu indispensable qui conditionne « l'existence même de la vie démocratique »¹ : « les citoyens ont le droit d'être informés sur le fonctionnement de l'institution judiciaire qui doit pouvoir répondre à cette demande »². Pour contraindre le juge au respect de cette exigence, deux mécanismes procéduraux sont utilisés. Le premier consiste à garantir la transparence de son activité ; c'est l'exigence de publicité (A). Le second impose la transparence de son raisonnement ; c'est l'exigence de motivation (B).

A. La publicité

452. Transparence. La publicité de la justice est un outil important dans la lutte contre l'arbitraire du juge. Le terme renvoie à « l'ensemble des moyens destinés à permettre d'informer le public de l'existence, du déroulement ou de l'issue d'une procédure juridictionnelle »³. Historiquement, le principe de publicité fut affirmé au lendemain de la Révolution pour rompre avec le secret qui caractérisait les procédures judiciaires dans l'Ancien régime. Influencé par le droit canon, l'Ancien Régime admettait très largement le secret. Que ce soit en matière civile ou pénale, il connaissait des « procès appointés », c'est-à-dire des procédures secrètes destinées à cultiver une forme d'hermétisme qu'a si bien décrites Kafka dans *Le procès*⁴. En contentieux pénal, cela empêchait notamment la personne poursuivie de connaître exactement les charges qui pesaient sur elle, le but étant de la surprendre afin de mieux l'incriminer. Ce secret a été vivement critiqué par les philosophes des Lumières. Beccaria, d'abord, et Voltaire, ensuite, y voyaient une menace pour les libertés⁵. La suppression de ce secret, qui figurait dans les cahiers de doléances, a été consacrée par la loi des 16 et 24 août 1790 qui imposa la publicité des audiences et des jugements afin de soumettre les juges aux « regards du peuple ». La volonté de transparence était même poussée à l'extrême puisque la publicité fut imposée au cours du délibéré. Les juges avaient l'obligation d'« opiner à haute voix, et en public » afin que chacun puisse

¹ F. Pelletier, « Diffusion de la jurisprudence sur internet au Canada et protection des identités », LPA 2005, n° 194, p. 37.

² Rapport de la Commission sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires, dit « Rapport Linden », 22 février 2005 :

<http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/linden.htm>

³ D. d'Ambra, « Publicité », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1^{re} éd., 2004, p. 1111.

⁴ F. Kafka, *Le procès*, 1925, trad. d'A. Nesme, Le livre de poche, 2001.

Sur cette œuvre et son auteur, v. : A. Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 1997, p. 289 s. ; F. Ost, v° Kafka, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, 2004, PUF, pp. 805 s. ; L. Brunet-Colin, « La littérature au service du droit : l'exemple du "procès" de Kafka », LPA 21 juill. 2006, p. 4.

⁵ V. sur l'état d'esprit pré-révolutionnaire : J.-L. Merle, « Les fondements idéologiques de la critique de la justice », in Mél. P. Kayser, t. 2, pp. 257 s.

« vérifier la sujétion du juge à la loi »¹. Depuis cette période, le principe de publicité a toujours été maintenu même si des dérogations sont toujours possibles. « Tout comprendre de l'action du juge, pour la contrôler certes mais aussi pour adhérer à l'ordre contenu dans son jugement : telle est bien l'exigence de l'homme de raison né des Lumières, telle est encore l'aspiration de celui qui, franchissant le seuil d'un palais de justice, se refuse toujours et souvent avec force, bruits et violences à s'engager dans une aventure sans fin et qui n'entend pas se voir enlever par d'autres ce qu'il tient de "son procès" et "ses droits" »².

453. Droit au procès équitable. La place de la publicité de la justice varie cependant selon la période de l'instance envisagée. Certaines phases de l'instance sont soumises à un strict secret. Ainsi en est-il de l'instruction ou encore du délibéré. Il n'en demeure pas moins que malgré ces dérogations, le principe de la publicité est affirmé avec vigueur, notamment par des textes fondamentaux. Il est prévu par l'article 14 du Pacte des droits civils et politiques, par l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et par l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'homme. Le but est le même qu'en 1790. Il consiste à protéger les justiciables du risque d'un juge sans contrôle soumettant les parties à ses choix purement personnels. La publicité est toujours conçue comme « une garantie pour les citoyens et les plaideurs de la régularité et de l'impartialité de la justice »³. Elle permet de tempérer la fantaisie du juge qui, libéré de tout contrôle, pourrait laisser libre court à ses humeurs et les priver du droit d'être jugés en toute objectivité. C'est un mécanisme qui garantit la transparence de la fonction de jugement en ce qu'il place le juge sous contrôle des justiciables. Il favorise en cela l'objectivité du jugement et participe de la bonne administration de la justice. La publicité de la justice permet à chaque justiciable « de se tenir informé de l'exacte distribution de la justice »⁴, de savoir de quelle façon le jugement a été rendu.

454. Gage d'objectivité. C'est en ce sens que l'aborde la Cour européenne des droits de l'homme qui y voit un moyen de protéger le justiciable d'une justice secrète échappant à tout contrôle. Elle rattache la publicité au droit à un procès équitable⁵. Le Conseil d'État considère,

¹ D. d'Ambra, « Publicité », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1^{re} éd., 2014, p. 1111.

² T. Sauvel, « Histoire du jugement motivé », RDP, 1955, n° 71, p. 5.

³ *Ibid.*

⁴ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 1996, n° 18, p. 107.

⁵ CEDH, 8 décembre 1983, *Pretto c. Italie*, serie A, n° 71, AFDI 1984, p. 453, obs. Pelloux ; JDI 1985, p. 228, obs. Tavernier ; CEDH, 24 nov. 1997, *Werner c. Autriche*, JCP G 1998, I, 107, note Sudre.

quant à lui, qu'il s'agit d'un principe général du droit qui vise à assurer aux plaideurs que le jugement a bien été conçu conformément au droit¹. Il pousse le juge à « une plus grande objectivité »². Il constitue en tant que telle une garantie importante. La publicité de la justice confère au travail du juge une transparence qui empêche que le jugement soit rendu de façon mystérieuse et dissimulée. En somme, elle est un frein à la partialité du juge qui pourrait être tenté de traiter le cas litigieux selon son bon vouloir. C'est un mécanisme de lutte contre l'arbitraire qui rejoint une autre exigence, celle qui consiste à imposer au juge de révéler la motivation de sa décision.

B. La motivation

455. Transparence du raisonnement. Une bonne administration de la justice ne peut se satisfaire d'une décision juridictionnelle qui puisse être perçue comme une manifestation de la subjectivité de son auteur. Le raisonnement du juge ne doit rien emprunter à l'arbitraire et il doit le montrer clairement. Sa décision doit apparaître, non comme le produit de ses émotions³, mais comme le résultat logique d'une démonstration objective conduite en fait et en droit. C'est l'objet de la motivation que de retranscrire le raisonnement adopté par le juge pour parvenir à la solution du litige⁴. Elle traduit une forme de soupçon à l'égard du juge à qui l'on demande de justifier sa décision⁵. Elle est « un rempart contre l'arbitraire en forçant le juge à prendre conscience de son opinion, de sa portée »⁶. Elle est également utile au juge lui-même car elle lui permet de se protéger, en se mettant à l'abri « du soupçon d'arbitraire »⁷.

456. Obligation de motivation. L'exigence n'a pourtant pas toujours existé. Les juges de l'Ancien Régime étaient dispensés d'exposer les motifs selon lesquels ils s'étaient décidés. C'était une conséquence, notamment, du fondement de droit divin de la justice : « les oracles

¹ CE, Ass., 4 oct. 1974, *Dame David*, Rec. p. 464 concl. M. Gentot.

² J. Robert, « La bonne administration de la justice », *AJDA* 1995, n° spécial, p. 118.

³ Sur la motivation comme « filtre aux émotions du juge », v. : E. Salomon, *Le juge pénal et l'émotion*, Th. Paris II, 2015, n°s 139 s., p. 208 s.

⁴ C. Perelman et P. Foirers (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978. V. aussi : J. Normand, « Le domaine du principe de motivation », in *La motivation*, Trav. Ass. Capitant, Actes du colloque, Limoges, 1998, LGDJ, 2000, p. 17 s. ; A. Brunet, « Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation », in *Mél. Normand*, 2003, p. 51 s. ; S. Gjidara, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA* 26 mai 2004.

⁵ C. Chainais et G. Guerlin : « La motivation des sanctions prononcées en justice, entre transparence et soupçon. Présentation et conclusions de la recherche collective », in C. Chainais, D. Fenouillet et G. Guerlin (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, Vol. 2, *La motivation des sanctions prononcées en justice*, Dalloz, Coll. L'esprit du droit, 2013, p. IX-XLI.

⁶ S. Guinchard et alii, *Droit processuel*, Dalloz, Précis, 8^e éd., 2015, n° 436, p. 1043.

⁷ *Ibid.*, n° 438, p. 1051.

de la justice n'expliquent point les causes de leur dispositif »¹. Dès lors que le juge a perdu son caractère divin, la motivation est apparue comme une nécessité pour assurer la transparence et la clarté du jugement. C'est avec les réflexions des philosophes des Lumières que la motivation des décisions s'imposa comme un véritable principe, c'est-à-dire à une époque où la figure du juge suscitait particulièrement la méfiance. Elle fut finalement consacrée par la loi des 16 et 24 août 1790². « Dans le culte de la loi établi à partir de la Révolution, on pensait que la motivation des décisions permettrait de vérifier que le juge faisait une juste application des décisions du législateur »³. Comme l'écrivait Beaumarchais dans *Le mariage de Figaro*, tout juge qui se refuse volontairement à l'obligation de motivation « est un grand ennemi des lois »⁴. En effet, « si l'on force les magistrats à motiver leur décision et à recourir aux principes généraux du droit, c'est justement pour dire qu'ils ne sont pas, à propos d'un cas particulier, des créateurs d'une règle juridique générale »⁵. C'est une des fonctions historiques de la motivation que de limiter la place de l'arbitraire dans l'application de la loi : « le droit de la Révolution se caractérise par les projets de Code civil mais surtout par l'obligation imposée aux Juges de motiver leurs décisions, dans le but avéré de soumettre les magistrats trop indépendants à la volonté de la nation et de la loi »⁶.

457. Garde-fou. Rattachée au droit à un procès équitable par la Cour européenne des droits de l'homme⁷, la motivation est toujours conçue comme « une garantie contre l'arbitraire du juge »⁸. En permettant un contrôle sur l'objectivité du juge dans sa prise de décision, elle agit comme un « garde fou »⁹ contre les abus toujours possibles dans l'exercice de son libre arbitre. Elle incite le juge à construire un raisonnement et à penser son jugement. En en

¹ Prost de Royer, *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts*, Paris, 1787, T. VI, p. 725.

² Sur l'aspect historique, v. : L. Boré, « La motivation des décisions de justice et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme », JCP G 2002, I, 104.

³ Rép. pr. pén., v° Jugement, 2013, par M. Léna, n° 107.

⁴ Beaumarchais, *Le mariage de Figaro*, Acte III, Scène XV.

⁵ G. Ripert, « Discussions », in *Le rôle du juge*, Trav. ass. Capitant 1949, Dalloz, 1950, p. 78.

⁶ L. Silance, « La motivation des jugements et la cohérence du droit », in *La motivation des décisions de justice*, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1978, p. 221. V. aussi Ch. Perelman, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », in *La motivation des décisions de justice, op. cit.*, p. 417-418 ; C. Bléry, « Les fondements historiques de la motivation des sanctions », C. Chainais, D. Fenouillet et G. Guerlin (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 2, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2013, p. 5 et s.

⁷ CEDH, 19 avril 1994, *Van de Hurk c. Pays-Bas*, série A, n° 288, D. 1996, somm. p. 202, note Fricero. V. J.-P. Marguénaud, « L'obligation de motiver les décisions de justice dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », RTD civ. 1998, p. 516.

⁸ E. Jeuland, « Motivation », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, 2004, p. 912.

⁹ R. Garraud et P. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, Tome III, 1912, p. 583.

révélant les motifs, la motivation offre un gage d'objectivité¹. Elle impose au juge de s'expliquer sur les raisons qui l'ont conduit à choisir la solution adoptée. Le but est qu'il démontre que la justice n'est pas rendue de façon instinctive ou capricieuse. Par définition, « la motivation est un discours rhétorique destiné à convaincre de la rationalité d'une décision générale ou particulière, par la présentation organisée de l'ensemble des considérations qui, selon son auteur, commande qu'il prenne telle option »². L'obligation de motivation de la décision « se rapporte toujours au devoir de rendre intelligible l'acte unilatéral, lorsque celui-ci surprend son destinataire. Motiver, c'est parler, expliquer ; partant permettre au destinataire d'accéder à la compréhension – qui n'est pas nécessairement approbation – et de ce fait, échapper à la brutalité de l'arbitraire »³. La vertu principale de la motivation est de prévenir le glissement du libre arbitre vers l'abus. Tout juge qui trancherait le litige en restant silencieux⁴ sur les raisons qui l'ont conduit à statuer comme il l'a fait ne pourrait que faire naître le doute et la suspicion. L'exigence est importante au sein de la fonction de juger car l'obligation de motivation, « ce n'est pas seulement le droit de savoir, c'est l'amorce du droit de contester »⁵. C'est ce qui permet à un plaideur de savoir si le juge a exercé ses fonctions avec l'impartialité qu'imposent les devoirs de sa charge.

458. En plus des exigences procédurales permettant de favoriser la transparence du juge, il existe des règles de procédure qui permettent de garantir une juste distance entre le juge et les parties afin de lutter contre le risque d'un parti-pris trop important dans l'élaboration du jugement.

§2. L'impératif d'une juste distance

459. L'« **homme du juste milieu** ». La formule « juste distance »⁶, qui est parfois employée par la doctrine, évoque l'attitude que doit conserver le juge dans ses rapports avec les parties. Il ne s'agit pas d'imposer au juge une neutralité totale dans le traitement du litige qui

¹ S. Castillo-Wyszogrodzka, « La motivation des décisions de justice : perspectives comparatistes », D. 2014, p. 1839, qui distingue cinq fonctions : autocontrôle pour le juge, fonction pédagogique, garantie contre l'arbitraire, évolution du droit, garantie de paix sociale.

² T. Revet, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », RDC 2004, p. 579.

³ L. Aynès, « Motivation et justification », RDC 2004, p. 556.

⁴ V. L. Janicot, « Les silences du jugement », RDP 2012, n° 4, p. 1064.

⁵ M. Grimaldi, « Ouverture des travaux », in *La motivation*, Trav. Ass. Capitant, Actes du colloque, Limoges, 1998, LGDJ, 2000, p. 2.

⁶ G. Capshen, « Petites histoires à propos de la juste distance pour juger... », D. 2004, n° 41, Point de vue, p. 2939 ; D.-N. Commaret, « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », D. 1998. chron. p. 262.

conduirait nécessairement à la paralysie du juge. Le juge n'a pas besoin d'être neutre, il a même le devoir de ne pas l'être puisqu'à la fin de l'instance, c'est lui qui tranche en faveur de l'une ou de l'autre des thèses. L'absence de neutralité n'est pas l'absence d'impartialité¹. On peut être impartial tout en n'étant pas neutre. Au reste, si l'impartialité imposait une parfaite neutralité, elle ruinerait le pouvoir de décision du juge². La juste distance relève plus de l'attitude du juge que de ce qu'il pense dans son for intérieur. Elle consiste, non pas à l'empêcher de penser que l'une des parties a sans doute plus raison que l'autre, mais à exiger de ce dernier qu'il se garde d'obstruer son libre arbitre par des considérations qui le conduiraient à se détourner de l'objectif majeur de son intervention, celui de faire bonne justice. Le juge ne doit pas oublier qu'il doit être cet « homme du juste milieu »³ qu'Aristote a érigé en condition même de la justice dans *L'Éthique à Nicomaque*. Il ne doit pas oublier la nécessité de garder ses distances « vis-à-vis de ses émotions, de ses impressions fugaces ou durables, et même de ses convictions intimes »⁴. Le problème est qu'il arrive que le juge se montre parfois défaillant en adoptant une autre ligne de conduite. C'est lorsque le juge néglige cette juste distance que l'impartialité apparaît. Pour éviter cette dérive du libre arbitre, certains mécanismes viennent en contrepoids pour le forcer à respecter cette juste distance indispensable à la qualité de son intervention.

460. Les moyens mis en œuvre sont divers. C'est parfois par le nombre que le remède est trouvé. La collégialité est un mécanisme correctif. Elle peut tempérer les ardeurs du juge qui voudrait se laisser aller à des appréciations partiales (A). La lutte prend parfois une tournure

¹ V. associant les deux termes : G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11^e éd., 2016, v^o Neutralité, p. 684. La neutralité du juge y est définie comme son « aptitude à l'impartialité, lorsque exempt de tout idée préconçue, il examine avec la même attention les éléments favorables ou défavorables à chacune des parties ».

² V. en ce sens : G. Bolard, « L'impartialité du juge au risque de la loi ? », JCP G 2015, 1085 : « l'impartialité du juge ne retire pas au juge son pouvoir et son devoir de décision ». Pour l'auteur, c'est au moment du jugement qu'intervient l'impartialité : « c'est au moment du jugement, dans le jugement, qu'en dernière analyse le juge doit faire preuve d'une totale impartialité. Or c'est au moment du jugement, dans le jugement, qu'il donne raison à un plaideur contre l'autre. Son impartialité est ainsi spécialement requise à l'instant précis où il déclare justifiées les prétentions ou défenses d'un plaideur et fausses les prétentions ou défenses de l'autre.

En outre la décision du juge ne lui vient pas à l'esprit, évidente et soudaine, comme une illumination. Elle est le résultat d'une réflexion sur le litige. La réflexion est plus ou moins progressive, jalonnée d'appréciations provisoires que sauf à défier le bon sens l'impartialité ne saurait exclure. Elles sont à vérifier, grâce au débat contradictoire.

L'impartialité du juge est donc inéluctablement compatible avec l'appréciation du litige. Elle est compatible avec la décision, qu'elle gouverne ».

³ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, IV^e. av. J.-C.), trad. R. Bodéüs, GF Flammarion, 2004, V, 4, 7 ; 1132 a 20 : « dans la personne du juge on cherche un tiers impartial et quelques uns appellent les juges des arbitres ou des médiateurs, voulant signifier par là que, quand on aura trouvé l'homme du juste milieu, on parviendra à obtenir justice ».

⁴ G. Bolard, « L'impartialité du juge au risque de la loi ? », *préc.*

plus radicale. Elle passe par la mise à l'écart d'un juge qui ne fournit pas les garanties d'objectivité suffisantes pour connaître du litige. Il est alors possible de solliciter son remplacement (B).

A. La collégialité de la juridiction

461. L'impartialité par le nombre. La collégialité est un mécanisme procédural qui permet une lutte subtile contre la partialité du juge¹. Elle consiste à imposer, dans la composition des juridictions, une pluralité de juges dans le but, notamment, de lutter contre le risque de partialité. Lorsqu'une juridiction est composée d'un juge unique, le risque de le voir abuser de son libre arbitre est plus important dans la mesure où sa façon d'aborder le litige ne trouve pas de contrepois au moment de prendre sa décision. Imposer la collégialité, c'est favoriser l'impartialité par le nombre. La pluralité de juges a pour intérêt, d'une part, de soumettre chacun d'eux au contrôle des autres et, d'autre part, de favoriser une discussion susceptible de tempérer les prises de positions partiales d'un des juges. Elle constitue donc un gage d'impartialité du juge, la garantie d'un obstacle à l'arbitraire qui consiste à traiter un litige sans l'impartialité qui est attendue de lui². Si cette exigence n'est pas la seule perspective dans laquelle doit être placée la collégialité³, elle n'en est pas moins fondamentale. « La collégialité doit permettre d'éviter les risques de dérapage pour non-respect de la règle de la neutralité du juge - neutralité sociale et politique, un juge unique pouvant se laisser aller à faire prévaloir ses préjugés personnels plus facilement qu'une collégialité »⁴.

462. Erosion de la collégialité. Malgré ses attraits en termes d'impartialité, la collégialité n'a cessé de perdre du terrain en France, et plus globalement en Europe, au fil du temps. Si la tradition est en faveur du principe de collégialité, l'évolution contemporaine du droit a consisté en un développement important des juridictions à juge unique⁵. Cela s'explique

¹ J. Vincent, « Juridiction collégiale ou juge unique dans le procédure civile française », in Mél. L. Falletti, *Annales de la faculté de droit et de sciences économiques de Lyon*, 1971, II, p. 561.

V. aussi : C. Kubiak, P. Cheval et J.-L. Forno, « La collégialité ? », in *Justice et qualité*, RRI, 2002, Cahiers de méthodologie juridique n° 17, p. 2197.

² Sur les liens entre impartialité et collégialité, v. : P. Crocq, « Le droit à un tribunal impartial », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, 11^e éd., 2011, Dalloz, n°s 541-545. V. aussi : J.-J. Menuret et C. Reiplinger, *La collégialité, valeurs et significations en droit public*, Bruylant, 2012.

³ Y. Desdevises, « Collégialité, impartialité et contradiction », in Mél. S. Guinchard, 2010, Dalloz, p. 233.

⁴ Rép. pr. civ., Dalloz, v° Procès équitable, 2016, par S. Guinchard, n° 199. L'auteur aborde néanmoins la collégialité avec circonspection car selon lui, « il n'y a guère d'arguments solides en (sa) faveur ».

⁵ V. P. Bailly, « La collégialité est-elle morte ? », *Gaz. Pal.* 5 mars 1996, p. 209 ; A. Vitu, « Le tribunal correctionnel à juge unique », in L. Cadet, J.-P. Gridel, J. Héron, *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, XXI^e Colloque des Instituts d'études judiciaires, 19 et 20 mai 1995, Toulon, organisé par l'Institut d'études judiciaires de Toulon, Paris, Dalloz, 1996 ; L. Cadet, « Le juge unique en

techniquement par l'absence de valeur fondamentale, et notamment constitutionnelle, de la règle de la collégialité¹. Cependant, les considérations matérielles sont également très importantes puisque la collégialité a pour principal défaut de mobiliser un personnel judiciaire plus important, ce qui est peu compatible avec les contingences budgétaires de la justice. Si elle continue à être le principe devant certaines juridictions², la collégialité a souffert de la multiplication des exceptions qui ont été introduites soit directement lorsque des juridictions à juge unique ont été créés à la place de juridictions collégiales, soit indirectement chaque fois qu'il est prévu qu'un juge peut statuer seul sur un litige alors que la juridiction saisie est censée être collégiale³. Or, un tel mouvement paraît regrettable lorsqu'il est abordé à travers la question de l'arbitraire. Il est préjudiciable, dans l'optique de l'efficacité de la lutte contre le risque de partialité du juge, que la collégialité soit de plus en plus envisagée comme une exception au principe du juge unique. Alors que la collégialité pourrait être un mécanisme efficace dans la maîtrise de l'arbitraire, les considérations matérielles, tenant notamment au budget du service public de la justice, empêchent d'en tirer pleinement profit. Cela rend d'autant plus utile l'autre façon d'imposer la juste distance du juge, celle qui consiste à prendre acte du fait que le risque de partialité est trop grand pour laisser le juge se prononcer. Il sera alors remplacé par un autre juge qui, lui, sera en mesure de respecter cette juste distance.

B. Le remplacement du juge

463. Le droit permet de se prémunir contre un jugement conçu en méconnaissance de l'exigence d'objectivité en autorisant le remplacement du juge envers lequel il existe des soupçons de partialité. Une première technique, la plus classique, consiste à remplacer ce juge

question », in L. Cadiet, J.-P. Gridel, J. Héron, *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, op. cit., p. 5 ; J.-M. Coulon, « Le juge unique : progression ou progrès », in L. Cadiet, L. Richer (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Colloque, Paris, Sorbonne, 24 et 25 janvier 2002, Paris, PUF, 2003, p. 142 ; F. de la Vaissière, « Quelques réflexions simples sur le "juge unique" », *Gaz. Pal.*, 5-6 janvier 2000, p. 86, R. Perrot, « Le juge unique en droit français », *RIDP*, 1977, p. 659.

¹ Cons. const., 2 févr. 1995, Décis. n° 95-362, *Injonction pénale*, D. 1997, somm. 130, obs. Th. S. Renoux. V. Th. S. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et la collégialité*, XXI^e colloque des IEJ, Toulon, mai 1995, coll. Thèmes et commentaires, 1996, Dalloz, p. 113.

² J.-F. Flauss, « La collégialité à la Cour européenne des droits de l'homme », in Mél. S. Guinchard, 2010, Dalloz, p. 453.

³ Les exemples sont nombreux. V. par ex. la possibilité laissée au président du tribunal de grande instance de faire juger une affaire par un juge unique si les parties ne s'y opposent pas : C. pr. civ., art. 801 et s. V. aussi en cas d'absence des assesseurs : pour les tribunaux des affaires de sécurité sociale, CSS, art. L. 142-7 ; pour les tribunaux de l'incapacité, CSS, art. L. 143-2 ; pour les tribunaux paritaires de baux ruraux, C. rur., art. L. 492-6.

par un autre (1) ; la seconde, plus originale, consiste à substituer au juge une machine à juger (2).

1. Le remplacement du juge par un autre

464. Au cours de tout procès, il est en principe possible d'utiliser des mécanismes procéduraux qui permettent de tenir à l'écart le juge. Ces instruments donnent corps au principe d'impartialité en favorisant sa mise en œuvre concrète. L'impartialité n'est pas qu'un vœu pieux, qu'une intention. La crainte de la tentation de partialité¹ se concrétise par la possibilité d'interdire au juge de se prononcer lorsqu'il ne présente pas assez de gages d'objectivité. Deux techniques sont utilisées pour tenir à l'écart le juge envers lequel il existe un soupçon de partialité : l'abstention (a) et la récusation² (b).

a. L'abstention du juge

465. Abstention. L'abstention consiste à s'en remettre au juge en lui donnant la possibilité de refuser de connaître d'une affaire dont il a été saisi. Il s'agit en quelque sorte de renvoyer le juge à sa conscience. « C'est parce que le juge est un homme de bien, qu'il peut ainsi prendre distance par rapport à lui-même, qu'il peut résister à ses inclinaisons »³. Par exemple, en matière civile, l'article 339 du Code de procédure civile énonce que le juge qui suppose en sa personne une cause de récusation ou estime en conscience devoir s'abstenir se fait remplacer par un autre juge que désigne le président de la juridiction à laquelle il appartient. L'abstention, qui peut intervenir en tout état de cause et n'obéit à aucune condition de forme particulière, constitue une faculté discrétionnaire du juge qui n'a pas besoin d'énoncer les motifs de son choix. Le mécanisme existe aussi en matière pénale, même si son utilisation est conditionnée. L'article 674 du Code de procédure pénale prévoit la possibilité d'une abstention, qualifiée de récusation d'office, mais elle ne peut s'effectuer « sans l'autorisation du premier président de la cour d'appel dont la décision, rendue après avis du procureur général, n'est susceptible d'aucune voie de recours ». L'appréciation des causes d'abstention est laissée à la conscience et à la sagesse des magistrats chargés d'en décider⁴.

¹ A. Damien, « Pouvoir judiciaire et vertu. Les trois tentations du magistrat », APD, 1997, p. 233 s.

² Pour une comparaison : N. Fricero, « Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité », Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 40, juin 2013.

³ M.-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », D. 1999, Chron. p. 53.

⁴ Crim., 8 oct. 1819, Bull. crim. n° 110 ; Crim., 1er juill. 1893, Bull. crim. n° 176 ; DP 1895. 1. 543 ; Crim., 29 janv. 1913, DP 1915. 1. 56.

466. Obligation d'abstention ? Cette latitude laissée au juge dans l'exercice de l'abstention fonde à la fois la grandeur et la faiblesse de ce mécanisme. Elle est très dépendante des états d'âme du juge et de sa faculté à se montrer suffisamment prudent pour se déporter de lui-même. Autant dire que l'équilibre est fragile. Pour que le mécanisme d'abstention soit un moyen de lutte efficace contre le défaut d'impartialité du juge, il pourrait être utile de réfléchir à une obligation d'abstention du juge dans certaines hypothèses. En particulier, il serait envisageable d'imposer au juge cette obligation lorsqu'un défaut d'impartialité objective peut lui être reproché¹. Selon la distinction opérée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Piersack contre Belgique*², l'impartialité est dite « objective » lorsqu'elle renvoie aux apparences. C'est une approche organique ou fonctionnelle qui « consiste à dénoncer le “ pré-jugement ” plutôt que le “ préjugé ” du juge, à rechercher si l'impartialité est assurée dans le fonctionnement même de la juridiction, indépendamment des convictions personnelles du juge ou de son attitude. Tout juge placé dans la même situation verra alors son impartialité appréciée de la même façon »³. Le but est d'agir par prévention en combattant le risque de partialité au regard des éléments concrets de la situation litigieuse. Il suffit qu'objectivement, un doute puisse naître quant à la faculté du juge de connaître de l'affaire en toute objectivité pour arguer d'un défaut d'impartialité objective⁴. Aussi serait-il possible de déterminer des situations concrètes dans lesquelles il pourrait exister un doute raisonnable quant à un pré-jugement de l'affaire au regard de critères objectifs tenant à l'organisation même de la juridiction. Elle pourrait également être appliquée à des hypothèses dans lesquelles le juge a été personnellement impliqué dans une affaire et qu'il lui est ensuite demandé de rendre une décision ou encore lorsqu'un juge a déjà connu d'une affaire en première instance et qu'il est susceptible de la rejurer en appel. Ces situations peuvent faire naître un doute sur la faculté du juge d'en connaître de façon neutre, un doute qui est trop important pour laisser le juge se prononcer. Sur ce point, la Cour de cassation est très claire : « quelles que puissent en être les modalités procédurales, un même juge ne peut connaître d'un recours afférent à une décision qu'il a précédemment rendue »⁵. Dans ces hypothèses, l'obligation d'abstention à la charge du juge permettrait de se montrer plus soucieux du

¹ V. S. Guinchard, « Indépendance et impartialité du juge. Les principes de droit fondamental », in *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 46.

² CEDH, 1^{er} oct. 1982, *Piersack c. Belgique*, § 30, Série A n°53 ; Ann. fr. dr. int. 1985. 415, obs. Coussirat-Coustère; JDI 1985. 210, obs. Rolland et Tavernier V. aussi : CEDH 22 juin 1989, *Langborger c. Suède*, § 32 ; 26 oct. 1984, *De Cubber c. Belgique*, § 24, Série A n°86 ; 25 févr. 1997, *Gregory c. Royaume-Uni*, § 44 s., RSC 1998. 392, obs. Koering-Joulin.

³ R. de Gouttes, « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité », RSC 2003, p. 63.

⁴ V. pour une approche critique de l'apparence : P. Martens, « La tyrannie des apparences », RTDH 1996, p. 640.

⁵ Civ. 1^{re}, 26 janv. 1999, n° 96-04.230, Bull. civ. I, n° 29.

respect de l'impartialité objective, le but étant d'éviter d'avoir à réformer la décision par le biais d'une voie de recours.

Un arrêt rendu par une cour d'appel a suggéré l'existence d'une telle obligation d'abstention au sujet d'un conseiller prud'homal, président d'une formation, qui avait été antérieurement le directeur des ressources humaines de l'employeur d'un salarié dont il devait juger la cause. Au titre de ses fonctions de directeur des ressources humaines, le conseiller avait signé, au nom de l'employeur, le contrat de travail de ce salarié. En l'occurrence, aucune des parties n'avaient relevé cette situation. Le Conseil de prud'hommes a rendu une décision mais une cour d'appel fut saisie d'un recours. La cour d'appel avait relevé que ce conseiller ne s'était pas abstenu, « comme il aurait dû le faire ou du moins exposer cette situation au demandeur ». En l'absence d'une telle abstention et sans négligence du salarié, les juges d'appel ont estimé que le jugement devait être annulé sur le fondement du défaut d'impartialité objective de ce conseiller puisqu'un doute pouvait exister quant à la neutralité du juge dès lors qu'il avait été « le subordonné de l'employeur et le supérieur hiérarchique du salarié »¹.

C'est dans cette voie qu'il faut se diriger pour donner au mécanisme d'abstention une plus grande efficacité dans la lutte contre l'arbitraire du juge consistant en un défaut d'impartialité. Il faut déterminer les cas de partialité objective et contraindre le juge à s'abstenir lorsque les menaces qui pèsent sur l'objectivité de son jugement sont trop fortes.

b. La récusation

467. Récusation. La seconde méthode pour lutter contre la partialité du juge consiste à s'en remettre aux parties en leur donnant la possibilité de solliciter la mise à l'écart du juge normalement compétent pour connaître de leur affaire. C'est cette faculté qui porte le nom de récusation². Ce mécanisme peut se définir comme l'acte par lequel une partie dénie au juge la faculté de connaître d'un litige en raison d'un défaut de partialité. Le terme récusation vient du latin *recusare*, qui signifie « repousser » ou « décliner ». La finalité de cet instrument procédural est de rejeter le juge au motif qu'il n'est pas en mesure de rendre justice de façon objective. La récusation donne aux plaideurs la faculté, que le Chancelier d'Aguesseau avait

¹ Toulouse, 9 mars 2001, RG n° 2000/00724, D. 2002. 353, note Beignier.

² B. Bernabe, *La récusation des juges : étude médiévale, moderne et contemporaine*, préf. J. Krynen, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2009.

relevée, de « juger le juge »¹. C'est un acte d'opposition en vertu duquel « un plaideur entend faire écarter du tribunal pour le jugement de son affaire, l'un [ou plusieurs] des juges qui pourraient manquer d'impartialité »². Le plaideur va énoncer son refus d'être jugé par un juge dont il conteste la neutralité, le but étant de l'empêcher de « concourir à la solution d'un litige »³. Cette faculté laissée aux parties est aussi utile que dangereuse car elle repose sur une sorte de « dialectique permanente »⁴ entre deux intérêts antagonistes : l'intérêt du plaideur qui peut légitimement prétendre à être entendu par un juge objectif et l'intérêt du juge qui ne doit jamais, en raison de la noblesse de sa fonction, être accusé à tort. C'est ce qui explique que la récusation est conçue de façon prudente par le droit⁵. Les causes de récusation sont expressément énumérées⁶. Elles portent sur la connaissance antérieure de l'affaire par le juge⁷, l'intérêt personnel du juge dans l'affaire ou celui d'un parent ou allié⁸, l'existence d'un procès entre le juge ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint⁹, l'administration des biens d'une partie par le juge¹⁰, le lien de subordination entre le juge et une partie¹¹, ou encore, l'amitié ou l'inimitié notoire entre le juge et une partie ou son conseil¹². Tous ces cas de figure renvoient à des hypothèses qui laissent penser que le juge risque de négliger l'obligation d'impartialité qui est la sienne. Leur intérêt est d'agir par anticipation, avant même que le juge n'ait la possibilité de détourner la marge de liberté dont il dispose pour favoriser l'une des parties au détriment de l'autre.

¹ D'Aguesseau, *Onzième Mercuriale prononcée à la Saint-Martin de 1708*, in *Œuvres complètes*, 1759, Tome I, p. 140 : « Ministres de la Justice, espérez encore moins que le reste des hommes de surprendre le jugement du public. Élevés au-dessus des peuples qui environnent votre tribunal, vous n'en êtes que plus exposés à leurs regards. Vous jugez leurs différends, mais ils jugent votre justice ».

² H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, 1961, Sirey, tome 1, p. 675, n° 792.

³ I. Pétel-Teyssié, « Incidents relatifs au personnel judiciaire », in S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 9^e éd., 2017/2018, n° 353-21.

⁴ R. de Gouttes, « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité ? », RSC 2003, p. 63.

⁵ Le plaideur qui sollicite la récusation d'un juge ne doit jamais oublier à quoi il s'expose. Aux termes de l'article 353 du Code de procédure civile, si la récusation est rejetée, son auteur peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 15 à 15000 € sans préjudice des dommages-intérêts qui pourraient être réclamés.

⁶ C. pr. civ., 341. V. aussi, COJ, art. L. 111-6 s., et R. 111-4 ; C. rur., art. L. 492-5 ; C. trav., art. L. 1457-1 et R. 1457-1 s. ; CSS, art. L. 143-8.

⁷ Par exemple, constitue une cause de récusation, en vertu de l'article L. 111-6, 5^o du COJ, le fait pour le juge d'avoir « précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre ou [d'avoir] conseillé l'une des parties ».

⁸ D'après l'article L. 111-6 COJ, la récusation est possible :

1^o lorsque le juge ou son conjoint « a un intérêt personnel à la contestation » ;

2^o lorsque le juge ou son conjoint « est créancier, débiteur, héritier présomptif ou donataire de l'une des parties » ;

3^o lorsque le juge ou son conjoint « est parent ou allié de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au quatrième degré inclusivement ».

⁹ COJ, art. L. 111-6, 4^o.

¹⁰ COJ, art. L. 111-6, 6^o.

¹¹ COJ, art. L. 111-6, 7^o.

¹² COJ, art. L. 111-6, 8^o.

468. Renvoi. Dans le prolongement de cette faculté de récusation laissée aux parties pour combattre le risque de partialité, il existe un autre mécanisme qui donne la possibilité d'écarter non pas un ou plusieurs juges pris individuellement mais une juridiction dans son ensemble. Il s'agit du renvoi qui peut être sollicité par le biais d'une demande par laquelle une partie au litige va soulever une « suspicion légitime »¹ envers la juridiction qui a été saisie du litige. Le renvoi peut être sollicité dans plusieurs hypothèses dont certaines visent directement le défaut d'impartialité. Le but est d'obtenir le dessaisissement d'une juridiction au profit d'une autre de même nature et de même degré. Ce dépaysement visant à lutter contre le défaut d'impartialité concerne le renvoi pour cause de suspicion légitime ou le renvoi sollicité lorsque tous les membres d'une juridiction sont visés par une demande de récusation². Le renvoi suppose, en principe l'existence d'une cause de récusation à l'encontre de plusieurs membres de la juridiction concernée. Les causes de renvoi sont cependant conçues largement puisque la Cour de cassation considère, sur le fondement de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme, que constitue une cause de suspicion légitime toute circonstance de nature à laisser penser que la juridiction ne se prononcera pas avec l'impartialité nécessaire³. S'agissant de la procédure, le renvoi obéit aux mêmes conditions que la demande de récusation.

469. Obligation d'information du juge ? Les mécanismes permettant une mise à l'écart du juge en cas de défaut d'impartialité objective sont intéressants dans la lutte contre l'arbitraire. Ils autorisent une intervention préventive des plaideurs ou du juge lui-même qui tend à combattre la dérive du libre arbitre qui consiste à se laisser dominer par ses sentiments subjectifs dans le traitement du différend. Globalement, la mise en œuvre de ces mécanismes est satisfaisante mais elle gagnerait en efficacité si le juge était contraint d'agir avec plus de sincérité dès lors qu'un élément objectif permet de mettre en doute sa faculté à connaître de façon impartiale du litige. Pourquoi ne pas envisager, en plus des mécanismes actuels, un devoir d'information à la charge du juge chaque fois qu'il entre dans une situation où un tel doute peut naître ? Il pourrait, par exemple, être contraint de révéler qu'il a déjà connu de l'affaire ou d'un aspect de celle-ci en une autre qualité ou encore qu'il entre dans l'un des cas

¹ V. C. pr. civ., art. 356 s. en matière civile et C. pr. pén., art. 662 s. en matière pénale. Sur cette question, v. : F. Defferrard, *La suspicion légitime*, préf. F. Bussy, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, spéc. p. 261 pour la suspicion à l'égard du juge.

² Il y a un troisième cas de renvoi, c'est le renvoi pour cause de sûreté publique. Cette cause de renvoi n'est pas animée par le respect du procès équitable mais par l'intérêt général et plus particulièrement par le maintien de l'ordre judiciaire ou l'intérêt de l'État.

³ Civ. 1^{re}, 28 avr. 1998, n° 96-11.637, Bull. civ. I, n° 155 ; RTD civ. 1998. 744, obs. R. Perrot ; JCP G 1998, I, 173, n° 16, obs. L. Cadiet.

de récusation visés par le législateur. Aux parties, ensuite, de mettre en œuvre les mécanismes à leur disposition, sous les sanctions prévues en cas d'échec de leur demande. Cela ne ferait que renforcer la lutte contre l'arbitraire qui naît du défaut d'impartialité. Cela permettrait aussi de sauvegarder le respect dû à la justice. Il est inacceptable qu'un juge cache, aux personnes qui dont la situation est susceptible d'être modifiée par l'effet du jugement, une proximité trop importante qui l'unit à l'une des parties au litige. Un tel mutisme est la source d'un arbitraire insupportable. Comment accepter, par exemple, qu'un juge pénal qui a condamné une personne poursuivie pour des faits de violences commises lors d'une manifestation, ait pu cacher qu'elle était la conjointe du procureur de la République au nom duquel les poursuites ont été entreprises¹ ? Ce silence porte une atteinte grave au crédit de la justice car elle jette sur elle un voile de suspicion et d'iniquité. Or, il ne faut pas négliger ce risque : « une injustice faite à un seul est une menace à l'égard de tous »².

Il faut contraindre le juge à livrer ces informations - à se s'abstenir spontanément - dans les hypothèses où une menace grave pèse sur l'objectivité de son jugement.

2. Le remplacement du juge par une machine

470. Automatisation. La partialité est un risque inhérent à la condition même du juge, un être humain qui peut parfois se perdre dans des considérations purement subjectives tournées vers sa satisfaction personnelle. Ce risque est aujourd'hui combattu par le développement d'une nouvelle façon d'aborder l'acte de juger. Le droit contemporain est marqué par l'essor des nouvelles technologies de communication qui ont peu à peu pénétré les métiers du droit et, en particulier, ceux de la justice. Ce mouvement amorce la perspective d'une automatisation de la fonction du juge qui aboutirait à une dépersonnification de l'acte juridictionnel. L'automatisation désigne l'exécution, totale ou partielle, de tâches techniques par des machines fonctionnant sans intervention humaine. C'est un moyen de systématiser le traitement d'un litige afin de lutter contre le défaut d'objectivité du juge dans le traitement du différend qui lui a été soumis.

471. Ordinateur-juge. L'idée même d'un ordinateur-juge peut interpellé car elle occulte les fondements humains de la prise de décision. C'est ce qui fut relevé en 1969 par un auteur lors

¹ Crim., 9 juin 2015, n° 14-83.322.

² P. Fabreguettes, *La logique judiciaire et l'art de juger*, LGDJ, 1914, p. 3.

d'un colloque consacré à la *Logique juridique* : « d'emblée l'idée d'une machine à juger nous choque ; le jugement n'est-il pas un des plus nobles privilèges de l'espèce ? Dans cette rumeur d'engrenages qui va se rapprochant, nous percevons instinctivement une offense à notre fierté, une menace à ce qui nous paraît l'essentiel l'intégrité de l'homme, nous sentons l'assaut qui, craignons nous, va emporter les derniers retranchements de l'homme »¹. Cette crainte s'est traduite de façon très concrète par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel. L'article 10 de cette loi consacre le droit à ne pas être soumis aux décisions automatisées : « aucune décision de justice impliquant une appréciation sur le comportement d'une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité ».

Malgré cette résistance *quasi* naturelle à l'ordinateur-juge, les choses évoluent très vite en ce domaine. Comme l'a relevé un auteur, « il y a trente ans, l'informatique n'était pas encore connue sous ce nom et le mot ordinateur commençait à peine à détrôner le vocable calculateur électronique »². Pourtant, à l'heure actuelle, le temps n'est plus « où prédire l'avènement d'une machine à juger semait l'effroi dans la communauté juridique »³ car les choses ont beaucoup changé sur ce point. À une époque où le besoin de sécurité juridique, et notamment de prévisibilité, autorise toutes les réflexions, l'utilisation de l'outil informatique pour lutter contre l'arbitraire du juge est légitimement envisageable. Cette automatisation consisterait à envisager l'ordinateur comme source de la décision de justice. Il s'agirait de substituer au jugement humain, qui induit le risque du défaut d'objectivité, un jugement délivré par une machine qui aura été programmée à l'avance pour traiter le différend. Le dispositif permettrait de supprimer la subjectivité des appréciations du juge pour lui préférer l'objectivité totale des décisions prises par des machines qui se substituerait « à ce qui nous caractérise en tant qu'humain, des tâches de haut niveau qui impliquent une libre appréciation »⁴. Il suffirait de programmer la machine pour qu'elle applique de façon mécanique des règles de droit à une situation factuelle donnée.

¹ P. Souleau, « La logique du juge », in *La logique judiciaire*, PUF, 1969, p. 37.

² P. Catala, « Le juge et l'ordinateur », in Mél. Perrot, LGDJ, 1996, p. 19.

³ P. Catala, « Procédure et jugement », in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, PUF, 1^{re} éd., 1998, p. 181.

⁴ D. Bourcier, « L'acte de juger est-il modélisable ? », APD 2011, n° 54, *L'E-Justice. Dialogue et Pouvoir*, p. 37.

Si une telle automatisation interroge en ce qui concerne les cas les plus complexes, les fameux *hard cases* dont parlait Hart, il n'est pas sûr d'y perdre toujours au change. C'est ce qu'a démontré une étude menée par des chercheurs anglais de l'*University College London*. Ces derniers ont analysé 584 jugements de la Cour européenne des droits de l'homme. Ils ont ensuite comparé les solutions adoptées avec les décisions prises par une intelligence artificielle qu'ils ont eux-mêmes conçue. Résultat : l'ordinateur-juge a rendu un jugement similaire à celui des juges dans 79% des cas¹. Dans 4 cas sur 5, la solution était identique. Les chercheurs à l'origine de cette étude ont pris soin de souligner qu'ils ne proposaient pas que l'intelligence artificielle remplace les juges, mais qu'elle pouvait être utile à la rationalisation de la décision. L'ordinateur offrirait des gages d'impartialité là où l'humain peut se révéler défaillant.

472. Automatisation du jugement. L'intérêt de cette étude anglaise est aussi de montrer que le développement de cette forme automatisée de justice n'emprunte plus à la science-fiction. C'est une démonstration de la possibilité de recourir à cet outil dans la production juridictionnelle. Au vrai, la justice automatisée est déjà, dans une certaine mesure, en marche, notamment dans les cas où les faits litigieux se présentent de façon relativement simple, c'est-à-dire ceux qui ne nécessitent pas un examen approfondi pour donner lieu à une décision. En effet, « certaines décisions sont impérativement commandées par une combinaison de facteurs dont elles résultent de façon mécanique. Le jugement n'est pas alors un acte de liberté mais un acte de nécessité. Il découle obligatoirement de la loi applicable et des faits établis. Sa cause est dans le passé, c'est une cause génératrice »². Envisagée ainsi, l'automatisation des décisions est un moyen de neutraliser la partialité du juge car elle ne laisse aucune place à la subjectivité des appréciations. Prises par un ordinateur, les décisions deviennent purement déductives et peuvent être élaborées par des « machines à penser »³ au moyen d'un raisonnement binaire, parfaitement logique : « si..., alors... ». C'est le cas chaque fois que la solution du litige est commandée par des paramètres objectivement certains. L'acte de juger se réduit alors à une opération de mise en œuvre des règles de droit à un cas particulier : il est le résultat simple d'un raisonnement purement déductif. La décision judiciaire peut alors être

¹ A. Chérif, « Une intelligence artificielle rend des verdicts semblable à ceux des juges », La Tribune, article publié le 26 octobre 2016 :

<http://www.latribune.fr/technos-medias/informatique/justice-une-intelligence-artificielle-rend-des-verdicts-semblables-a-ceux-des-juges-611119.html>

² P. Catala, « Le juge et l'ordinateur », in Mél. Perrot, LGDJ, 1996, p. 26.

³ L. Couffignal, *Les machines à penser*, Éditions de Minuit, 1952.

l'œuvre d'un ordinateur dès lors que « la simple description d'un fait suffit généralement à classer celui-ci dans le champ opératoire d'une règle sans effort particulier d'interprétation »¹.

473. Délits routiers. Le cas le plus représentatif de l'automatisation du jugement est aujourd'hui tiré du droit pénal, en particulier en ce qui concerne les délits routiers. En ce domaine, la chaîne pénale est entièrement automatisée notamment pour l'infraction constituée par une consommation excessive de boissons alcoolisées. Dans cette hypothèse, il y a une règle très simple. Elle est posée par l'article L. 234-1 du Code de la route : « même en l'absence de tout signe d'ivresse manifeste, le fait de conduire un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique caractérisé par une concentration d'alcool dans le sang égale ou supérieure à 0,80 gramme par litre ou par une concentration d'alcool dans l'air expiré égale ou supérieure à 0,40 milligramme par litre est puni de deux ans d'emprisonnement et de 4 500 euros d'amende ». Le texte ajoute que « le fait de conduire un véhicule en état d'ivresse manifeste est puni des mêmes peines ». Ces délits donnent lieu de plein droit à la réduction de la moitié du nombre maximal de points du permis de conduire. Dans une telle hypothèse, il y a *a priori* deux possibilités : soit le conducteur présente un taux inférieur à celui qui est visé par la loi et l'infraction n'est pas constituée², soit il présente un taux supérieur et l'infraction est caractérisée. Dans ce cas, personne - à part, peut-être, le conducteur - ne peut nier le dépassement du taux. Il n'y a donc pas lieu de développer une réflexion poussée sur ce cas litigieux. Les sanctions peuvent être prononcées par pure déduction logique. Il en est également ainsi des contraventions sanctionnant un excès de vitesse. En ce qui concerne ces dernières, la totalité du processus décisionnel est aujourd'hui automatisée lorsque l'excès de vitesse est constaté par le biais d'un appareil de contrôle automatique. Depuis une loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière, le constat effectué par cet appareil fait foi jusqu'à preuve du contraire. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a ajouté que le procès-verbal constatant l'infraction pouvait être revêtu d'une signature numérisée afin de permettre qu'elle soit apposée automatiquement. Ensuite, la contravention est envoyée à l'agent infractionnel. Toute la chaîne de sanction est régie hors de toute intervention humaine, de sorte qu'il n'existe aucune place pour le libre arbitre du juge sur la caractérisation et l'appréciation de la

¹ X. Linant de Bellefonds, « L'utilisation d'un système expert en droit comparé », RIDP, 1994-2, n° 46, p. 711.

² La situation entre éventuellement sous l'empire de l'article R. 234-1 du Code de la route qui prévoit une contravention de 4^e classe en cas de taux d'alcool dans l'air expiré compris entre 0,25 mg et 0,39 mg ou compris entre 0,50 g et 0,79 g.

sanction. Le robot se substitue à l'homme dans le traitement du litige¹. Ce n'est que si la personne désignée comme étant l'auteur de l'infraction conteste le procès-verbal qu'un juge pourra être sollicité mais en l'absence de contestation, le processus de sanction va à son terme sans intervention humaine.

474. Systèmes-experts. Dans le prolongement de cette évolution, il faut également souligner le développement des systèmes-informatiques dits « systèmes-experts » destinés à être utilisés dans l'administration de la justice², au sens large, mais aussi - et c'est plus remarquable encore - dans la production même des décisions de justice. Il s'agirait non pas de substituer au juge une machine à juger mais d'envisager l'ordinateur comme un outil d'aide à la décision. Cela consisterait à utiliser des applications informatiques qui reposent sur une intelligence artificielle³ pour doter la justice d'une dimension prédictive⁴. Ces systèmes-experts seraient capables de simuler un comportement humain, en l'occurrence celui du juge, dans un contexte de rationalité limitée. Ils pourraient être utilisés « dans le contrôle de l'adéquation des raisonnements juridiques mis en œuvre dans le cadre de la motivation des décisions, voire dans leur élaboration »⁵. L'ordinateur fournirait au juge le modèle de syllogisme à employer, en fonction des éléments qui lui seraient donnés. En France, le procédé a été développé sous l'impulsion de l'I.R.E.T.I.J, le laboratoire d'informatique juridique de Montpellier. C'est ainsi qu'un système d'aide à la détermination de la nationalité française fut développé dans sa version prototype⁶ mais aussi en matière de droit de la responsabilité avec le projet *Info-vic*, en droit de l'urbanisme ou encore en matière de sécurité sociale s'agissant des pensions de

¹ V. sur ce point : B. Bouloc, « Le robot et l'homme (à propos des procès-verbaux automatisés) », D. 2005, p. 2889.

² V. sur ce point : A. Touré, *L'influence des nouvelles technologies dans l'administration de la justice pénale*, Th. Aix-Marseille, 2015.

³ V. M. Clément, « Les juges doivent-ils craindre l'arrivée de l'intelligence artificielle », D. 2017, Entretien, p. 104.

⁴ A. Garapon, « Les enjeux de la justice prédictive », JCP G, 2017, doct. 31.

L'auteur évoque la multiplication des *startup* qui investissent dans les *legaltech*. Il exprime aussi ses doutes quant à l'intérêt de cette justice prédictive. Il observe : « la justice prédictive nous fascine, peut-être parce qu'on lui prête le pouvoir de réaliser les rêves les plus vieux du droit : un droit sans l'État, un droit tellement positif qu'il se confond avec la machine et avec la technique, un droit qui s'applique tout seul et n'a besoin d'aucune administration, ni d'aucun tiers de justice, un droit totalement hors sol et entièrement positif, ne dépendant plus des coutumes ni de la culture, un droit qui coïnciderait totalement avec la science. Mais cette justice serait-elle encore humaine ? ».

⁵ P. Estoup, « Informatique, droit processuel et professions judiciaires », JCP G, 1988, I, 3368 : « telle un cheval de Troie, là où elle s'est insinuée, l'informatique provoque des modifications tangibles dans les méthodes de travail, les comportements et les structures. Elle réagit sur les pratiques et le milieu, et menace d'altérer notablement tant le contenu et la mise en œuvre du droit processuel que l'exercice de certaines professions judiciaires ou leur organisation ».

⁶ V. M. Quenillet, « Le système-expert nationalité », in *Système experts et droit*, CRID, Namur, Ed. Story Scientia, 1988.

vieillesse¹. Dans toutes ces hypothèses la faible complexité des situations rend possible le recours au système-expert pour fournir au juge une décision fondée sur des éléments purement objectifs. Tous les plaideurs placés dans une même situation verraient leurs causes traitées de la même façon, ce qui conduirait à supprimer tout risque de partialité. L'attrait de ces aides à la décision n'est donc pas seulement d'alléger le travail du juge mais aussi de donner aux solutions délivrées aux plaideurs un caractère systématique². Elle fournit une forme d'objectivité parfaite en épurant la décision de toute considération subjective. Appliqués au domaine de la justice, les systèmes-experts d'aide à la décision représentent un moyen de lutter contre la partialité du juge dans la détermination de la solution du litige. Le « déterminisme des machines »³ qui repose sur une forme d'automatisme mathématique exprime l'idée d'une déshumanisation du processus de décision qui place le plaideur à l'abri de la partialité du juge. La question se pose de savoir si cette automatisation, encore en phase de développement, deviendra à l'avenir un mode privilégié de règlement de certains litiges.

475. En plus de l'exigence de neutralité dans le règlement juridictionnel du litige, la procédure permet d'imposer une autre vertu qui tend à combattre le risque d'arbitraire du juge, l'exigence de cohérence.

¹ Sur ces expérimentations, v. : M. Quenillet, « L'émergence des systèmes experts juridiques », in *Dialogo sobre la informatica juridica*, Presses de l'université autonome de Mexico, 1989, Mexique, spéc. p. 381. V. aussi : M. Quenillet, « Droit et intelligence artificielle : mythes, limites et réalité », LPA, 3 juin 1994, n° 66, p. 11.

² Contrairement à l'humain, « la machine a une rigueur qui l'empêche de dire quelque chose et son contraire dans le même instant » : J. Gatty « Le modèle psychologique : des machines intelligentes, mais pas raisonnables », in *Intelligence artificielle et bon sens*, Coll. Fredrick R. Bull n° 10.

³ D. Boursier, *La décision artificielle*, PUF, 1995, p. 232.

Section 2 : L'exigence de cohérence

476. Calculs de probabilités. L'exigence de cohérence est une réponse apportée à l'arbitraire du juge qui découle de la discontinuité des solutions que le juge peut adopter dans des litiges similaires. Il faut d'emblée noter que cette manifestation de l'arbitraire n'a jamais laissé indifférent. Elle justifie le recours à des techniques qui permettent non pas de la supprimer mais de mieux l'appréhender. C'est le cas, notamment, des outils destinés à mieux prévoir la position du juge. Depuis longtemps, les scientifiques cherchent à utiliser leur science pour accroître la prévisibilité des décisions de justice. Les expériences ont été nombreuses. En 1785, le grand Condorcet s'est intéressé à la question dans son *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voies*. Par la suite, Laplace a publié en 1884 un *Essai philosophique sur les probabilités* dans lequel il a cherché à calculer la probabilité qu'un jugement soit correctement rendu. Le mathématicien Simon-Denis Poisson, un disciple de Laplace, s'est lui aussi intéressé à la question en écrivant un imposant traité intitulé *Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et civile*. Les travaux de ces auteurs ne reçurent pas un accueil très favorable¹ mais ils ont été à l'origine d'une réflexion, qui se prolonge jusqu'aujourd'hui, sur la recherche d'une meilleure prédictibilité des décisions de justice. L'utilisation croissante des statistiques en matière de justice témoigne d'une certaine mesure d'un besoin de lutter contre l'incohérence des décisions de justice. L'étude statistique de l'intervention du juge constituerait même un champ d'étude à part entière que certains qualifient de « psychologie sociale des décisions de justice »². Particulièrement développée dans les pays de *Common Law* où la politisation des juges est plus forte, cette approche de la justice conduit à analyser la personnalité du juge, ses antécédents sociaux, ou encore ses modèles d'attitude pour parvenir à une meilleure anticipation de ses décisions³.

¹ V. sur ce point : E. Barbin et Y. Marec, « Les recherches sur la probabilité des jugements de Simon-Denis Poisson », *Histoire et Mesure*, 1987, vol. 2, n° 2, p. 39 s. Les critiques les plus virulentes portaient à l'époque sur l'utilisation des mathématiques dans la sphère juridique. Lors d'une séance de l'Académie des sciences de 1835, un mathématicien du nom de Poinsoy a souligné que l'appréhension en termes mathématiques de situations dans lesquelles sont en cause les passions humaines serait une « illusion dangereuse ».

² V. P. Hunout, « La psychologie sociale des décisions de justice : une discipline émergente », *Déviance et société*, 1987, vol. 11, n° 11-3, p. 271 s.

³ En France, l'approche est différente. Elle n'est pas axée sur l'analyse du comportement des juges mais sur des tendances qui peuvent émerger à l'égard d'un contentieux. C'est ainsi par exemple que lorsque le projet de loi *Justice du XXI^e siècle* fut diffusé, il était prévu la création d'un portail internet « Portalis » permettant d'obtenir des informations sur les décisions habituellement rendues par les juridictions au niveau national. Le but affiché dans le document de présentation de cette réforme est de « de permettre aux citoyens de mieux évaluer les possibilités de succès de l'action en justice » : <http://www.gouvernement.fr/action/la-justice-du-21e-siecle>.

477. Dans cette perspective, les mécanismes qui permettent d'éviter les « solutions de surprise »¹, dont parlait Henri Motulsky, sont nécessaires car ils luttent contre une manifestation de l'arbitraire du juge. Il existe des outils procéduraux dont la finalité est de favoriser la cohérence dans les décisions élaborées par les juges. Cette quête se traduit dans les deux aspects du litige dont le juge doit connaître pour prendre sa décision : le fait (§1) et le droit (§2).

§1. L'impératif de cohérence dans l'appréciation des faits

478. La lutte contre l'arbitraire du juge tenant à l'incohérence des appréciations factuelles² passe par différents biais. Elle peut porter sur des aspects distincts de l'appréhension des éléments de fait du litige. Elle peut consister à systématiser les appréciations (A) ou à favoriser la convergence de leurs appréciations en leur fournissant des critères communs (B).

A. La systématisation des appréciations

479. Appréciations identiques. Certains mécanismes luttent contre l'incohérence des appréciations du juge en faisant obstacle au libre arbitre du juge. Cette paralysie de la marge de liberté du juge dans l'appréciation des faits permet d'éviter qu'un juge ne trahisse les prévisions des parties sur la façon dont seront appréhendés les éléments de fait versés au débat. L'appréciation ne laisse plus de place à la moindre surprise : telle situation donnera lieu à telle appréciation, prévue à l'avance. C'est un moyen d'assurer la cohérence des appréciations que de substituer au risque de dissonance, la certitude d'une appréciation identique pour tous les juges.

480. Présomptions légales. C'est en particulier sur la question de la valeur probante que s'expriment ces mécanismes neutralisant la marge d'appréciation du juge. En matière de preuve, le droit recourt aux présomptions pour éviter que le juge ne puisse imposer son libre arbitre dans des situations où il exige la garantie d'une prévisibilité des appréciations. Avant

Il s'agissait de permettre aux justiciables d'être en capacité de mieux évaluer l'opportunité d'engager une action en justice dans certains contentieux peu complexes, tels que les contentieux des pensions alimentaires, des prestations compensatoires, de l'indemnisation du préjudice corporel.

Dans le cadre de ce projet, un premier cap a été franchi avec la mise en service du site *justice.fr* qui permet d'obtenir des informations sur l'orientation d'une procédure. Il propose également des simulateurs qui permettent, notamment, de calculer le montant prévisible d'une pension alimentaire.

¹ H. Motulsky, *Écrit, Études et notes de procédure civile*, Dalloz, préf. G. Bolard, réed. 2010, p. 59.

² V. *supra* n^{os} 420 s.

la réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, le Code civil fournissait une définition générale des présomptions en son article 1349. Aux termes de ce texte, les présomptions étaient définies comme « des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ». Cette définition, qui n'est malheureusement plus inscrite dans le Code civil, soulignait parfaitement la finalité des présomptions. Étymologiquement, « présumer » c'est saisir, appréhender à l'avance. C'est considérer un fait comme établi à partir de la preuve d'un autre fait. Les présomptions consistent à poser un raisonnement inductif¹ par lequel un élément est tenu pour vrai tout en sachant que sa véracité n'est pas établie. Les présomptions ne sont autres que des fictions juridiques. Ce sont des vérités construites de toutes pièces, des conjectures par nature incertaines que le droit pose par commodité. Le but est de dispenser le juge de toute appréciation. La question est réglée avant même qu'elle ne se pose. Comme l'énonce le nouvel article 1354 du Code civil, la loi va tenir pour vrais certains actes ou certains faits pour dispenser d'en rapporter la preuve². Les présomptions reposent sur l'établissement d'un fait ou d'un acte juridique indépendamment de tout examen des circonstances particulières à une espèce déterminée. Elles permettent en cela de lutter contre la versatilité des appréciations du juge. *Ubi eadem est legis ratio ibi eadem est legis dispositio*³ : à raisons, motivations identiques, solutions légales semblables. Dans la catégorie des présomptions, ce sont celles qui émanent du législateur, les présomptions légales, qui témoignent de cette lutte contre l'arbitraire. Les présomptions légales ont en effet une nature singulière. Elles sont des actes du législateur qui ont vocation à contraindre le juge à tenir pour vraie une situation de fait, sans pouvoir imposer sa propre appréciation. Par exemple, l'article 312 du Code civil prévoit que l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari. C'est la règle que désigne l'adage *pater is est nuptiae demonstrant*. Rien ne prouve avec certitude que l'enfant au cours du mariage est l'œuvre du mari mais le droit va poser ce fait comme une vérité⁴. Le juge n'aura pas à déterminer lui-même si les faits démontrent la paternité du mari ; le fait sera posé d'emblée comme une vérité. Le libre arbitre du juge est supplanté par une certitude créée de toute pièce, quitte à tordre la réalité. Le but est de « faire dire à la loi du plus grand nombre, ce qui lui paraît souhaitable de voir mis en œuvre »⁵. La

¹ Pour sur cet aspect, v. F. Terré, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., 2006, coll. Dalloz, Précis, n^{os} 583 s.

² C. civ., art. 1354 : « La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve ».

³ V. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, LexisNexis, 4^e éd. Paris 1999, n° 450, p. 913 et n° 451, p. 913.

⁴ Sur cet exemple, v. : P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, LGDJ, 2016, 6^e éd., p. 156, n° 176.

⁵ J.Cl Civ. code, « Contrats et obligations – Présomptions – Notions générales », 2016, par J. Dupichot et D. Guével, n° 11.

présomption légale est une ruse du droit utilisée pour assurer cohérence et sécurité dans l'appréciation de la valeur des faits du litige¹.

481. Rejet de l'intime conviction. Selon le degré de certitude qu'il entend donner au fait présumé, le droit peut agir sur la qualification de la présomption. Il peut faire preuve d'une certaine retenue en posant une présomption simple qui pourra être renversée par la démonstration de la preuve contraire. Il peut aussi limiter les moyens de la renverser. Il peut enfin faire preuve d'une rigueur inflexible. La présomption sera dite irréfragable et ne souffrira d'aucune possibilité de démontrer le contraire². Variables en degrés, les présomptions poursuivent cependant toutes la même finalité. Le législateur les utilise pour dispenser le juge de toute appréciation afin de lutter contre le risque de dissonance. Elles évitent qu'une même situation factuelle donne lieu à des appréciations dissonantes entre différents juges ou à l'égard d'un même juge dans le cadre de plusieurs affaires identiques. Les présomptions témoignent fondamentalement d'une défiance à l'égard de l'arbitraire du juge³ et peuvent être envisagées comme des mécanismes garantissant la cohérence des appréciations de fait.

B. La convergence des appréciations

482. Critères communs. La versatilité des appréciations de fait est combattue au moyen de mécanismes dont le but est de mettre à disposition des juges des moyens visant à unifier leurs positions lorsque les faits dont ils sont appelés à connaître sont similaires. La finalité qui est recherchée est d'élaborer des critères communs d'appréciation. Cela favorise une plus grande harmonie des appréciations et réduit, par voie de conséquence, le risque de dissonances là où rien ne peut les justifier.

483. Exemple de l'appréciation des préjudices. La question de l'appréciation des préjudices révèle l'intérêt des mécanismes d'homogénéisation dans la lutte contre l'arbitraire. La

¹ En ce sens, v. : Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, Paris 1976, n° 22, p. 31.

² V. C. civ., art. 1354, al. 2 : la présomption « est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée ».

³ V. A. Rached, *De l'intime conviction du juge : Vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle*, Th. Paris, A. Pedone, 1942, n° 51, p. 95. V. aussi : J. Normand, *Le juge et le litige*, préf. R. Perrot, LGDJ, 1965, n° 304, p. 323 et s.

quantification des préjudices est un domaine dans lequel le libre arbitre du juge est important¹. En matière civile, le juge a l'obligation de procéder à l'évaluation du dommage en fonction des seules circonstances de la cause. Le juge doit apprécier le préjudice *in concreto*, c'est-à-dire en fonction de la spécificité de chaque affaire. Il lui est interdit d'altérer sa liberté d'appréciation en s'en tenant par exemple à des condamnations forfaitaires applicables de façon systématique à tous les litiges qui portent sur la réparation des mêmes chefs de préjudice. Par exemple, le juge ne peut pas utiliser une tarification systématique qui serait destinée à se substituer purement et simplement à l'appréciation du juge². Pour autant, les mécanismes d'uniformisation existent. Si le juge ne peut abandonner sa marge d'appréciation, le droit l'autorise à recourir à des instruments d'unification dans la mesure des dommages pour favoriser l'uniformisation de ses appréciations. Ces instruments visent à réduire les disparités qui peuvent exister dans les décisions prises par un juge mais aussi les disparités qui existent d'une juridiction à l'autre sur l'évaluation de chefs de préjudice pourtant similaires.

484. Statistiques. Le premier mécanisme utilisé pour lutter contre la disparité des appréciations du juge est l'outil statistique. L'idée est de mettre à disposition des juges du fond des référentiels statistiques comportant des données chiffrées relatives aux indemnités accordées par les juridictions au titre des différents chefs de préjudice. Cela permet de leur donner des ordres de valeur qui pourront être utilisés dans la détermination du montant d'une réparation. Cet instrument a été prévu à l'occasion de la réforme du droit des accidents de la circulation, avec la mise en place du fichier national des indemnités dont la gestion a été confiée à l'Association pour la gestion des informations sur le risque automobile (AGIRA). Si cette expérience n'a pas connu le succès escompté en raison, notamment, du caractère incomplet des informations fournies³, l'intérêt de cet outil statistique n'en est pas moins intéressant au regard de la problématique de l'arbitraire. Sans doute serait-il pertinent de réfléchir aux moyens de mener à terme ce projet en recueillant à un niveau national suffisamment de données pour rétablir un tel fichier. Dans un rapport sur la réparation du

¹ V. X. Bachellier, « Le pouvoir souverain des juges du fond », BICC, n° 702, 15 mai 2009. 18. L'auteur relève que le pouvoir d'appréciation des juges du fond porte sur de nombreux éléments du litige : force probante, qualifications ou encore « appréciations d'ordre quantitatif ».

² Civ. 1^{re}, 23 oct. 2013, n° 12-25.301, Bull. civ. I ; D. 2013, p. 2518 ; D. 2013. 2968, entretien A.-M. Leroyer ; AJ fam. 2013, p. 703, obs. S. Thouret ; RCA 2013, alerte 14, obs. L. Bloch ; RTDC 2014, p. 105 note J. Hauser, JCP G 2013, 1269 note E. Bazin et 2014. Doctr. 43 n° 10, obs. M. Rebourg ; Dr. fam. Déc. 2013 comm. 162 note J.-C. Bardout ; LPA 5 déc. 2013, p. 12 note J. Massip et 26 déc. 2013, p. 10 note J.-M. Hisquin ; Gaz. Pal. 19 déc. 2013, n° 353 p. 11 note I. Sayn ; RTDC 2014 p. 77 note P. Deumier.

³ V. G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2011, n° 129 ; v. aussi, M. Quenillet-Bourrié, « L'indemnisation du préjudice corporel, un droit à la dérive ? », JCP G 1994, I, n° 3770, spéc. n° 10.

dommage corporel, le groupe de travail présidé par Madame Lambert-Faivre a préconisé l'instauration d'un instrument référentiel unique (référentiel indicatif national statistique évolutif : RINSE), propre à renseigner, pour tous les types de dommages corporels, sur le montant des indemnités accordées, pour chaque chef de préjudice¹.

485. Nomenclatures et barèmes. Sont également utilisés, et de façon beaucoup plus importante, les barèmes destinés à fournir au juge des indications sur la caractérisation et l'évaluation du dommage subi par la victime. Ces barèmes constituent des échelles de mesure des préjudices et sont utilisés à titre indicatif² pour fournir aux juges un instrument d'uniformisation des appréciations. Ils n'imposent pas « un modèle de comportement pour le justiciable mais pour le juge et, plus précisément encore, pour l'exercice de son pouvoir d'appréciation »³. Ils limitent l'incohérence des juges en ce qu'ils permettent d'aboutir à une évaluation rationalisée et uniformisée des différents types de préjudice. En cherchant une normalisation du pouvoir d'appréciation du juge, le barème se place entre « individualisation et standardisation des décisions »⁴. Il lutte contre la variabilité de l'appréciation individuelle en lui préférant la permanence d'un référentiel. « Le fait pour le juge de pouvoir se référer à des barèmes rationalise son pouvoir, sans pour autant l'affecter »⁵. Ces instruments de mesure sont d'ailleurs assez fréquents en pratique. S'agissant de la caractérisation des chefs de préjudice, la célèbre nomenclature *Dintilhac*⁶, à laquelle les juges se rapportent⁷, fournit une typologie claire des préjudices indemnifiables⁸. La plupart des cours d'appel diffusent en outre aux praticiens des référentiels fixant des « fourchettes » d'indemnisation pour chaque poste de

¹ V. le rapport Lambert-Faivre, p. 33 qui se montre favorable à la consécration d'un référentiel statistique. V. aussi, dans le même sens : Rapport Delmas-Goyon, *Le juge du 21^e siècle*, déc. 2013, proposition n° 39 pour qui les barèmes ont pour intérêt de donner aux plaideurs « des repères » et Rapport de l'IHEJ, *La prudence et l'autorité. L'office du juge du 21^e siècle*, mai 2013, proposition, qui voit dans les barèmes des « référentiels de jugement », sources de prévisibilité.

Rapp., en ce qui concerne la fixation des pensions alimentaires : Rapport Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille*, 1999, Partie 3, chap. 1, qui proposait de « réfléchir à l'unification des pratiques par l'élaboration de barèmes » ; Rapport Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, 2008, proposition n° 31. Pour une étude de droit comparé sur la question : J.-C. Bardout, « Expériences étrangères. Droit et pratiques comparées des pensions alimentaires pour enfant », *Dr. fam.* 2010. Dossier 2.

² V. I. Sayn, « Les barèmes dans le fonctionnement du droit et de la justice », in *Le droit mis en barèmes ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2014, p. 1, spéc. p. 13 et l'analyse de P. Deumier, « Une norme indicative : la table de référence pour fixer les pensions alimentaires », *RTD civ.* 2014, p. 77.

³ P. Deumier, *préc.*

⁴ *Ibid.*

⁵ A. Garapon, cité in Rapp. Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, 2008, p. 295.

⁶ V. F. Lambolez, « La nomenclature : un outil d'uniformisation des jurisprudences civile et administrative », *Gaz. Pal.*, 27 déc. 2014 n° 361, p. 16.

⁷ V. par exemple une décision du Conseil d'État utilisant la terminologie de la nomenclature Dintilhac : CE, 16 déc. 2013, n° 346575.

⁸ V. M. Robineau, « Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac des préjudices », *JCP G* 2010, doct. 612.

préjudice extrapatrimonial¹. Tel est notamment le cas du Référentiel interrégional de l'indemnisation du préjudice corporel². Le barème se présente sous la forme d'un tableau donnant à tous les juges du ressort de la cour d'appel un guide d'appréciation pour quantifier le montant de la réparation à allouer à la victime d'un dommage. Les référentiels indicatifs régionaux de l'indemnisation du dommage corporel permettent de tendre vers une certaine homogénéité des appréciations judiciaires en ce qu'ils regroupent la diversité des situations litigieuses dans un tableau unique. Il existe une très grande variété de barèmes d'indemnisation, lesquels trouvent leur source dans une loi³, un décret⁴, un arrêté⁵, une circulaire⁶, la jurisprudence⁷, la pratique⁸. Si le juge ne peut se borner à appliquer un barème sans motivation ou se contenter de se référer à celui-ci, il est autorisé à s'y référer comme un outil d'évaluation afin d'assurer une harmonisation des appréciations. Les juges trouvent dans ces barèmes des guides d'évaluation sur lesquels ils peuvent s'appuyer pour procéder à la détermination du montant de l'indemnisation. L'appréciation dépendant d'éléments communs à tous les juges qui doivent se prononcer sur des faits litigieux analogues, le risque d'incohérence s'en trouve maîtrisé. D'autant que ces barèmes ont souvent vocation à être utilisés dans des contentieux particulièrement techniques dont le juge saisi ne comprend pas toujours toutes les subtilités⁹.

486. L'utilité de ses barèmes dans la lutte contre la versatilité des appréciations factuelles du juge explique le souhait émis par certains auteurs de parvenir à un barème d'évaluation unique

¹ Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2014-2015, n° 2516.

² V. Référentiel indicatif régional de l'indemnisation du dommage corporel édité par les cours d'appel d'Agén, Angers, Bordeaux, Grenoble, Limoges, Nîmes, Orléans, Pau, Poitiers et Toulouse, 3^e éd., nov. 2010.

³ V. la L. n° 78-1, 2 janv. 1978 qui a institué le barème d'indemnisation des Français dépossédés de leurs biens situés sur un territoire antérieurement placé sous la souveraineté française; V. aussi CGI, art. 669 qui prévoit le barème des valeurs de l'usufruit et de la nue-propiété.

⁴ V. C. trav., art. R. 1234-1 et s. en matière d'indemnité légale de licenciement.

⁵ A. 1^{er} Août 2006 : Journal Officiel 26 Août 2006, texte n° 11 qui fournit les tables de mortalité pour les rentes viagères.

⁶ V. Circ. DACS, n° CIV/06/10, 12 avr. 2010 qui établit une table de référence permettant la fixation de la contribution aux frais d'éducation et d'entretien des enfants sous forme de pension alimentaire. V. J.-C. Bardout et I. Lorthios, « La table de référence des contributions aux frais d'éducation et d'entretien », JCP G 2010, prat. 860.

⁷ C'est le cas s'agissant de l'appréciation de la rémunération due à un expert. V. Civ. 2^e, 14 sept. 2006, n° 05-12.143.

⁸ V. J.-C. Bardout, « Le juge et les comptes tout faits de M. Barrême. Autorité, limites et conditions d'emploi des barèmes dans le procès civil », JCP G 2011, doct. 1332.

⁹ Ainsi en est-il par exemple en matière médicale. L'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), un établissement public à caractère administratif pour assurer l'indemnisation au titre de la solidarité nationale des dommages résultant d'accidents médicaux, a élaboré un barème dégressif d'indemnisation des victimes, tenant compte essentiellement de l'âge de la victime et plafonné à 300 000 euros. La Cour de cassation a approuvé la référence à ce barème pour l'évaluation du préjudice : Civ. 2^e, 1^{er} févr. 1995, Bull. civ. 1995, II, n° 42 ; RTD civ. 1995, p. 627, chron. P. Jourdain.

pour chaque contentieux pour rationaliser l'évaluation des préjudices en matière de responsabilité extracontractuelle¹. Il ne s'agirait pas de conférer à ce barème unique un caractère impératif qui menacerait la marge d'appréciation du juge mais plus simplement d'inciter à l'utilisation de cet outil pour faire obstacle à la versatilité des appréciations factuelles. C'est une même exigence de cohérence que le droit impose au juge dans l'interprétation du droit.

§2. L'impératif de cohérence dans l'interprétation du droit

487. L'incohérence comme dérive. L'interprétation du droit est un terrain propice à l'arbitraire du juge. Les surprises qui découlent de l'exercice du libre arbitre du juge dans l'interprétation placent les justiciables dans une situation inacceptable. Elles les empêchent d'anticiper le contenu d'une règle de droit déterminée et nuisent à la lisibilité et à la prévisibilité de la règle. C'est « ce qui explique que les juristes aient mis au point de nombreux moyens de tenter d'y remédier »². Le droit tente de lutter contre cette manifestation de l'arbitraire en assurant la cohérence des interprétations³. Il met en place des mécanismes qui ont vocation à éviter le désordre causé par les changements inopinés dans la signification donnée à une règle de droit. Le but ne consiste pas à empêcher les évolutions d'interprétation car elles sont parfois bénéfiques. En cela, il ne s'agit pas de s'intéresser aux mécanismes d'unification des interprétations, comme par exemple l'instauration des juridictions de cassation⁴, mais à ceux qui font en sorte que le changement opéré ne procède pas d'une surprise inopinée. Ce n'est pas l'évolution de l'interprétation qui, en elle-même, est arbitraire. C'est sa soudaineté et le fait qu'elle doive s'appliquer immédiatement. Ce sont donc ces deux aspects qui doivent retenir l'attention. Il se trouve que des instruments procéduraux permettent de combattre ces deux sources de l'arbitraire dans l'application du droit. Le premier consiste à contraindre le juge à justifier la nécessité du changement opéré pour que chacun puisse en connaître les motifs (A). Le second consiste à agir sur les effets néfastes de la soudaineté du changement en assurant la meilleure transition possible entre l'ancienne interprétation et la nouvelle (B).

¹ V. : Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, Précis, 8^e éd., 2015, n^{os} 132, p. 122.

² J. Heinich, *Le Droit face à l'imprévisibilité du fait*, préf. J. Mestre, PUAM, 2014, p. 29, n^o 5.

³ V. aussi, défendant la thèse que l'avocat joue lui-aussi un rôle essentiel dans la préservation de la cohérence jurisprudentielle, en ce qu'il délimite un cadre à la décision : C.-S. Pinat, *Le discours de l'avocat devant la Cour de cassation. Étude de théorie du droit*, Th. Montpellier, 2015.

⁴ V. *supra* n^o 257.

A. La justification du changement d'interprétation

488. La cohérence des interprétations exige que le juge prenne soin de justifier précisément les raisons pour lesquelles il décide d'opérer un changement d'interprétation. Il n'en va pas seulement de la clarté et de l'intelligibilité de sa décision mais aussi de la légitimité de celle-ci. En imposant au juge de justifier son changement d'interprétation, le droit le contraint à montrer en quoi il n'emprunte rien à l'arbitraire. Il ne s'agit donc pas uniquement de l'exigence générale de motivation applicable à toute décision mais d'une exigence particulière, comme un supplément d'attention qui consisterait à insister sur l'explication du choix opéré par le juge de modifier la lecture qu'il faisait jusqu'ici d'une règle de droit. Or, sur ce point, le système actuel est lacunaire car il se caractérise par une concision traditionnelle de la motivation qui ne permet pas de lutter efficacement contre l'arbitraire d'une évolution intempestive de l'interprétation (1). Dès lors, la tendance actuelle à l'enrichissement de la motivation des décisions de justice doit être fortement encouragée (2).

1. Une concision traditionnelle de la motivation

489. Exigence de clarté. Dès l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 (un texte qui n'a jamais été abrogé), la motivation est apparue comme indispensable à la parfaite compréhension des décisions de justice dotées d'une dimension normative¹. La volonté de rendre explicites² les décisions des juridictions de cassation pour mieux saisir leur position sur l'interprétation du droit est une constante historique³. Elle traduit la nécessité de parvenir à une interprétation uniforme et cohérente du droit qui puisse donner aux justiciables les moyens de percevoir clairement la position des juges de cassation quant à l'interprétation qu'il convient de donner à une règle de droit. Cette exigence souligne l'importance de la motivation des décisions émanant des juges ayant un pouvoir créateur de droit, à savoir les juridictions de cassation. La motivation présente une utilité particulière lorsqu'elle porte sur des décisions qui ont une dimension normative. Elle permet de donner « une interprétation

¹ Ordonnance de Villers-Cotterêts, art. 110 : « Que les arrêts soient clairs et compréhensibles, et afin qu'il n'y ait pas de raison de douter sur le sens de ces arrêts, nous voulons et ordonnons qu'ils soient faits et écrits si clairement qu'il ne puisse y avoir aucune ambiguïté ou incertitude, ni de raison d'en demander une explication ».

² V. par ex. : A. Touffait et A. Tunc, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de Cassation », RTD civ. 1974, p. 487 ; R. Lindon, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », JCP G 1975, J. 2681 ; R. Libchaber, « Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation et le rôle de la doctrine », RTD Civ. 2000, p. 679 ; S. Guinchard, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? », in Mél. F. Terré, Dalloz, 1999, p. 761.

³ P. Teixier, « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », in *La motivation*, journées nationales, actes du colloque, Limoges, 1998, Trav. Ass. Capitant, tome 3, 1998, LGDJ, 2000, p. 5.

des sources formelles à l'intention des juridictions pour éclairer et unifier leur propre interprétation »¹ mais aussi d'exposer les raisons du changement qui a pu s'opérer. C'est une façon de se prémunir contre les évolutions injustifiées d'interprétation qui découlent davantage d'une volonté ponctuelle que d'une véritable réflexion sur l'amélioration du droit positif.

490. Concision de la motivation. Le problème est que, sur ce point, le droit se montre traditionnellement lacunaire. La culture juridique française se caractérise par une motivation concise des décisions de justice et, en particulier, des décisions des juridictions de cassation qui jouent un rôle dans la production normative. L'*imperatoria brevitatis* – l'impératif de brièveté – est ainsi mis en avant pour garantir une brièveté assumée² censée répondre à un souci de clarté³ de la motivation. Elle est aussi un héritage du passé monarchique de la France. Par exemple, si le Conseil d'État a toujours eu le souci de cette brièveté dans la motivation, c'est parce que c'est historiquement une juridiction conçue comme le prolongement de l'ancien Conseil du Roi⁴. Or, « au Conseil d'État, c'est le roi qui parle, qui décide, qui ordonne, son langage doit être bref, concis, incisif »⁵. Au-delà de cet aspect historique, la motivation « à la française », réduite au strict minimum, traduit aussi, une conception particulière du rôle du juge qui se voit traditionnellement refusé un pouvoir créateur de droit. La brièveté ne traduit pas seulement une volonté de pédagogie. Elle est aussi et peut-être surtout, « au service de la motivation sous la forme syllogistique, en ce qu'elle rappelle au juge qu'il lui incombe principalement de résoudre un litige, non de faire part de ses tergiversations aux justiciables ou de légiférer »⁶. Pour certains, elle participe d'une exigence de modestie imposée au juge « qui ne peut encore préjuger des effets indirects de sa position nouvelle, et qui n'est peut-être pas en mesure de dire ce qu'il décidera dans une

¹ F. Zenati, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », D. 2007, p. 1554.

² V. sur ce point : F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice*, préf. D. Rousseau, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2013.

³ H. Croze, « Pour une motivation pas trop explicite des arrêts de la Cour de cassation », in Mél. P. Malaurie, Defrénois, 2005, p. 196 : « qu'est-ce qui est plus clair : une motivation longue, redondante, dubitative et, à la limite, alambiquée ou une motivation brève et tranchante ? ».

⁴ Le Conseil du Roi a été désigné par le nom de Conseil d'État au cours des trois derniers siècles de l'Ancien Régime. Ses membres étaient désignés par les titres de conseiller d'État ou de maître des requêtes. Sur le laconisme des décisions du juge administratif, v. : Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, préf. G. Vedel, LGDJ, Anthologie du droit, 2014, p. 76 s.

⁵ C. Debbasch et J.-C. Ricci, *Contentieux administratif*, Dalloz, 8^e éd., 2001, n° 683, p. 609.

⁶ G. Drouot, *La rétroactivité de la jurisprudence. Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, préf. C. Brenner, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Droit Privé, LGDJ, 2016, n° 518, p. 335.

affaire voisine mais non identique»¹. Le laconisme de la motivation « lui évite ainsi de s'aventurer trop avant dans un sentier jurisprudentiel pourtant semé d'embûches »². Pour d'autres, cette brièveté est au contraire un signe de son pouvoir normatif. Le juge de cassation disposant d'un pouvoir d'interprétation de la loi qui en fait un organe de création du droit n'aurait pas à justifier en détails ses positions³.

491. Remise en cause de l'*imperatoria brevitatis*. S'il a des défenseurs⁴, l'*imperatoria brevitatis* peut aussi s'avérer redoutable en ce qu'il laisse planer des zones d'ombre sur les raisons qui ont poussé le juge à opérer une évolution de son interprétation alors qu'au contraire, « les justifications avancées contribuent à l'acceptation de la décision et favorisent l'adhésion des justiciables »⁵. La concision tend à favoriser l'arbitraire en ce qu'elle place ce dernier dans une situation qui ne l'incite pas à se montrer particulièrement précis et appliqué dans la justification du changement qu'il opère quant à l'interprétation qu'il retenait jusqu'alors. « Plus la décision est courte, plus le risque d'arbitraire demeure tout de même élevé et moins elle donne prise au débat public »⁶. C'est la raison pour laquelle cette

¹ M. Borgetto, A. Garapone et V. Heuze (dir.), *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 32.

² G. Drouot, *La rétroactivité de la jurisprudence. Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, op. cit., n° 517, p. 355.

³ C'est la position du professeur Zenati, qui fait du juge de cassation un pouvoir législatif dérivé. Or, « une institution chargée de poser des règles de nature législative n'a pas vocation à motiver sa décision comme un juge. Le jugement est un acte rhétorique qui tend à convaincre les plaideurs du bien fondé de la décision qu'il contient, ce qui explique que le juge soit enclin, en dehors de toute obligation légale, à motiver ses sentences. Tel est le style des arrêts rendus par les cours suprêmes de pleine juridiction et en particulier de celles de Common Law, dont le caractère ampliatif est bien connu. L'autorité chargée de donner l'interprétation officielle de la loi n'a, au contraire, pas lieu de se justifier, pas plus que n'a à le faire le législateur lui-même. Bien mieux, le faire affaiblirait son interprétation ; l'*imperatoria brevitatis* des arrêts suprêmes emprunte le style concis et ferme des lois ». V. F. Zenati, « La nature juridique de la Cour de cassation », BICC n° 575 du 4 avril 2003.

⁴ V. not. le professeur Malaurie qui voit dans la brièveté de la motivation à la française un gage de sobriété : P. Malaurie, « La sobriété », in Mél. G. Champenois, Defrénois, Lextenso éd., 2012, p. 599. « La sobriété est la sœur jumelle de la modestie, parce qu'elle est la simplicité, la modération, la mesure, la réserve, et même le bon sens [...]. Pas un mot de trop, pas de recherche de l'effet : le contraire de l'ivresse, c'est aussi l'étymologie qui l'enseigne, de l'ivresse de soi, de l'ivresse de la pensée, de l'ivresse des lois ».

V. aussi : Ph. Malaurie, « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le judge made law à la manière européenne », JCP G 2016, Libres propos 318 ; H. Croze, « Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation », in Mél. P. Malaurie, 2005, Defrénois, p. 181 ; Y. Chartier, « De l'an II à l'an 2000 : remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », in Mél. P. Draï, 2000, p. 269 ; A. Breton, *L'arrêt de la Cour de cassation*, Annales univ. Toulouse, 1975, p. 30.

⁵ C. Atias, « Crise de la motivation judiciaire », Cycle de conférence Droit et technique de cassation 2004-2005, organisé à la Cour de cassation, le 17 mai 2005, n° 5. Disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

V. aussi : A. Brunet, « Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation », in *Justice et droits fondamentaux*, in Mél. J. Normand, Litec, 2003, p. 56 et F. Ferrand, *Cassation française et révision allemande*, préf. S. Guinchard, PUF, 1993, p. 234, l'auteur regrettant une motivation jugée trop succincte.

⁶ C. Jamin, « Contrôle de proportionnalité : Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », conférence du 30 mars 2015 à la Cour de cassation, note 12, en ligne sur le site internet de la Cour :

particularité du droit français est aujourd'hui remise en cause par une réflexion d'ampleur qui est menée pour faire évoluer la motivation des arrêts des juridictions de cassation qui ont une vocation normative. Cette réflexion va dans le sens d'un renforcement de l'exigence de justification qui passe par la pratique qu'il est devenu courant d'appeler la motivation enrichie.

2. L'enrichissement nécessaire de la motivation

492. Réflexion récente. Le besoin d'approfondir cet aspect des décisions de justice est loin d'être nouveau¹. Cependant, un mouvement de réflexion récent a été impulsé autour de la modification des méthodes de motivation des décisions de justice, ce qui est peut-être le signe que les juges sont aujourd'hui plus qu'hier à la recherche d'un moyen d'asseoir leur propre autorité². La motivation, comme mécanisme juridique, ne répond pas seulement à un besoin des justiciables ; il est aussi révélateur d'un besoin de légitimation qu'exprime le juge lui-même. Plus techniquement, cette réflexion a été ouverte par la Cour européenne des droits de l'homme³ qui, pratiquant elle-même une motivation particulièrement dense, exige des juges, et, en particulier, des juges de cassation, qu'ils fournissent des explications détaillées sur l'interprétation qu'ils retiennent des règles de droit. Cette exigence s'exprime lorsque les décisions ont vocation à entraîner une évolution de l'état du droit positif. L'idée est finalement très simple. Plus les contraintes de motivation sont importantes, moins le juge est tenté de détourner le libre arbitre dont il dispose dans l'interprétation du droit. Il se montre totalement transparent et assume son rôle normatif en révélant aux justiciables quelle est

https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/contr_proportionnalite_7858/juger_motive_r_31563.html

¹ V. not. : A. Touffait et A. Tunc : « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », RTD civ. 1974, note 15 bis, p. 490 : « Les arrêts [de la Chambre criminelle] de la période du Second Empire jusqu'aux environs des années 1880 dénotent une conception différente de celle qui prévaut actuellement, conception qui manifeste un soin particulier dans la motivation confinant même à l'explication comme si la Cour avait été inspirée par le désir d'emporter la conviction ».

V. aussi : F. Rome, « Autres présidents, autre lettre... », D. 2007, p. 1713 : « Après les décisions souvent didactiques du XIX^e (au style paraissant aujourd'hui fleuri), après les motivations plus sobres du XX^e, le XXI^e siècle semble s'engager sous le signe d'un laconisme confinant souvent à l'hermétisme, au point que la plupart des arrêts requièrent désormais un arsenal instrumentaire de complément (sommaire au Bulletin, moyens annexés, voire Rapport et communiqués de la Cour elle-même), sans lesquels sens et portée sont l'objet de plus de conjectures que d'enseignements ».

² V. déjà en ce sens : F. Beranger, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, préf. C. Atias, PUAM, 2003.

V., plus généralement, sur la montée en puissance du juge qui s'érige en concurrent du pouvoir politique : B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure ?*, LGDJ, Lextenso éd., 2015, spéc. p. 41 s.

³ L'exigence s'applique aux revirements de jurisprudence : CEDH, 14 janvier 2010, n° 36815/03, *Atanasovski c. ex-République yougoslave de Macédoine*, §. 38. La Cour reproche à la juridiction d'avoir changé de jurisprudence sans donner les raisons substantielles expliquant ce revirement.

l'interprétation exacte qu'il entend donner à une règle déterminée. Contribuant « à la formation d'une jurisprudence claire et cohérente »¹, une motivation enrichie permettrait de donner d' « heureuses certitudes »² quant à l'état du droit positif. En cela, elle accentue la « dimension pédagogique »³ de la motivation et améliore « l'accès à la portée normative »⁴ des décisions des hautes juridictions.

À cet égard, c'est le Conseil d'État qui fut le premier à réfléchir à l'utilité d'une évolution dans la façon de motiver les décisions des juridictions de cassation. Il a rendu public, dès 2012, un *Rapport sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative* qui préconisait de modifier la forme traditionnelle de sa motivation pour dépasser une concision jugée parfois excessive, mettant en œuvre l'idée selon laquelle « l'axe du progrès en matière de justice suit de près le souci de s'expliquer »⁵. Comme l'énonce le Rapport, le but était de « faciliter autant que possible la lecture de la décision et d'enrichir son contenu informatif ». Il ne s'agissait pas de transposer en droit français le modèle de motivation anglo-saxon, réputé pour sa longueur, mais de tendre vers une technique de motivation qui puisse améliorer l'anticipation des changements d'interprétation. Emboitant le pas au Conseil d'État, la Cour de cassation a elle-aussi entrepris une réflexion sur ses techniques de motivation pour rendre plus intelligibles ses interprétations⁶. Le premier président Bertrand Louvel a institué, le 14 septembre 2015, une commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation et en a confié la coordination au président Jean-Paul Jean⁷.

493. Évolution des pratiques. Si la réflexion est toujours en cours, les hautes juridictions de cassation ont déjà fait évoluer ses méthodes classiques en se dirigeant dans la voie d'une

¹ S. Gjidara, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », LPA 26 mai 2004, n° 1, p. 3.

² R. Demogue, *Les Notions Fondamentales du Droit privé. Essai critique*, (1911), Éditions La mémoire du droit, 2001, p. 220 : « La Cour de cassation a été moins bien inspirée en faisant un certain emploi de la loi de l'économie des moyens (...). Peut-être une bonne technique de la jurisprudence s'accommoderait-elle plus facilement du procédé opposé, car en donnant à toute question soulevée la solution qu'elle comporte, la Cour enrichirait ainsi la collection des cas tranchés et donnerait d'heureuses certitudes ».

³ V. C.-J. Guillet, *La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, préf. H. Lécuyer, L'Harmattan, 2006, spéc. p. 46 s.

⁴ N. Fricero, « Pour un meilleur accès à la portée normative des arrêts de la Cour de cassation. Nouvelle manière de motiver, nouvelle manière de rédiger, nouvelle manière de communiquer », in *Regards sur la réforme de la Cour de cassation*, JCP G, 2016, n° spécial, p. 30.

⁵ D. de Bechillon, « Le juge et son œuvre, un an de fabrication du droit administratif au Conseil d'Etat », in Mél. M. Troper, *Economica*, 2006, p. 359.

⁶ V. C. Jamin, « Juger et motiver », RTD civ. 2015, p. 263 et P. Deumier, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », D. 2015, p. 2022.

⁷ B. Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », D. 2015, p. 1326.

motivation enrichie¹. C'est l'amélioration de la lisibilité, au sens large, des décisions à contenu normatif qui constitue la finalité immédiate de la motivation enrichie². Cette dernière participe d'un meilleur encadrement du libre arbitre du juge dans l'interprétation du droit car elle favorise la cohérence des décisions : en expliquant plus clairement les positions adoptées, le juge permet de mieux comprendre son appréhension de la règle et, ainsi, de mieux anticiper la façon dont elle sera mise en œuvre à l'avenir. Elle est, en cela, l'instrument d'une projection plus sûre quant à l'application du droit par le juge.

494. Effort de motivation. Un effort de motivation est mis en œuvre par les juridictions de cassation françaises. Sur ce point, les procédés sont très divers et dépendent de la créativité des juges eux-mêmes car s'il est fait obligation aux hautes juridictions de garantir la lisibilité de sa création normative, « les modalités de cette révélation ne sont pas imposées »³.

495. Motivation externe. Cette motivation enrichie peut d'abord être externe aux décisions. Les rapports annuels des hautes juridictions constituent traditionnellement une manière de prévenir les justiciables de la possibilité, à l'avenir, d'une évolution des solutions juridiques⁴. Aujourd'hui, le renforcement de l'intelligibilité des interprétations du droit se fait par des biais supplémentaires, plus originaux. Les juridictions de cassation n'hésitent plus à communiquer autour des mouvements de leurs propres jurisprudences. Par exemple, depuis quelques années, la Cour de cassation publie sur son site internet des communiqués dans lesquels elle exprime la volonté qui a présidé à l'adoption de telle ou telle position dans un

¹ V. Com., 22 mars 2016, n° 14-14.218, Dalloz actualité, le 11 avril 2016, obs. W. Delpech D. 2016. Pan. 1037, obs. Tréard ; RTD civ. 2016. 343, obs. Barbier ; JCP E 2016, n° 1251, note Dissaux ; Gaz. Pal. 24 mai 2016, p. 76, obs. Moulin ; RJ com. 2016. 254, obs. Monsérié-Bon ; Bull. Joly 2016. 377, note Barbier ; Dr. sociétés 2016, no 120, note Mortier ; Dr. et patrimoine 2016, n° 260, p. 63, obs. L. Aynès ; Cont. conc. Conso. 2016, n° 6, p. 41, obs. L. Leveneur ; Gaz. Pal. 24 mai 2016, n° 19, p. 76, obs. B. Dondero et 10 mai 2016, n° 17, p. 23, obs. D. Houtcieff ; LPA, 10 mai 2016, p. 10. P. Battistini.

V. ensuite : Civ. 1^{re}, 6 avr. 2016, n° 15-10.552, Dalloz actualité, le 19 avril 2016, obs. S. Lavric.

² De ce point de vue, la réflexion sur l'avènement d'une motivation enrichie dont il est ici question doit être distinguée de la question du contrôle de proportionnalité et de la façon dont il convient de le motiver. Il faut différencier la réflexion sur le rôle normatif des juridictions de cassation de celle qui a trait au changement de paradigme dans les méthodes de jugement. V. en ce sens, l'intervention de P. Deumier, « Quel modèle pour la décision », troisième table ronde, *in Discussion autour de la réforme de la Cour de cassation*, colloque du 18 novembre 2016, Lyon III.

L'intervention est disponible en ligne :

<https://webtv.univ-lyon3.fr/channelcatmedia/25/MEDIA161123160252495>

³ C. Charruault, « Propos sur la parole de la Cour de cassation », site Cour de cassation, cycle de conférences Droit et technique de cassation, 15 mars 2010.

⁴ Pour une vue d'ensemble, v. : J.-G. Huglo, « La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique », in *Le principe de sécurité juridique*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, déc. 2001.

arrêt. Ce sont des « clés de compréhension »¹ que livrent ces communiqués. Dégagées des contraintes rédactionnelles des décisions de justice, les juridictions de cassation trouvent dans ce support un lieu propice à une explication succincte qui pourrait permettre de justifier une évolution opérée sur un point de droit particulier². Ce vecteur de communication que constitue la pratique des communiqués pourrait même servir à annoncer, à l'occasion d'un arrêt, une évolution future de l'interprétation jusqu'alors retenue. Cela aurait pour avantage de remédier au caractère inattendu des changements opérés, un caractère qui participe de l'arbitraire de ce changement. Comme le souligne un auteur, cette « audacieuse pratique des communiqués peut aussi être une manière d'annoncer un revirement »³. Elle permet de réduire l'effet de surprise des plaideurs qui se voient appliquer un changement d'interprétation sans qu'ils n'aient pu le prévoir.

496. Notes explicatives. Dans le prolongement du développement de ces communiqués, est apparue une autre pratique, plus récente, qui consiste à diffuser des notes explicatives à l'occasion d'arrêts qui modifient une interprétation. Ces notes, qui constituent une sorte de motivation exogène⁴, externe à la décision, permettent d'éclairer les justiciables sur la position prise par le juge quant à l'interprétation d'une règle de droit mais pourraient également servir à mieux anticiper les changements d'interprétation. Elles sont aujourd'hui diffusées par la Cour de cassation, sur son site internet, dans le but d'accroître la lisibilité de la position adoptée à l'égard de l'application d'une règle de droit. Les notes explicatives sont pour le juge de cassation ce que sont les travaux préparatoires pour le législateur, c'est-à-dire des outils permettant de rendre plus explicites les choix opérés par l'auteur de la règle et d'anticiper les évolutions. Ce sont des « palliatifs à une motivation indigente des arrêts eux-mêmes »⁵.

¹ P. Deumier, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD Com.*, 2006, p. 510. V. aussi : F. Guiomard, « Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *RDT* 2006, p. 222 ; E. Scholastique, « L'image d'une cassation : l'arrêt *Metaleurop* », *in* *Mél. Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 503.

² C'est ainsi que dans un communiqué de la Cour de cassation, le premier président de la juridiction avait expliqué qu'un arrêt rendu par la Chambre sociale le 16 novembre 2010 opérait « un important revirement de jurisprudence » quant aux conditions de la règle dite de l'unicité de l'instance : V. le communiqué disponible sur le site internet de la Cour de cassation :

<https://www.courdecassation.fr/IMG/File/sociale%2016%20nov%202010.pdf>

³ F. Zenati-Castaing, « Pour un droit des revirements de jurisprudence », *in* *Mél. J.-L. Bergel, Bruylant*, 2013, p. 539.

⁴ V. F. Descorps-Declère, « Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 2822. V. aussi : H. Muir Watt, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », *in* N. Molfessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, n° 9.

⁵ S. Gjidara, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA* 2004, n° 105, p. 3, n° 59.

497. Motivation interne. La motivation enrichie peut également être interne aux décisions. L'idée est alors de procéder, au sein même de la décision, à une amélioration de la motivation pour garantir la bonne intelligibilité de son contenu. Cette amélioration n'est pas nécessairement quantitative. Il est regrettable que la motivation enrichie soit opposée à la brièveté de la motivation. C'est aussi et surtout d'un enrichissement qualitatif dont il s'agit, lequel passe non par un allongement interminable de la décision mais par un étoffement des justifications intrinsèques. Ce renforcement conduit à allonger de quelques lignes la motivation mais, au fond, ce n'est pas vraiment la question. Ce qui compte ce n'est pas de mesurer la quantité de motivation mais d'en mesurer la pertinence. Or, sur ce point, il faut admettre que la concision est parfois très largement excessive. C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État comme la Cour de cassation ont été amenés à faire évoluer leurs pratiques.

498. Style direct. Le Conseil d'État est certainement la juridiction qui s'est montrée la plus encline au changement. À la suite du rapport de 2012, une expérimentation a été mise en place au sein de la haute juridiction administrative et se poursuit encore aujourd'hui. Elle consiste, notamment, à abandonner la pratique de la phrase unique et des « considérants »¹ afin d'adopter un style plus direct censé rendre plus clair l'exposé des motifs de la décision². La phrase unique a ses intérêts³. Elle contraint le juge à ne livrer que l'essentiel afin d'éviter une motivation surabondante. La pratique a aussi des inconvénients de taille en ce qui concerne la clarté du raisonnement suivi par le juge. Elle incite le juge à raccourcir sa décision, notamment pour des questions stylistiques⁴, ce qui avait pour effet pervers de compacter les explications qu'il entendait donner sur la façon dont il appréhendait le droit applicable au problème soulevé par le litige. Le style direct est ainsi conçu comme « un libérateur d'explications »⁵ qui permet de mieux saisir la position du juge sur la règle à

¹ Sur la question, v. : P. Brunet, « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », *Droit et société*, 2015/3, p. 545.

² V. Le rapport du Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, Avril 2012, p. 38.

³ V. sur la pratique de la phrase unique : Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, préf. G. Vedel, LGDJ, Anthologie du droit, p. 85 s.

⁴ V. *ibid*, p. 11-12 : « l'accumulation des « que » et des « points-virgules » qu'elle (la phrase unique) induit ainsi que par la longueur de la phrase qui en résulte, peuvent constituer par eux-mêmes un obstacle à la compréhension de la décision ».

⁵ Le terme est employé par P. Martin, président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'Etat et président du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative.

V. P. Martin, « Quel modèle pour la décision », troisième table ronde, in *Discussion autour de la réforme de la Cour de cassation*, colloque du 18 novembre 2016, Lyon III.

L'intervention est disponible en ligne :

<https://webtv.univ-lyon3.fr/channelcatmedia/25/MEDIA161123160252495>

appliquer¹. Certains arrêts ayant adopté ce style direct témoignent clairement d'une volonté de pédagogie sur l'exposé de l'appréhension de la règle de droit appliquée². Ce fut notamment le cas à l'occasion de décisions importantes rendues au sujet de l'installation de crèches de Noël dans un emplacement public. L'explication donnée par le Conseil d'État dans la décision permet de comprendre précisément la façon dont il conçoit la possibilité d'installation dans un emplacement public d'une crèche³. Ce faisant, il permet une meilleure prévisibilité du droit, là où une décision moins soucieuse de cette motivation enrichie aurait pu laisser subsister des zones d'ombre.

499. Mentions des précédents. Quant à la Cour de cassation, elle partage ces préoccupations relatives à la simplification du discours au sein de la décision. Mais elle privilégie, pour l'heure, d'autres pistes permettant de parvenir à un enrichissement de la motivation. En particulier, elle a été amenée à faire un choix fort, que l'on pourrait croire anodin mais qui est hautement symbolique. Elle a fait figurer, au sein de ses décisions, des références à des décisions rendues en son sein pour préciser le sens et la portée d'une interprétation⁴. Si la référence à ces précédents jurisprudentiels n'est pas tout à fait nouvelle⁵, le contexte dans lequel sont intervenus ces arrêts montre que la Cour de cassation souhaite clairement prendre

¹ V. l'intervention de J.-M. Sauvé au cours de l'Assemblée générale du Conseil d'État, le 6 juin 2016 (en ligne), au sujet du souci de meilleure lisibilité, accessibilité et motivation des décisions de justice : « Le but de cette démarche est de mieux faire comprendre ces décisions par les parties et le public, comme par la communauté juridique. C'est aussi de contribuer au meilleur rayonnement de notre droit, qui souffre de modes de rédaction jugés trop laconiques et ésotériques. Dans ce chantier engagé depuis quatre ans, nous franchissons maintenant une étape nouvelle. Les plus hautes formations de jugement du Conseil d'Etat commencent à rendre des décisions rédigées en style direct et le même projet se développe dans les cours et les tribunaux administratifs ».

² Signe de l'intérêt que portent les juridictions à cette pratique, le Conseil constitutionnel a lui aussi fait le choix d'opter, sous l'impulsion de son président, pour ce style direct dans l'exposé de ses décisions. En revanche, l'accent est mis ici sur la simplification stylistique de la décision et non sur le renforcement de la clarté de ses positionnements sur les textes interprétés.

Sur ce point, v. : M. Charité, « Réflexions sur la modernisation du mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel », *Revue générale du droit, Etudes et réflexions* 2017, numéro 1, spéc. 9.

³ CE, 9 nov. 2016, *Commune de Melun*, n° 395122 § 5, AJDA 2016. 2135; D. 2016. 2341, obs. de Montecler; *ibid.* 2456, entretien Maus; JCP G 2016, 853, obs. Touzeil-Divina.

La décision est ainsi rédigée : « l'installation d'une crèche de Noël, à titre temporaire, à l'initiative d'une personne publique, dans un emplacement public, n'est légalement possible que lorsqu'elle présente un caractère culturel, artistique ou festif, sans exprimer la reconnaissance d'un culte ou marquer une préférence religieuse. Pour porter cette dernière appréciation, il y a lieu de tenir compte non seulement du contexte, qui doit être dépourvu de tout élément de prosélytisme, des conditions particulières de cette installation, de l'existence ou de l'absence d'usages locaux, mais aussi du lieu de cette installation. A cet égard, la situation est différente, selon qu'il s'agit d'un bâtiment public, siège d'une collectivité publique ou d'un service public, ou d'un autre emplacement public ».

⁴ V. Cass., avis, 4 janv. 2016, n° 15-70.004, rapport M. Silhol et avis M. Beau, D. 2016. 133, obs. P. Deumier. V. aussi : P. Deumier, « Une motivation plus explicite des décisions de la Cour de cassation », JCP G 2016, 554, obs. ss. Crim., 29 févr. 2016, avis, n° 15-70.005.

⁵ V. déjà : Com., 8 févr. 2011, n° 10-11.896, D. 2011. 515, obs. A. Lienhard, 1314, note N. Molfessis et J. Klein, 1321, note F. Marmoz, et 2758, obs. E. Lamazerolles ; Rev. sociétés 2011. 288, note P. Le Cannu ; RTD civ. 2011. 493, obs. P. Deumier; Soc., 31 janv. 2012, n° 11-20.233, D. 2012. 443 ; 1765, chron. L. Pécaut-Rivolier, et 2622, obs. J. Porta ; RDT 2012. 168, obs. T. Grumbach.

la voie d'une motivation plus explicite, même si les modalités de cette nouvelle forme de motivation restent incertaines. La question est complexe car elle renvoie à une transformation plus profonde de la fonction même de la Cour de cassation. L'évolution « est annonciatrice d'une vraie révolution qui ne sera pas que de palais »¹. Elle n'en reste pas moins intéressante lorsqu'elle est confrontée à la problématique de l'arbitraire. La motivation enrichie est un instrument de lutte contre les dérives du libre arbitre dans l'interprétation du droit. Elle doit être envisagée dans cette perspective. C'est un vecteur de communication qui doit être utilisé pour atténuer l'onde de choc provoquée par une évolution inattendue du droit. Il ne faut pas la craindre mais l'encourager. Elle n'est pas synonyme de motivation discursive, interminable, faite de détours et de longueurs qui ne feraient que susciter plus d'ambiguïtés. Du reste, la motivation enrichie n'est pas incompatible avec l'exigence de brièveté ou de concision. Il ne s'agit pas d'aligner les pratiques françaises sur celles de juridictions étrangères dont l'histoire, par définition différente, a façonné les pratiques. Il s'agit de rendre plus explicite les décisions à portée normative qui entraînent une évolution du droit positif : communiquer plus pour communiquer mieux. Car c'est bien de cela dont il s'agit ; de l'exigence faite au juge d'expliquer précisément les raisons qui le poussent à prendre tel positionnement sur l'interprétation d'une règle de droit afin de donner à chacun la possibilité de comprendre l'interprétation retenue. En somme, « après avoir tranché, il s'agit d'expliquer pourquoi la solution a été adoptée »².

500. Avis. La motivation enrichie peut permettre de lutter contre l'arbitraire de l'incohérence des interprétations du droit. Si cet effort de motivation concerne aujourd'hui des décisions contentieuses³, il est d'autant plus bénéfique lorsque l'effort de motivation concerne les décisions d'avis rendues par la Cour de cassation à la demande d'un juge du fond. La

¹ C. Nourissat, « Pour une motivation explicite des arrêts de la Cour de cassation : *it missa est* », Procédures, 2016, repère 6, obs. ss. Com., 22 mars 2016, n° 14-14.218.

² R. Libchaber, « Une motivation en trompe l'œil : les cailloux du Petit Poucet », JCP G. 2016, doctr. 632 : « Motiver, ce n'est pas seulement donner les motifs de la décision ; c'est aussi rechercher les motifs des motifs, seule façon d'aller au bout de la démarche herméneutique. Ce qui ne saurait menacer la marge de liberté qui appartient à l'interprète : le fait que la Cour fasse mieux comprendre sa perception et sa conception de la norme pourrait lui permettre de regagner une crédibilité qu'une jurisprudence sèche et erratique a dissipée ces dernières années ».

³ V. pour l'arrêt précurseur : Com., 22 mars 2016, *préc.* : D. 2016. 704 ; *ibid.* 1037, chron. S. Tréard, F. Arbellot, A.-C. Le Bras et T. Gauthier ; RTD civ. 2016, p. 343, obs. H. Barbier ; RTD com. 2016, p. 317, obs. B. Bouloc. D. 2016. 704 ; JCP G 2016, 522, édito D. Mazeaud ; JCP G 2016. 632, note R. Libchaber ; Procédures 2016. Repère 6 ; CCC 2016, n° 136, note L. Leveneur ; RLDA 2016, p. 115. V. ensuite : Civ. 1^{re}, 6 avr. 2016, n° 15-10.552, D. 2016, p. 841.

procédure d'avis se retrouve dans les contentieux judiciaire et administratif¹. En ce qui concerne les juridictions de l'ordre judiciaire², elle est régie par les articles L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire et 1031-1 du Code de procédure civile. Instaurée par une loi du 15 mai 1991, cette procédure fut conçue « pour unifier l'interprétation des textes »³ et offre aux juges du fond la possibilité de solliciter l'avis de la Cour de cassation sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges. Prévues par l'article L. 113-1 du Code de la justice administrative pour le Conseil d'État et par loi n° 2001-539 du 25 juin 2001 pour les juridictions répressives, ce « référé juridictionnel »⁴ consiste à solliciter l'organe détenant le pouvoir d'interprétation d'une norme afin de prévenir les conflits d'appréciation et donc les possibles divergences de solutions. Pour supplanter « les aléas de l'élaboration traditionnelle du droit jurisprudentiel »⁵, le droit permet d'apporter « des réponses fermes aux problèmes (...) avant même que se multiplient les litiges et s'instaurent des jurisprudences divergentes »⁶. C'est une « technique de centralisation judiciaire »⁷ qui permet de déterminer à l'avance l'interprétation qu'il convient de retenir. Son intérêt est de ne pas attendre que le juge de cassation soit saisi du litige pour qu'il se prononce mais d'anticiper en lui posant la question à l'avance⁸.

501. Souci de pédagogie. La motivation enrichie donne à la juridiction de cassation le moyen de se montrer plus explicite sur les positions qu'elle entend prendre quant à l'interprétation

¹ V. not. P. Chauvin, « La saisine pour avis », Bull. inf. C. cass., 1993 ; G. Keromnes, « La saisine pour avis de la Cour de cassation – Examen des conditions de recevabilité des demandes », Gaz. Pal., 1997, doct. 1571 ; A.-M. Morgan de Rivery-Guillaud, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », JCP G 1992, I, 3576 ; F. Zenati, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », D. 1992, chron. 247 ; H. -M. Darnanville, « La saisine pour avis du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation », AJDA 2001, p. 416 ; G. Wiederkehr, « Saisine pour avis de la Cour de cassation », Justice, n° 1, janvier/Juin 1995, chroniques d'actualité, p. 258-261 ; G. Rouhette, « Une fonction consultative pour la Cour de cassation », in Mél. A. Breton et F. Derrida, Dalloz, 1999, p. 343.

² V. C. Pelletier, « Quinze ans après : l'efficacité des avis de la Cour de cassation », in Mél. P. Jestaz, 2006, Dalloz, p. 429.

³ F. Zenati, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *préc.*

⁴ Y. Gaudemet, « Sécurité du droit et jurisprudence », Entretien de Nanterre, 16-17 mars 1990, JCP Cahiers de droit de l'entreprise, n° 48, 29 septembre 1990, Supplément 6, n° 47, p. 17.

⁵ T. Piazzon, *La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, 2009, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, n° 269, p. 513.

⁶ B. Martin-Laprade, « Le filtrage des « pourvois » et les « avis » contentieux », AJDA 1988, p. 85. V. aussi, P. Cassia, « Filtrer l'accès au juge de cassation ? », D. 2015, p. 1361 ; N. Molfessis, « Pour une sélection vertueuse des pourvois », in Regards sur la réforme de la Cour de cassation, JCP G 2016, n° spécial, p. 16 ; L. Cadiet et S. Amrani-Mekki (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Economica, 2015.

⁷ P. Chauvin, « La saisine pour avis », Bull. inf. C. cass., 1993, p. 53.

⁸ Pendant longtemps, la procédure d'avis a eu une efficacité limitée, ce qui s'expliquait par la composition de la formation d'avis. La formation d'avis n'était pas nécessairement spécialiste du domaine dans lequel la question lui était posée. Toutefois, depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, c'est la chambre compétente qui doit se prononcer, voire une formation mixte lorsque la demande relève de plusieurs chambres, ce qui donne un surplus de sécurité à l'avis délivré, puisque c'est une formation spécialisée qui a désormais vocation à se prononcer.

V. pour un exposé de l'impact de cette réforme sur la Cour de cassation : F. Ferrand, « La Cour de cassation dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », JCP G, 2016, I, 1407.

des règles de droit, ce qui permet de mieux en déceler les subtilités. L'avantage est que ce surplus d'explications est donné en dehors de toute instance contentieuse. Bien sûr, la Cour de cassation peut déjà opérer des évolutions d'interprétation à travers ses avis mais la motivation enrichie aurait pour intérêt de renforcer la prévisibilité de ses positions en précisant le message envoyé aux juridictions du fond. Il faut donc se réjouir que cet enrichissement de la motivation soit déjà mis en œuvre par la Cour de cassation. Cette dernière a rendu plusieurs avis dans lesquels elle a montré un souci de pédagogie dans l'explication de sa position. Elle s'est référée à des précédents jurisprudentiels pour permettre d'appréhender plus clairement sa position. Elle l'a fait dans un avis du 4 janvier 2016 sur une question relative au régime des cotisations salariales¹ et dans un avis du 19 février 2016 relatif au droit d'un mineur d'être assisté d'un avocat². Dans ces deux avis, la Cour régulatrice s'est montrée très claire. Par exemple, dans le premier, elle a expliqué que sur la question qui lui était posée³, sa jurisprudence était « constante », comme pour indiquer qu'il n'y avait pas lieu de craindre, sur ce point, une évolution de son interprétation.

502. Par « quelques signes de plus »⁴, la motivation des décisions des juridictions de cassation doit permettre un renforcement de la cohérence des interprétations du juge en évitant que le plaideur se trouve dans l'impossibilité de savoir à l'avance quel est le sens à donner à la règle qui s'appliquera à son litige. La motivation enrichie est un outil procédural qui pourrait permettre de mieux appréhender les évolutions d'interprétation, là où une motivation plus sommaire peut susciter des doutes par les silences qu'elle laisse. Abordée sous l'angle de l'arbitraire, la motivation enrichie dévoile l'un de ses intérêts majeurs. Il y a plus à gagner qu'à craindre dans le mouvement de réflexion qui entoure aujourd'hui ce sujet. La question en rejoint une autre, elle-aussi, au cœur d'interrogations très actuelles, la question de l'application dans le temps du changement d'interprétation.

¹ Cass., Avis, 4 janv. 2016, n° 15-70.004, rapport M. Silhol et avis M. Beau, D. 2016, p. 133, obs. P. Deumier.

² Cass., Avis, 29 févr. 2016, n° 15-70.005, rapport Mme Carbonaro, avis M. Wallon, D. 2016, p. 601, note explicative de la Cour de cassation ; JCP G 2016, n° 12, 554, obs. P. Deumier ; RTD. Civ. 2016, p. 317, obs. J. Hauser.

³ La Cour de cassation a été saisie par le conseil de prud'hommes de Grenoble de la question de savoir si la CSG et la CRDS, définies comme des cotisations sociales, devaient ou non s'appliquer sur les indemnités journalières de sécurité sociale, dans le cadre d'un maintien de salaire net prévu par une convention collective.

⁴ P. Deumier, « Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents », RTD civ. 2016, p. 65, obs. ss. Cass. avis, 4 janv. 2016, préc.

B. L'application dans le temps du changement d'interprétation

503. « Si la “jurisprudence” peut assurément changer, il faudra bien un jour se demander comment concilier ses variations avec les exigences de la justice »¹. Par ces mots empreints de simplicité, le professeur Christian Atias a soulevé la principale difficulté qui entoure les évolutions d'interprétation à l'égard d'une règle de droit. Celle qui porte sur la temporalité de ces changements ; c'est-à-dire à leur entrée en vigueur dans le temps. Si l'on admet que c'est l'effet déclaratif des évolutions d'interprétation qui fonde leur « nocivité »² alors il faut reconnaître qu'il convient d'agir sur l'effet de surprise pour lutter efficacement contre cette manifestation de l'arbitraire qui consiste à juger un plaideur sur la base d'une interprétation nouvelle qu'il ne pouvait raisonnablement anticiper. Non pas en empêchant le juge d'opérer ces changements car ils sont nécessaires à la vie du droit³ mais en permettant une bonne transition entre l'ancienne et la nouvelle lecture. Une solution pourrait consister à réserver les effets de ces évolutions pour les seules situations futures (1) mais cela ne semble pas toujours être la réponse appropriée. Il faut lui en préférer une autre qui consiste à reconnaître au juge la faculté de moduler dans le temps les effets de l'évolution qu'il provoque (2).

1. L'application pour l'avenir du changement d'interprétation

504. Non-rétroactivité de la loi. L'idée de limiter les effets des évolutions jurisprudentielles aux seules situations futures est ancienne. Elle renvoie à l'impératif de non-rétroactivité des lois qui est inscrit à l'article 2 du Code civil : « la loi n'a point d'effet rétroactif, elle ne vaut que pour l'avenir ». Pour préserver les prévisions légitimes des parties, il conviendrait de dépasser les réticences⁴ et d'appliquer ce principe élémentaire aux évolutions imprévisibles d'interprétation qui émanent du juge, lesquelles participent de l'état du droit positif. « Cette rétroactivité inhérente à la jurisprudence paraît d'autant moins acceptable que la loi elle-

¹ C. Atias, note ss. Civ. 1^{re}, 21 mars 2000, D. 2000, p. 593.

² G. Drouot, *La rétroactivité de la jurisprudence. Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, préf. C. Brenner, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Droit Privé, LGDJ, 2016, n^{os} 328 s, p. 235 s. L'auteur consacre une partie de ses réflexions aux « remèdes à la nocivité de la rétroactivité jurisprudentielle ». V. aussi sur cette question, les réflexions de F. Kernaleguen, *L'extension du rôle des juges de cassation*, Th. Rennes, 1979, n^o 115 et s., p. 228 et s.

³ V. *supra* n^{os} 245 s.

⁴ V. Crim., 30 janv. 2002, Bull. crim. n^o 16 ; D. 2003. Somm. 173, obs. B. de Lamy ; RSC 2002. 581, et RTD com. 2002. 558, obs. B. Bouloc : « le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle ».

même ne peut avoir cette force »¹. Il y a en effet quelque chose d'inacceptable à tenir le juge hors des exigences de « bonne législation »² lorsqu'il produit lui-même un changement dans l'état du droit objectif. C'est en ce sens que se prononçait déjà le professeur Paul Roubier lorsqu'il s'étonnait de constater que « le droit transitoire n'ait envisagé que les changements de lois, et nullement les changements de jurisprudence »³. Plus tard, dans une série d'articles qui se proposaient de réfléchir aux dangers des revirements de jurisprudence, le professeur Christian Mouly a proposé d'appliquer l'article 2 du Code civil, qui pose le principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle, aux normes d'origine jurisprudentielle, afin de retarder l'application de la nouvelle interprétation jurisprudentielle⁴.

505. Prospective overruling. Une telle démarche, qui conduit « à ménager la prévisibilité du droit, en dénonçant l'insécurité juridique que provoquent les revirements de jurisprudence »⁵, repose sur la pratique du *prospective overruling* qui prévaut dans le droit anglo-saxon. L'idée est d'introduire dans l'article 2 précité un complément permettant de protéger les plaideurs contre les effets négatifs d'un changement de jurisprudence. Cependant, si ce texte pourrait effectivement servir de support à une réforme du droit positif, ce complément ne devrait pas se limiter à consacrer la non-rétroactivité des évolutions de jurisprudence. Toutes les évolutions imprévisibles d'interprétation ne sont pas arbitraires. Il y a des évolutions qui garantissent des droits nouveaux aux plaideurs en cause, de sorte que si elles déjouent leurs prévisions légitimes, c'est essentiellement en leur faveur. Par exemple, lorsque la Cour de cassation a consacré la possibilité d'un changement de sexe des transsexuels, elle a certes fait évoluer sa jurisprudence mais pour consacrer un droit⁶. Il serait alors regrettable, pour ne pas dire arbitraire !⁷, qu'une telle évolution soit consacrée sans que la partie elle-même ne puisse en bénéficier sous prétexte d'une limitation des effets de cette nouvelle interprétation aux situations à venir. Le plaideur se trouverait alors dans la situation d'Alceste dans *Le*

¹ D. Lanzara, *Les méthodes de la Cour de cassation dans la création du droit : étude à la lumière du droit des obligations*, Th. Nice, 2014, n° 241, p. 290. L'auteur écrit : « Plus les parties à l'instance sont surprises par le changement des règles applicables, plus la rétroactivité est dommageable » (note 1886).

² L. Favoreu (dir.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 16^e éd., 2014, n° 1154-2, p. 821 et s.

³ P. Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, Sirey, 1929, t. 1, p. 26.

⁴ V. C. Mouly, « Les revirements de jurisprudence », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1994, p. 123 ; « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », LPA, 4 mai 1994, n° 53 ; « Le revirement pour l'avenir », JCP G 1996, I, 3776.

⁵ N. Molfessis (dir.), *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis au Premier président de la Cour de cassation*, LexisNexis, 2005, p. 7.

⁶ Ass. plen., 11 déc. 1992, n° 91-11.900, Bull. civ., Ass. plen., n° 13, p. 27.

⁷ V. pour les liens entre cette solution et le déni de justice : X. Bachelier, M.-N. Jobard-Bachelier, « Les revirements de jurisprudence », RTD civ. 2005, p. 307.

Misanthrope de Molière : « Sur la foi de mon droit, mon âme se repose. Cependant je me vois trompé par le succès : J'ai pour moi la justice, et je perds mon procès ! »¹.

506. À la réflexion, il faut doter le système d'une plus grande souplesse pour concentrer la lutte sur l'arbitraire et sur rien d'autre. C'est à une véritable modulation dans le temps des effets de ces changements qu'il conviendrait d'aboutir pour lutter efficacement contre l'arbitraire d'un changement inattendu d'interprétation.

2. La modulation dans le temps des effets du changement d'interprétation

507. Faculté de modulation. « Complexe, incertaine et conflictuelle »², la question de la modulation dans le temps des effets d'une évolution jurisprudentielle³ a longtemps divisé la doctrine⁴ et a suscité la résistance des juridictions de cassation elles-mêmes. L'idée est défendue depuis longtemps. Ce fut le cas, en particulier, dans le *Rapport Molfessis sur les revirements de jurisprudence* remis à l'ancien Premier président Guy Canivet en 2004⁵. Le but est de donner au juge la possibilité de décider, au cas par cas⁶, d'écarter l'application immédiate d'une évolution jurisprudentielle qui porterait atteinte aux intérêts légitimes des plaideurs. Le juge développerait un raisonnement en deux temps : dans un premier temps, il ferait évoluer sa jurisprudence ; dans un second, il apprécierait la nécessité d'appliquer cette position nouvelle au litige qu'il est censé trancher. Dès lors, de deux choses l'une : soit il considère que l'évolution n'affecte aucune prévision légitime et il conclut à l'application

¹ Molière, *Le Misanthrope*, Acte V, scène 1.

² N. Molfessis, « La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence », D. 2009, p. 2567.

³ Sur la « règle jurisprudentielle », v. : J. Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », AJDA 1968, p. 15 : « Le juge ne peut simultanément énoncer une règle qui dévalue, par définition, celle qu'il appliquait jusque-là, et trancher le litige au nom de la non-rétroactivité, sur la base antérieure : la technique d'édition de la règle juridictionnelle, qui lie formulation de la règle et application à l'espèce, le condamne à la rétroactivité ».

⁴ V. P. Deumier et R. Encinas de Munagorri, « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? », RTD civ. 2005, p. 83.

⁵ N. Molfessis (dir.), *Les Revirements de jurisprudence. Rapport remis au président de la République*, LexisNexis, 2005. V. en lien avec le rapport : « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? », entretien avec Guy Canivet et Nicolas Molfessis, JCP G 2004, I, 189. La question avait donné lieu à un colloque, au sein même de la Cour de cassation : « Pour une modulation dans le temps des revirements de jurisprudence ? », Colloque organisé sous la présidence de Guy Canivet, le mercredi 12 janvier 2005.

La majorité de la doctrine avait accueilli cette proposition avec réserve : V. Heuzé, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité », JCP G 2005, I, 130 ; P. Morvan, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », D. 2005, p. 247 ; Ch. Radé, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », D. 2005, p. 988 ; Th. Revet, « La légisprudence », in Mel. P. Malaurie, Defrénois, 2005, p. 377. J.-L. Aubert, « Faut-il "moduler" dans le temps les revirements de jurisprudence ?... J'en doute ! », RTD civ. 2005, p. 302.

⁶ En ce sens : X. Lagarde, « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », APD, t. 50, Dalloz, 2007, p. 77 et s. ; « Jurisprudence et insécurité juridique », D. 2006, p. 678 et s. ; « Modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence : l'assemblée plénière de la Cour de cassation confirme », JCP G 2007, II, 10111.

immédiate de la position nouvelle, soit, au contraire, il constate que le changement affecte des prévisions légitimes et décide d'en reporter « l'entrée en vigueur ». Le juge se verrait doté d'une faculté de modulation, dans le temps, des effets d'une nouvelle interprétation du droit qui lui permettrait de conserver la possibilité d'en faire bénéficier les parties en cause. « Guidé par le souci de préserver les attentes que des parties pouvaient légitimement avoir »¹, le juge devrait alors mettre en balance l'intérêt d'une application immédiate de la règle nouvelle qu'il estime meilleure et la nécessité de ne pas appliquer aux parties un droit qu'elles ne pouvaient prévoir au jour de la survenance du litige. C'est cette faculté d'adaptation que s'est reconnue la Cour de justice de l'Union européenne. Celle-ci développe une appréciation concrète des conséquences de l'évolution de ses positions, en sondant l'ensemble des intérêts en jeu, avant de conclure à l'application immédiate de la solution nouvelle². Elle a précisé, dans l'arrêt *Driessen* du 5 octobre 1993, que la rétroactivité n'est tolérable que si elle ne porte pas atteinte « à la confiance légitime »³ des personnes qui ont vocation à subir l'évolution. Elle ne reconnaît donc pas de solution automatique ou absolue. Ce n'est pas tout à fait la même solution qui prévaut en ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière ne pratique pas, à proprement parler, la modulation dans le temps des effets d'une interprétation nouvelle. Elle accepte une application limitée aux seules situations futures. Dans l'arrêt *Marckx contre Belgique*, elle a consacré la possibilité d'un revirement pour l'avenir au nom du « principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention »⁴. Il s'agissait, selon ses propres mots, d'éviter de remettre en cause les actes ou situations juridiques antérieurs à l'évolution⁵.

¹ X. Bachellier et M.-N. Jobard-Bachellier, « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », RTD civ. 2005, p. 304.

² Ainsi a-t-elle pu considérer, après avoir consacré le principe de l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, que cette position ne pouvait s'appliquer aux situations passées car « compte tenu du nombre élevé des personnes intéressées, de telles revendications, imprévisibles pour les entreprises, pourraient avoir des effets graves sur la situation financière de celles-ci, au point d'acculer certaines d'entre elles à la faillite » : CJUE, 8 avr. 1976, *Defrenne c. Sabena*, Rec. 1975, p. 455 s., RTD europ. 1976, p. 528 s., obs. C. Philip.

V. ensuite : CJCE, 17 mai 1990, *Barber*, Rec. p. 1889 ; D. 1991, p. 131 : « ainsi que la Cour l'a reconnu dans son arrêt du 8 avril 1976, *Defrenne*, elle peut, à titre exceptionnel, en tenant compte des troubles graves que son arrêt pourrait entraîner pour le passé, être amenée à limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer l'interprétation que, saisie par la voie de question préjudicielle, la Cour donne d'une disposition. Pareille limitation ne peut être admise que par la Cour dans l'arrêt même qui statue sur l'interprétation sollicitée ».

³ CJCE, 5 octobre 1993, *Driessen et al.*, Rec. p. 4751 ; LPA n° 17, 9 février 1994, p. 20, obs. L. Cartou.

⁴ CEDH 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, § 58.

V. ensuite CEDH, 29 nov. 1991, *Vermeire c. Belgique*, req. n° 12849/87.

Dans une autre affaire, la Cour européenne des droits de l'homme décida que la solution posée par un arrêt de la Cour de cassation ne pouvait avoir d'effet qu'à compter de sa date. Elle retint pour cela que jusqu'à cet arrêt de la Cour de cassation, l'état du droit était incertain et qu'ainsi le requérant ne pouvait prévoir qu'en acceptant l'offre du fonds il renonçait à demander un complément d'indemnisation en justice. Le requérant avait été privé du droit concret et effectif à un tribunal : CEDH, 30 oct. 1998, n° 60/1998/963/1178, *F.E. c. France*, § 47.

⁵ Cependant, la Cour européenne reste réticente à concevoir largement cette faculté de modulation en ce qui concerne ses propres évolutions.

508. Pour une généralisation de la faculté de modulation. C'est en direction de la modulation qu'il faut se diriger pour trouver un point d'équilibre entre la lutte contre l'arbitraire d'un changement imprévisible et la modification de l'interprétation jurisprudentielle. Il faut, en d'autres termes, une faculté de modulation des effets d'une évolution de la jurisprudence car c'est une façon de concilier le respect la faculté d'interprétation du juge et le respect des prévisions légitimes des plaideurs. L'injustice de l'évolution doit être combattue *in concreto*. Il faut « procéder au cas par cas, à une recherche des anticipations légitimes qui ont pu être celles des justiciables (...) »¹. Il ne s'agit donc pas d'élaborer un véritable droit transitoire applicable à la règle jurisprudentielle nouvelle mais simplement de constater qu'il serait injuste, dans une espèce donnée, d'appliquer à un plaideur la solution nouvelle. Plus qu'une suppression de la rétroactivité de l'évolution, c'est une paralysie de celle-ci que permet d'obtenir la faculté de modulation². Le plus grand obstacle à cette faculté de modulation tient à une forme d'hypocrisie encore tenace qui consiste à nier le pouvoir créateur de droit du juge. Au-delà des interrogations doctrinales sur ce pouvoir³, il semble que les choses commencent à changer. Par touches successives, la faculté de modulation dans le temps des changements d'interprétation commence à se dessiner et, surtout, à se systématiser. Il faut s'en féliciter car il s'agit d'un instrument efficace de lutte contre l'arbitraire consistant à appliquer aux plaideurs en cause un droit qu'ils ne pouvaient anticiper.

509. Conseil constitutionnel. Le législateur constitutionnel a reconnu aux juges constitutionnels la faculté de moduler dans le temps les effets d'une décision d'inconstitutionnalité qui serait prononcée à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité. En vertu du deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution, l'abrogation d'un texte prononcée dans le cadre d'une décision QPC prend effet, soit à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, soit à compter d'une date ultérieure fixée par cette décision. Cela consiste ni plus ni moins à reconnaître au juge la possibilité

V. Pour un refus de modulation : CEDH, 26 mai 2011, n° 23228/08, *Legrand c. France*, JCP G 2011, act. 742, A. Marais ; CEDH, 7 févr. 2013, n° 16574/08, RTD civ. 2013, p. 333 et s., J.-P. Marguenaud.

¹ N. Molfessis (dir.), *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis au Premier président de la Cour de cassation*, Litec, 2005, n° 3.3.2, a), p. 21.

² V. en ce sens. T. Piazzon, *La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, Defrénois-Lextenso, 2009, spéc. n° 209, p. 409.

³ V. L. Bach, « La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source du droit ? (Tentative pour mettre fin à cette lancinante interrogation) », in Mél. J. Héron, LGDJ, 2008, p. 47.

d'apprécier lui-même s'il convient de donner un effet immédiat à l'interprétation retenue ou un effet différé dans le temps¹.

510. Conseil d'État. Le Conseil d'État soutient quant à lui depuis quelques années une position destinée à gérer « l'après jugement ». Dans un arrêt remarqué, l'arrêt *Association AC ! et autres* du 11 mai 2004², le Conseil d'État a consacré la possibilité d'une modulation dans le temps des effets de l'annulation contentieuse d'un acte administratif. Certains commentateurs avaient souligné que « de la limitation dans le temps des effets de l'annulation à la limitation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence, il y a plus d'un pas à franchir »³. C'est précisément ce qu'a fait le Conseil puisque, dans un arrêt *Sté Tropic travaux signalisation* du 16 juillet 2007, il a décidé de déroger au principe de l'application immédiate de la règle jurisprudentielle nouvelle en décidant, au regard de l'impératif de sécurité juridique, que cette nouvelle position ne pouvait s'appliquer aux situations passées ou aux procès en cours⁴.

¹ Le Conseil constitutionnel se fonde d'ailleurs parfois sur la sécurité juridique pour retarder la prise d'effet de sa jurisprudence. Ainsi, dans sa décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010 relative à la validité des dispositions régissant l'attribution des noms de domaines, le Conseil a conclu à l'inconstitutionnalité tout en précisant qu'« eu égard au nombre de noms de domaine qui ont été attribués en application des dispositions du texte concerné, « l'abrogation immédiate de cet article aurait, pour la sécurité juridique, des conséquences manifestement excessives ». Pour le juge constitutionnel, cette atteinte justifiait un report de l'effet de la décision d'inconstitutionnalité à une date qu'il a lui-même fixé. Cf. P. Puig, « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », RTDC 2010 p. 517.

² CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n° 255886, Rec. p. 197 ; AJDA 2004. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica ; *ibid.* 1049, tribune J.-C. Bonichot ; *ibid.* 1219, étude F. Berguin ; *ibid.* 2014. 116, chron. J.-E. Schoettl ; D. 2004. 1499 ; *ibid.* 1603, chron. B. Mathieu ; *ibid.* 2005. 26, obs. P.-L. Frier ; *ibid.* 2187, obs. C. Willmann, J.-M. Labouz, L. Gamet et V. Antoine-Lemaire ; Just. & cass. 2007. 15, étude J. Arrighi de Casanova ; Dr. soc. 2004. 762, étude P. Langlois ; *ibid.* 766, note X. Prétot ; RFDA 2004. 438, note J.-H. Stahl et A. Courrèges ; *ibid.* 454, concl. C. Devys.

V. aussi : O. Mamoudy « D'AC ! à M6 en passant par Danthony, 10 ans d'application de la jurisprudence AC ! - Bilan et perspectives », AJDA 2014, p. 501 ; J.-E. Schoettl, « Ce fut AC ! », AJDA 2014, p. 116 ; A.-C. Bezzina, « 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC ! », RFDA 2014, p. 735.

³ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 12^e éd., 2006, n° 1217, p. 1076. Dans la treizième édition de cet ouvrage, l'auteur souligne que le Conseil d'État s'est ensuite décidé à donner à cet arrêt « la suite que l'on pouvait prévoir », v. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^e éd., 2008, n° 1218, p. 1007.

⁴ CE, Ass., 16 juil. 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, GAJA, n° 113, p. 905 et s. : « Considérant qu'il appartient au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours ; que toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date ». V. F. Moderne, « Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence », RFDA 2007, p. 917. V. aussi : CE, 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris*, n° 283141 et CE, 2 septembre 2009, *Assistance publique de Marseille*, n° 297013. Cf. J. Robbe, « Le report dans le temps de la règle jurisprudentielle nouvelle. Etat des lieux, perspectives », RFDA 2016 p. 913.

511. Cour de cassation. Quant à la Cour de cassation, elle est longtemps restée hésitante sur cette question¹. Le problème s'est véritablement posé à la suite d'un arrêt rendu par la Chambre sociale en matière de clause de non-concurrence. Opérant un revirement de jurisprudence, la Cour avait fait évoluer les conditions de validité de ces clauses, de sorte que toutes les clauses stipulées qui ne se conformaient pas à cette nouvelle interprétation étaient susceptibles d'être annulées, alors même qu'elles avaient été valablement souscrites sous l'empire de l'ancienne interprétation². Consciente du caractère inacceptable d'une telle situation, la Cour de cassation a petit à petit admis l'idée que certaines évolutions jurisprudentielles puissent ne pas produire d'effet sur des situations juridiques constituées antérieurement. Elle est ensuite passée de la pensée aux actes en admettant que ces évolutions puissent ne produire effet que pour l'avenir à une date fixée par elle-même³. Depuis, la faculté de modulation des effets d'une évolution de jurisprudence a fait son chemin. Consacrant un revirement de jurisprudence, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait soumis à une règle de prescription inédite l'action civile fondée sur une atteinte à la présomption d'innocence. La Cour avait estimé que « l'application immédiate de cette règle (...) dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 » de la Convention européenne des droits de l'homme⁴. La solution a été confirmée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 21 décembre 2006⁵, ce qui fit dire à certains auteurs que cette dernière avait franchi « le Rubicon »⁶. Par la suite, la possibilité d'une modulation fut maintenue, soit de façon implicite, certains arrêts refusant de

¹ V. M. Tascher, *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, Th. Université de Franche-Comté, 2011 et G. Drouot, *La rétroactivité de la jurisprudence. Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, préf. C. Brenner, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Droit Privé, LGDJ, 2016.

² Soc., 10 juill. 2002, BICC n° 562 du 15 sept. 2002, avis. S. Kehrig ; Dr. soc. 2002, p. 949, chron. r. Vatinet ; D. 2002, p. 2491, note Y. Serra, JCP G 2002, II, 10162, note F. Petit, I, 130, n° 1, obs. P. Morvan ; RDC 2003, p. 17, obs. J. Roschfeld, p. 142, et les obs.

³ Crim., 19 oct. 2010, n° 10-82.902, n° 10-82.306, n° 10-85.051.

⁴ Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 01-10.426, Bull. civ. II, n° 387, D. 2004.2956, note C. Bigot et 2005.247, chron. P. Morvan, RTD Civ. 2005, p. 176, obs. P. Théry.

⁵ Ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493, D. 2007, p. 835, obs. P. Morvan ; RTDC 2007, p. 168, obs. P. Théry ; BICC 656, 1^{er} mars 2007 p. 26, communiqué, rapp. A. Lacabarats et avis A. Legoux.

L'explication a été fournie dans le rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2006 : « imposer aux justiciables l'application d'une règle qu'ils ignoraient et dont ils ne pouvaient anticiper la survenue au moment où ils ont agi est de nature à porter atteinte au principe de sécurité juridique et à contredire illégitimement leurs prévisions. S'il appartient à la Cour, au vu des éléments d'information qui lui sont fournis par le débat contradictoire, d'apprécier s'il existe une disproportion manifeste entre les avantages attachés à la rétroactivité de principe du revirement et les inconvénients qu'emporte cette rétroactivité sur la situation des justiciables, la protection du droit d'action en justice pour une atteinte aux droits de la personnalité fait partie des exigences du procès équitable que la Cour doit prendre en considération ». V. Rapport Annuel de la Cour de cassation, *La Cour de cassation et la construction juridique européenne*, La documentation française, 2006, p. 156-157.

Sur cet arrêt, v. P. Deumier, « Évolutions du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », RTD civ. 2007, p. 72.

⁶ P. Morvan, « Le revirement de la jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », D. 2005, p. 247.

l'opérer dès lors qu'aucune atteinte au droit à un procès équitable n'était caractérisée¹, soit de façon explicite², y compris par des formations qui étaient traditionnellement peu enclines à l'admettre³.

512. Droit à un procès équitable. Plus récemment, la Cour de cassation a rendu une décision, dotée d'une dimension très pédagogique, qui semble ancrer davantage la pratique de la modulation dans le temps des effets d'une évolution dans l'interprétation d'une règle de droit. Elle l'a fait sur la base du droit à un procès équitable consacré par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'agissait en l'occurrence de l'interprétation de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse⁴. Cet article exige, à peine de nullité, que la citation précise et qualifie le fait incriminé et indique le texte de loi applicable à la poursuite, c'est-à-dire le texte édictant la peine sanctionnant l'infraction. La première chambre civile avait l'habitude de retenir une lecture souple de ce texte. Elle estimait que l'omission, dans l'assignation, de la mention de la sanction pénale encourue, que la juridiction civile ne peut prononcer, n'était pas de nature à en affecter la validité⁵. Elle s'opposait en cela à une interprétation plus stricte de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui considérait qu'il fallait mentionner dans l'assignation, le texte qui édicte la peine sanctionnant l'infraction poursuivie. Un arrêt rendu en Assemblée plénière le 15 février 2013⁶ a affirmé que l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 devait recevoir application devant la juridiction civile, ce qui a consacré l'unicité du procès de presse. Il faut donc mentionner la peine applicable aux faits invoqués, peu important que l'action soit portée devant une juridiction pénale ou civile. À la suite de cet arrêt, la première chambre civile a décidé de modifier son interprétation de l'article 53 précité pour l'aligner sur la position de la Chambre criminelle et celle retenue en Assemblée plénière. Mais elle a considéré que l'application immédiate d'une jurisprudence nouvelle, imposant certaines formalités aux assignations,

¹ Civ. 2^e, 3 févr. 2011, n° 09-16.364, Rev. dr. travail, 2011, p. 446, note S. Milleville. L'arrêt précise, pour refuser de moduler, que « le revirement allégué n'a pas eu pour effet de modifier l'état du droit existant, ni de priver la partie concernée du droit au procès équitable ».

² V. Civ. 1^{re}, 11 juin 2009, n° 08-16.914, Bull. 2009, I, n° 124, RTD civ. 2009, p. 495, obs. P. Deumier.

³ V. pour la Chambre sociale : Soc., 26 mai 2010, Dr. soc. 2010, p. 826, note F. Petit ; Lexbase hebdo n° 409 du 23 sept. 2010, éd. soc., chron. G. Auzero. Pour une analyse complète : C. Radé, « La chambre sociale de la Cour de cassation et la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence », Droit social 2010, p.1150.

⁴ V. *supra* n° 258. Cet arrêt en ce qui concerne aussi la question des divergences de jurisprudence.

⁵ Civ. 1^{re}, 24 sept. 2009, n° 08-17.315, Bull. n° 180, Gaz. Pal. 2010, 1, Jur. 888, obs. F. Fourment.

⁶ Ass. plén., 15 févr. 2013, n° 11-14.637, Dalloz actualité, 20 févr. 2013, obs. Lavric ; D. 2013, p. 718, obs. Bigot ; *ibid.*, p. 741, obs. E. Dreyer ; *ibid.* 2014. Pan. 508, obs. E. Dreyer ; RSC 2013, p. 104, obs. J. Francillon ; Légipresse n° 303, p. 152, avis Marin ; *ibid.*, p. 160, note Guerder ; Gaz. Pal. 19-20 juin 2013, p. 9, obs. Barbé ; *ibid.*, p. 17, obs. F. Fourment ; Procédures 2013. Chron. 3, obs. Verly.

aboutirait à priver les demandeurs d'un procès équitable. Par conséquent, pour la haute juridiction, les assignations conformes à la jurisprudence antérieure, ne devaient pas être annulées¹.

Au-delà de la solution, c'est la motivation de la décision qui est très instructive. La Cour de cassation commence par relever la nocivité d'une application rétroactive de la nouvelle interprétation : « si la jurisprudence nouvelle s'applique de plein droit à tout ce qui a été fait sur la base et sur la foi de la jurisprudence ancienne, la mise en œuvre de ce principe peut affecter irrémédiablement la situation des parties ayant agi de bonne foi, en se conformant à l'état du droit applicable à la date de leur action ». Elle poursuit en soulignant la faculté de modulation du juge, à qui il incombe de « procéder à une évaluation des inconvénients justifiant qu'il soit fait exception au principe de la rétroactivité de la jurisprudence et rechercher, au cas par cas, s'il existe, entre les avantages qui y sont attachés et ses inconvénients, une disproportion manifeste ». Elle conclut en relevant que les assignations en cause ont été délivrées à une date à laquelle les demandeurs « ne pouvaient ni connaître ni prévoir l'obligation nouvelle de mentionner le texte édictant la peine encourue ». Elle en déduit que « l'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, de cette règle de procédure dans l'instance en cours aboutirait à priver ces derniers d'un procès équitable, au sens de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en leur interdisant l'accès au juge ». Cette faculté de modulation – qui prend la forme d'un contrôle de proportionnalité² – permet de concilier la nécessité d'une évolution pour le fond du droit et la nécessité de préserver les prévisions légitimes des plaideurs en cause ainsi que ceux des tiers. C'est un moyen de lutter efficacement contre les conséquences arbitraires d'un changement d'interprétation opéré par le juge, tout en préservant la possibilité d'une application immédiate si le juge estime opportun d'en faire profiter les plaideurs. C'est une façon de résoudre le problème auquel se heurte le juge : « Le juge se trouve (...) confronté à une question cornélienne : comment éviter que l'avènement d'une solution meilleure soit source d'injustice ? »³.

¹ Civ. 1^{re}, 6 avr. 2016, n° 15-10.552, Dalloz actualité, le 19 avril 2016, obs. S. Lavric ; Legipresse sept. 2016, p. 483, obs. P. Guerder.

² V. *supra* sur la nécessité d'une généralisation d'un tel contrôle, n° 292.

³ P. Théry, « À propos d'un arrêt sur les revirements de jurisprudence ou comment faire une omelette sans casser les œufs », RTD civ. 2005, p. 176, obs. ss. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, 01-10.426, D. 2004, Bull. civ. II, n° 387.

513. Modification de l'article 5 du Code civil. Pour lui permettre de régler ce problème au mieux, il est temps de lui donner les moyens de la faire : il faut « flexibiliser l'absolue prohibition de l'actuel article 5 du Code civil par l'adjonction d'une disposition qui avaliserait la jurisprudence de la Cour de cassation en lui donnant la liberté de moduler les effets attachés à l'évolution de l'interprétation d'une règle de droit inchangée »¹. Il conviendrait de consacrer textuellement la faculté de modulation des évolutions jurisprudentielles en modifiant la rédaction de l'article 2 du Code civil. Cet ajout doit intégrer le contrôle de proportionnalité qui se retrouve dans les arrêts récents de la Cour de cassation. L'article 2 du Code civil pourrait être complété :

« La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif.

En principe, il en est également ainsi des évolutions dans l'interprétation jurisprudentielle d'une règle de droit.

Toutefois, le juge peut moduler dans le temps les effets de telles évolutions. Par une évaluation de leurs avantages et des inconvénients, il détermine si une application immédiate aurait pour conséquence d'entraîner une disproportion manifeste qui priverait les parties en cause du droit à un procès équitable ».

514. Après la neutralité et la cohérence, la troisième et dernière vertu que la procédure peut imposer au juge pour lutter contre les manifestations de son arbitraire est la retenue.

Section 3 : L'exigence de retenue

515. Circonspection du juge. Dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, le juge porte une lourde charge. Il doit rétablir la justice en fixant les droits et obligations de chacun. Compte tenu de l'importance de sa mission, il est attendu du juge qu'il fasse preuve de circonspection sur l'affaire de mesure dans le traitement de l'affaire dont il est saisi. Son manque de mesure peut manifester son arbitraire de diverses façons². Pour lutter contre ce dernier, certaines règles de procédure tendent à contraindre le juge à faire preuve de retenue. Là encore, le but est d'encadrer l'exercice de son libre arbitre pour forcer cette vertu. Le

¹ C. Charruault, « Jurisprudence : compléter l'article 5 du Code civil ? », JCP G, 2007, numéro historique, Hors série/Cahier n° 2, p. 21.

V. soutenant l'inutilité d'une telle consécration, v. : M. Tascher, *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, Th. Université de Franche-Comté, 2011, n° 612, p. 316.

² V. *supra* n° 390 s.

terme a trait à une exigence dans la conduite du juge, dans son comportement. Selon le dictionnaire Larousse, le terme se définit comme la qualité de quelqu'un qui sait garder de la mesure dans ses réactions, l'expression de ses pensées. L'idée est d'agir en amont de la survenance d'un désagrément ultérieur. La retenue traduit en cela la sagesse de celui qui la met en œuvre, la sagesse de prévenir pour ne pas avoir à guérir. Envisagée ainsi, la retenue s'oppose à l'arbitraire relatif au défaut de mesure du juge. Fait preuve de retenue, celui qui parvient à refréner ses instincts premiers pour leur substituer la prudence et la pondération.

516. Promotion du doute. Dans l'office du juge, cette exigence de retenue se traduit par plusieurs mécanismes qui se retrouvent autour de la nécessité de forcer le juge à douter de ses propres réactions. Il lui est demandé de prendre la mesure de chaque élément de l'affaire et de chacun de ses aspects. Il doit douter de ses propres convictions pour parvenir à déceler où se trouve la vérité judiciaire¹. Aussi ne doit-il jamais prétendre tout savoir ou tout connaître à l'avance mais se montrer plus précautionneux. Ce doute du juge est fondateur l'œuvre de justice : c'est ce qui « justifie débats et combats (judiciaires) et rend leur traitement aléatoire »². Le problème est qu'il est exigeant. Il demande du temps au juge et de la patience. Il requiert aussi une ouverture d'esprit et beaucoup d'humilité. Or, sur ces deux aspects, le juge peut se montrer défaillant. Par excès de suffisance ou par paresse, il peut se précipiter en prétendant s'être forgé une conviction sans avoir pris le temps de l'écoute et de la réflexion. Par orgueil ou arrogance, il peut croire, à tort, que la décision qu'il a prise est la bonne et qu'elle ne nécessite donc pas d'en retarder la mise en œuvre. Pour contrer ces deux manifestations de l'arbitraire, la procédure le contraint à la retenue dans la conduite de la discussion judiciaire (§1) et au stade de l'exécution de sa décision (§2).

§1. La retenue dans la conduite de la discussion judiciaire

517. Si le libre arbitre du juge joue un rôle fondamental dans la conduite du débat judiciaire, il arrive qu'il abuse de sa marge de liberté en se laissant guider par d'autres nécessités que celle de rendre bonne justice. Il peut céder à la facilité en négligeant les échanges de points de vue

¹ L'importance de ce doute du juge a été mise en scène par Sidney Lumet dans son film *Douze hommes en colère* (1957). Ce film retrace l'histoire d'un jury de douze hommes dans un espace clos dans lequel ils doivent délibérer sur le cas d'un homme accusé du meurtre de son père et risquant pour cela la peine de mort. Onze des douze jurés se prononcent très vite en faveur de la culpabilité de l'accusé. Un seul, le juré n° 8, votera non-coupable. Les autres lui demandent de se justifier. Il explique alors qu'il a un doute en raison des failles que présente le dossier. Pour lui, la vie d'un homme mérite quelques heures de discussion. Il tentera de les convaincre un par un. La suite mérité d'être vue.

² B. Teyssié, « Préface », in J.-F. Cesaro, *Le doute en droit privé*, éd. Panthéon Assas, 2003.

et d'arguments entre les parties. Une telle attitude manifeste traduit une dérive du libre arbitre. Le juge se dérobe à sa mission lorsqu'il n'accorde pas suffisamment d'importance à cet aspect essentiel du processus. Il néglige les intérêts des plaideurs et de l'institution judiciaire en son ensemble¹. Pour lutter contre cet arbitraire, le juge est soumis à des règles procédurales qui l'obligent à respecter le temps de discussion et d'échange indispensable au prononcé d'une décision éclairée en fait et en droit. Techniquement, cette contrainte passe par la soumission du juge au principe de la contradiction². Si ce principe impose des devoirs aux parties au litige, le juge en est lui-aussi débiteur. L'exercice de son libre arbitre est borné par ce principe fondamental auquel le droit l'astreint. Le juge doit porter une attention particulière à la discussion entre les parties (A) mais il doit aussi et surtout se montrer vigilant lorsque cette discussion n'a pas lieu (B).

A. La retenue du juge en présence d'un débat entre les parties

518. Écoute et attention. Dans toute procédure contentieuse, la contradiction est érigée au rang de principe directeur³. C'est un « principe premier »⁴ qui constituerait selon certains auteurs « l'âme du procès »⁵. Il se conçoit comme une garantie participant de l'« idéal de justice »⁶ que poursuivent les droits de la défense⁷ et dont il ne constitue qu'un aspect parmi d'autres selon Motulsky⁸. Le principe du contradictoire exprime l'idée que la défense des intérêts de chacune des parties doit être assurée au cours de la discussion judiciaire. C'est

¹ V. sur ce point : G. Bolard, « Les juges et les droits de la défense », in Mél. Bellet, 1991, p. 49.

² P. Raynaud, « L'obligation pour le juge de respecter le principe du contradictoire. Les vicissitudes de l'article 16 », in Mél. P. Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 715.

V. en matière d'arbitrage : C. Chainais, « Le juge, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », Revue de l'arbitrage, 2010, p. 3.

³ V. M.-A. Frison-Roche, *Généralités sur le principe du contradictoire : droit processuel*, LGDJ, Lextenso, 2014. L. Miniato, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préf. B. Beignier, Thèse Toulouse Bibl. dr. privé, 2008, LGDJ. Pour la qualification de « droit fondamental », L. Ascensi, *Du principe de la contradiction*, préf. L. Cadiet, Bibl. dr. privé, 2006, LGDJ.

⁴ S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, Thémis, PUF, 2014, p. 374, n° 196.

⁵ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., 2013, coll. Thémis, PUF, n° 171.

⁶ B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, Précis, 199, p. 117. V. aussi, H. Motulsky qui parle d'« exigences suprapositives de l'idéal de justice » : H. Motulsky, « Le Droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in Mél. P. Roubier, Dalloz, 1961, t. 2, p. 175.

⁷ V. sur ce point : G. Bolard, « Les principes directeurs du procès civil », JCP G 1993, I, 3693, n° 13.

⁸ En ce sens : H. Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in Mél. en l'honneur de P. Roubier, t. 2 : Droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique, 1961, Dalloz-Sirey, p. 175 ; G. Wiederkehr, « Droits de la défense et procédure civile », D. 1978. Chron. 36 et « Les droits de la défense et le principe de la contradiction », in D. d'Ambra et Benoit-Rohmer et Grewe (dir.), *Procédures et effectivité des droits*, 2003, Bruylant, p. 159. V. G. Bolard, « Les juges et les droits de la défense », in Mél. P. Bellet, 1991, Litec, p. 49.

« une garantie fondamentale de bonne justice »¹, une justice de qualité² qui parvient à contenir l'arbitraire du juge. Compte tenu du caractère fondamental de ce principe, il s'applique bien au-delà du seul contentieux civil. C'est une exigence commune à tous les juges³ destinée « à provoquer la discussion »⁴. C'est cependant dans le Code de procédure civile que l'on trouve la formule qui résume le mieux les attentes à l'égard du juge dans la mise en œuvre de cette discussion. Son article 16 dispose, en son alinéa premier, que « le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ». L'emploi de l'indicatif démontre la volonté de contraindre le juge à participer au débat qui se tient devant lui en se montrant à l'écoute⁵. Le respect de la contradiction s'impose à lui, sans qu'il ne puisse unilatéralement s'en dispenser. En le soumettant à ce principe, le droit l'oblige à faire preuve de patience et à ne pas négliger la discussion. Le contradictoire est « un mécanisme qui vise à contrarier les préjugés du juge »⁶. Il le force à écouter les plaideurs et à se montrer attentif à leurs arguments respectifs. En cela, l'exigence du contradictoire combat l'excès de précipitation d'un juge qui voudrait hâter sa prise de décision en négligeant cette phase de discussion. C'est un aspect remarquable, quoique insuffisamment mis en avant, du principe de la contradiction que de servir de rempart à l'arbitraire du juge. Le principe de la contradiction est un régulateur du travail du juge. Il le contraint à l'écoute et la discussion, comme pour lui rappeler que, malgré l'importance de son office, il n'est jamais le détenteur d'une vérité inébranlable. En le soumettant à ce principe, le droit le rappelle à un devoir d'humilité. Il l'invite à se nourrir de la confrontation des arguments des parties et savoir confronter son propre point de vue sur la cause afin d'élaborer sa décision. Il lui rappelle que la justice émerge du dialogue : « devant elle tout est contestable, le fait dans sa matérialité et le droit dans son applicabilité »⁷.

Cette obligation de patience dans la discussion se traduit de plusieurs façons qui renvoient aux deux dimensions du principe.

¹ Rép. pr. civ. Dalloz, v° Principes directeurs du procès, par L. Weiller, 2016, n^{os} 293 s.

² J.-C. Magendie, « La contradiction, exigence majeure d'une justice de qualité », Gaz. Pal. 10-12 déc. 2006, p. 2.

³ Le Conseil d'État en fait un principe général du droit : CE, sect., 12 mai 1961, Sté La Huta, Rec. p. 313.

⁴ Dreyer (E.) et Mouysset (O.), *Procédure pénale*, LGDJ, coll. « Cours », 2016, n^o 51, p. 61.

⁵ V. *contra* : C. Lièvremont, *Le débat en droit processuel. Contributions à une théorie générale du débat*, préf. H. Croze, PUAM, 2001. Pour l'auteur, le juge n'est pas un acteur du débat. Il ne doit pas y prendre part en vertu du principe d'impartialité.

⁶ M.-A. Frison-Roche, *Généralité sur le principe du contradictoire*, LGDJ, Lextenso éditions, Anthologie du Droit, 2014, n^o 3, p. 2.

⁷ M.-A. Frison-Roche, *Généralité sur le principe du contradictoire*, *op. cit.*, n^o 165, p. 174.

519. Le juge doit faire observer la contradiction. La première consiste à contraindre le juge à s'assurer que chaque partie a été mise en mesure de répondre aux allégations et aux arguments de son adversaire. Le juge doit faire observer la contradiction. Dans ce cadre, c'est à lui qu'il appartient par exemple de s'assurer que chaque plaideur a satisfait à son devoir de communication ponctuelle des pièces et conclusions à son adversaire. Ce rôle de contrôleur de la contradiction exige plusieurs choses.

D'une part - et c'est l'exigence la plus élémentaire -, le juge doit s'assurer que les parties ont pu être présentes ou appelées pour faire valoir leurs arguments. Le droit d'être entendu est une composante du principe de la contradiction¹, lequel suppose que chaque plaideur puisse effectivement participer à son procès. Il doit pouvoir participer aux débats, préparer et présenter sa défense. C'est ce que prévoit expressément l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme en disposant que toute partie a droit à ce que sa cause soit entendue par un juge (...) ». Le juge ne peut s'affranchir de cette obligation qui lui permet de rendre un jugement éclairé. Si la règle est énoncée dans certains Codes², c'est la traduction d'une exigence élémentaire sans laquelle la justice ne serait qu'une parodie. Les grecs anciens exprimaient déjà ce principe de justice fondamentale par le biais de l'adage *audi alteram partem*, selon lequel personne ne devrait être jugé sans avoir reçu une attention juste³. « La première règle du procès est pour le juge d'écouter l'une et l'autre des parties »⁴. C'est ce qui explique, par exemple, qu'il est interdit au juge de statuer alors que l'une des parties n'a pas été mise en mesure de comparaître⁵.

D'autre part, le juge doit s'assurer que chaque plaideur a été mis en mesure de discuter des éléments invoqués par son adversaire au soutien de sa prétention. Le respect de cette contradiction dans les éléments développés par les parties conditionne la validité de son jugement⁶. Le juge ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre

¹ Sur l'absence de confusion entre principe du contradictoire et droit d'être entendu, v. : L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, « Thémis droit », 2e éd., 2013n° 176, 638.

² V. par ex., C. pr. civ., art. 14 : « Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée ».

³ V. G. Flécheux, « Le droit d'être entendu », in Mel. P. Bellet, 1991, Litec, p. 149.

⁴ M. Villey, « De la dialectique comme art de dialogue et sur ses relations au droit », APD, Tome XXVII, 1982, p. 270.

⁵ Par exemple, encourt la cassation, la décision du juge qui n'a ni convoqué ni entendu certaines parties alors que nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée : Civ. 2^e, 21 janv. 2016, n° 15-15.761, Dalloz actualité, le 10 févr. 2016, obs. M. Kebir. V. aussi : Civ. 2^e, 9 avril 2015, n° 14-14.206.

⁶ La violation du principe de la contradiction constitue une cause d'annulation de la décision qui y contrevient et non une cause de réformation : Paris, 19^e ch. A, 28 mars 2007, JCP G 2007, IV, 2058.

contradictoirement¹. Il ne pourra exploiter que les éléments qui sont entrés dans débat et devra rejeter les autres². Ainsi en est-il en particulier des mesures d’instruction qui ne peuvent être exploitées au soutien du jugement que si elles ont fait l’objet d’une discussion contradictoire³ ou plus généralement de toutes les preuves versées au débat⁴. Tout cela indique que le juge doit respecter le temps de la discussion et ne pas se montrer négligeant dans la conduite de l’instance. Le droit lui indique qu’il doit avoir la patience de permettre une confrontation des points de vue sur chaque élément invoqué par l’une des parties. « La contradiction sert le procès lui-même dans la mesure où il est l’instrument de l’élaboration du jugement, fonction heuristique : c’est la confrontation des moyens présentés au juge par les parties qui permet à celui-ci de trancher le litige en ajustant sa décision au plus près de la vérité des faits »⁵. C’est pour éviter qu’il minimise ou ignore l’utilité de cette discussion qu’il se voit contraint de faire observer le principe de la contradiction.

520. Le juge doit observer lui-même la contradiction. Le second biais par lequel se traduit l’obligation de patience du juge dans la discussion est la soumission du juge lui-même au principe de la contradiction. Le juge se voit confier une liberté, celle de relever lui-même des moyens qu’auraient omis les parties dans l’énoncé de leurs arguments. Cette faculté est laissée à sa libre appréciation. Elle peut dégénérer en arbitraire lorsque le juge néglige l’importance de la discussion judiciaire à la suite de son relevé d’office. Il est arbitraire que le juge décide de se passer de l’avis des plaideurs lorsqu’il relève d’office un moyen. C’est pour éviter cette dérive du libre arbitre que le droit le soumet à l’exigence de la contradiction. Il lui impose une ligne de conduite dans la direction de l’instance. Il est exigé de lui qu’il prenne le temps de cette discussion. Le juge ne peut relever d’office un moyen sans soumettre celui-ci à la discussion contradictoire des parties. C’est ce que précise l’article 16 du Code de procédure civile en énonçant que le juge « ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ». Le champ d’application de cette obligation est très large : elle concerne tous les éléments que le juge est amené à prendre en considération en fait et en droit, qu’il s’agisse de moyens de

¹ V. en mat. civile : C. pr. civ., art. 16, al. 2.

² Civ. 3^e, 30 janv. 2002, n° 00-13.486.

³ V. sur ce point : P. Julien, « Principe de la contradiction et expertise en droit privé », in *Mél. J. Buffet*, 2004, LPA, p. 293.

⁴ V. par exemple en mat. pénale, C. pr. pén., art. 427, al. 2 : « Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui ».

⁵ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9^e éd., 2016, n° 511, p. 427.

procédure¹ ou de fond². Cela oblige le juge à inviter les parties à critiquer, au sens neutre du terme, le moyen relevé. Il ne devra pas faire preuve d'une trop grande impatience. Par exemple, si le moyen est relevé au cours du délibéré, c'est-à-dire techniquement après la clôture des débats, il devra obligatoirement prononcer une réouverture de ceux-ci pour permettre la discussion³ ou, à tout le moins, solliciter une note en délibéré⁴. Méconnaît cette obligation, le juge qui refuse ou omet de permettre cet échange, de sorte que sa décision encourt la cassation⁵. C'est une façon d'empêcher le juge de détourner son arbitraire en soulevant, en secret, un moyen sans en permettre la critique afin de gagner du temps.

521. Loyauté des débats. La lutte contre l'arbitraire que permet de mettre en œuvre le principe de la contradiction trouve son prolongement dans l'émergence d'un autre principe, celui de loyauté processuelle⁶. Ce principe aurait pour but de suppléer l'exigence de contradiction⁷ là où cette dernière ne suffit pas à garantir la qualité de la discussion judiciaire. L'exigence de loyauté des débats a été consacrée par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en ce qui concerne spécifiquement la conduite de la discussion judiciaire. S'inspirant nettement de la formulation de l'article 16 du Code de procédure civile, la haute juridiction a énoncé que « le juge doit faire observer et observer lui-même le principe de loyauté des débats »⁸. La Cour régulatrice a ainsi transposé au procès civil, une exigence qui existait déjà en matière d'arbitrage⁹. Il s'agissait dans cette affaire d'un avocat qui demandait l'annulation de l'élection du bâtonnier de l'Ordre des avocats auquel il était rattaché. Une cour d'appel a confirmé la validité des élections mais la Cour de cassation a censuré la décision en reprochant aux juges du fond d'avoir refusé d'admettre une note en délibéré, reçue le jour de l'audience, qui était pourtant « de nature à modifier l'opinion des juges » sur l'issue du litige.

¹ V. Civ. 2^e, 4 sept. 2014, n° 12-24.530 et n° 13-20.676, D. 2014. 1827.

² V. Civ. 2^e, 11 avr. 2002, n° 02-60.271, Bull. civ. II, n° 74.

³ C'est ce que prévoit expressément l'article 444 du Code de procédure civile : « Le juge doit prononcer la réouverture des débats « chaque fois que les parties n'ont pas été à même de s'expliquer contradictoirement sur les éclaircissements de droit ou de fait qui leur avaient été demandés ».

V. aussi, sur l'obligation du juge pénal de rouvrir les débats : Crim., 25 janv. 2012, n° 10-83.350.

⁴ C. pr. civ., art. 445.

⁵ V. par ex. : Com., 9 juin 1980, n° 78-11.221, Bull. civ. IV, n° 246 ; RTD civ. 1981. 204, obs. Normand.

⁶ V. E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, préf. S. Guinchard, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2003 ; H. Houbbron, *Loyauté et vérité*. Etude de droit processuel, Th. Reims, 2004.

V. aussi : Y. Strickler, « La loyauté processuelle », in Mél. J.-F. Burgelin, Dalloz, 2008, p. 335.

⁷ V. estimant que le principe de loyauté est sous-jacent à la contradiction : J. Foyer et G. Cornu, *Procédure civile*, PUF, Thémis, 3^e éd., 1996, spéc. n° 102, p. 470.

⁸ Civ. 1^{re}, 7 juin 2005, n° 05-60.044, Bull. civ. I, n° 241 ; D. 2005, p. 2570, note Boursier ; JCP G 2005, I, 183, n° 12, obs. Clay ; Procédures 2005. 3, chron. Croze ; Dr. et proc. 2006/1, p. 35, obs. Fricero ; D. 2006. Pan., p. 545, obs. Julien et Fricero.

⁹ C. pr. civ., art. 1464, al. 3 : « les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure ».

Or, cette note avait été adressée au bâtonnier, défendeur à l'instance, près de deux mois auparavant mais celui-ci ne l'avait pas communiquée. En cassant la décision d'appel, la Cour régulatrice sanctionne la déloyauté du défendeur mais aussi « directement »¹ celle du juge. Ce dernier aurait dû accueillir la note en délibéré en dépit de son caractère spontané² dans la mesure où seule l'une des parties en avait connaissance. Il aurait dû accepter cette note et provoquer la discussion des plaideurs.

522. Devoir de probité du juge. Au-delà de la question technique qu'elle soulève, cette décision démontre ce que la loyauté des débats peut apporter à la lutte contre l'arbitraire. Si sa nature de principe directeur reste discutée³, la loyauté est « une qualité générale attendue du juge »⁴ dans la conduite de la discussion. En particulier, l'impératif mis en valeur par la Cour de cassation semble exiger « une qualité d'honnêteté dans le contradictoire »⁵ qui s'applique aux parties mais aussi au juge. La loyauté est « un devoir »⁶ pour ce dernier qui se voit empêcher de diriger comme il l'entend la discussion judiciaire. Le principe de loyauté est, de ce point de vue, une contrainte exercée sur le juge, une contrainte qui enserme son libre arbitre de façon à imposer « la droiture et la probité »⁷ dans la conduite du débat judiciaire. C'est l'un des intérêts trop souvent négligés de ce principe que de permettre une lutte contre l'arbitraire. Il ne faut pas appréhender ce principe uniquement pour ce qu'il apporte à la régulation de la discussion entre les plaideurs mais aussi à travers la contrainte qu'il exerce sur le juge. Sous cet angle, la loyauté apparaît utile à la qualité du processus judiciaire. Et à ceux qui suggèrent que le principe est inutile car il n'apporte rien de plus que le principe de la contradiction, il faut sans doute répondre que deux protections contre l'arbitraire valent mieux qu'une. D'autant que la loyauté et le contradictoire ne se recoupent pas totalement. La loyauté se situe sur un autre plan que celui de la contradiction. C'est une exigence plus morale que

¹ E. Boursier, « Un “nouveau” principe directeur du procès civil : le principe de loyauté des débats », D. 2005, p. 2570, note ss. Civ. 1^{re}, 7 juin 2005, préc.

² Alors même qu'en principe, la recevabilité de cette note est limitée aux cas exceptionnels visés par l'article 445 du Code de procédure civile qui dispose qu'après la clôture des débats, les parties ne peuvent déposer aucune note à l'appui de leurs conclusions si ce n'est pour répondre aux arguments développés par le ministère public ou si le juge le demande.

V. soulignant qu'il s'agit d'une possibilité *sui generis* d'admettre des notes en délibéré : E. Boursier, *loc. cit.*

³ V., remettant en cause jusqu'à son utilité : L. Miniato, « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », D. 2007. Chron., p. 1035.

V. aussi, pour deux positions contrastées : N. Fricero, « La loyauté dans le procès civil », Gaz. Pal. 23-24 mai 2012, p. 27. ; L. Cadiet, « La légalité procédurale en matière civile », BICC 15 mars 2006.

⁴ L. Cadiet, *loc. cit.*

⁵ C. Chainais, F. Ferrand et S. Ginchar, *Procédure civile*, Dalloz, Précis, 33^e éd., 2016, n° 804, p. 555.

⁶ *Ibid.*, n° 805, p. 555.

⁷ *Ibid.*

juridique qui est inscrite, comme le relève un auteur, sur le terrain des valeurs¹. Elle participe d'une éthique du procès dont le juge serait à la fois le garant et le débiteur. Elle forge une manière d'être du juge dans la conduite du débat, empreinte d'intégrité et de retenue. C'est sans doute ce qui fonde l'autonomie du principe de loyauté par rapport au principe du contradictoire : le second met l'accent sur la qualité de la discussion alors que le premier porte sur la probité du comportement des acteurs du procès – juge comme parties – au cours de cette discussion. Il n'y a donc pas lieu d'opposer ces principes mais plutôt de les associer car ce sont les deux faces d'une même pièce.

Un arrêt rendu par la Cour de cassation, permet d'illustrer cette idée. L'affaire concernait un salarié licencié pour motif économique qui avait contesté le bien-fondé de son licenciement devant la juridiction prud'homale. Au cours d'une audience, un juge du fond avait imparti à l'employeur un délai très court (sept jours) pour produire les comptes de la société mère, installée en Allemagne, afin d'apprécier les difficultés rencontrées par l'entreprise. L'employeur a sollicité la réouverture des débats pour discuter de ces difficultés en question mais sa demande fut rejetée. La cour d'appel a pour cela estimé qu'il aurait dû produire les justificatifs en temps utiles, l'argument ayant été soulevé contradictoirement dans des conclusions régulièrement communiquées. L'arrêt est censuré par la Cour de cassation. Rappelant que le juge doit respecter et faire respecter la loyauté des débats, elle relève, notamment, que l'employeur n'avait pu, dans le délai restreint accordé par la cour d'appel, produire par note en délibéré les justificatifs ainsi que leur traduction². En l'occurrence, le principe du contradictoire avait été respecté comme l'a relevé la cour d'appel. C'est la loyauté de la discussion qui posait problème. Le juge n'aurait pas dû se montrer aussi strict quant au délai imparti à l'employeur. En rappelant l'impératif de loyauté auquel est astreint le juge, la Cour régulatrice l'incite à faire preuve de mesure dans la gestion de la discussion afin d'éviter que son libre arbitre ne se mue en arbitraire.

523. Cette retenue imposée au juge dans le débat judiciaire est d'autant plus importante lorsque la contradiction n'est pas matériellement possible ou souhaitable. C'est alors à lui de veiller à ne pas céder à l'imprudence et de veiller à toujours faire obstacle à son arbitraire.

¹ B. de Lamy, « De la loyauté en procédure pénale. Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », *in* Mél. J. Pradel, Cujas, 2006, p. 97 s.

² Civ. 2^e, 2 juill. 2015, n° 14-13.778, inédit.

B. La retenue du juge en l'absence de débat entre les parties

524. Surcroît d'attention du juge. Il y a un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles la discussion contradictoire entre les plaideurs n'a pas lieu, soit parce que l'une des parties manque à l'appel, soit parce que le juge est saisi dans le cadre d'une procédure qui autorise une dérogation au principe de la contradiction. Ce qui est remarquable, c'est que même dans ces cas de figure, le juge se voit parfois imposer de faire preuve de retenue. Le but est de combattre l'arbitraire qui consisterait à traiter ces litiges à la hâte au prétexte que la discussion ne peut ou ne doit avoir lieu. Même en l'absence de débat entre les parties, le juge doit se garder de faire preuve de précipitation ou d'arrogance. Il doit au contraire redoubler d'attention. Cette exigence apparaît à plusieurs égards.

525. Défaut d'une partie. Elle se manifeste d'une part en cas de défaut de l'une des parties¹. *Lato sensu*, une partie fait défaut lorsqu'elle ne comparait pas ou qu'elle ne présente pas de moyens de défense. Cette défaillance ne dispense pas le juge de son obligation de statuer. En matière civile, par exemple, il est prévu à l'article 472 du Code de procédure civile que si le défendeur ne comparait pas, il est néanmoins statué sur le fond. L'alinéa 2 de ce texte précise quel est le rôle du juge. Il dispose que « le juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l'estime régulière, recevable et bien fondée ». La formulation de ce texte démontre la prudence avec laquelle le droit envisage cette situation. Elle souligne aussi la précaution qui est attendue du juge. Loin de le libérer de l'attention qu'il doit porter au respect des intérêts de chaque plaideur, y compris celui qui est absent. Il ne saurait traiter la prétention à la hâte en l'acceptant pour faire payer la partie absente mais doit se montrer plus prudent. Il ne fera droit à la demande « que » s'il parvient à établir la régularité, la recevabilité et le bien-fondé de la prétention. Cette précision sonne comme une mise en garde. Le juge est invité à se montrer vigilant. La Cour de cassation a par exemple estimé que le juge ne peut se borner à constater que le défendeur n'avait pas comparu, de sorte qu'il y avait lieu de statuer à son encontre, sans même rechercher dans quelle mesure la demande était régulière et bien fondée². Il a également été observé que le juge ne saurait considérer que le défaut du

¹ C. Giverdon, « La réforme de la procédure par défaut, » D. 1959. Chron., p 201 ; P. Hébraud, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », RTD civ. 1973, p. 379 ; Verdun, « Arrêts par défaut et arrêts réputés contradictoires, ou la recherche de l'objet non identifié », Bull. avoués 1994, 3, p. 86.

V. aussi : J. Cuin, *Les jugements par défaut devant les tribunaux civils*, Th. Toulouse, 1937 ; Stéphani, *La procédure par défaut et l'opposition devant le tribunal civil*, Th. Paris, 1941.

² V. Com., 12 févr. 1985, n° 83-14.272, Gaz. Pal. 1985. 2. Pan. 188, obs. Guinchard et Moussa ; Soc., 19 juin 1991, n° 87-43.056, Bull. civ. V, n° 314.

défendeur fait présumer qu'il avait renoncé à sa contestation, si bien qu'il y a lieu de donner raison au demandeur¹. De telles décisions soulignent l'attente du droit à l'égard du juge. Il doit se montrer plus précautionneux. Le défaut d'une partie n'implique pas l'admission de la demande formée à son encontre. Malgré le défaut de l'une des parties, il doit douter de la prétention dont il est saisi et pallier l'absence du défendeur en s'assurant que la prétention peut prospérer. Il doit se livrer « à un examen minutieux des prétentions de la partie comparante »², ce qui le conduit en quelque sorte à donner lui-même la réplique au demandeur. Par cette exigence, le droit entend contenir l'arbitraire d'un juge qui déciderait de passer outre cette phase de discussion pour croire le demandeur sur parole³.

526. Procédure sur requêtes. C'est une même exigence de précaution qui se retrouve lorsque le principe de la contradiction est volontairement écarté par le droit. C'est le cas, par exemple, en matière civile en ce qui concerne la procédure sur requêtes. Cette institution originale a émergé de la pratique « au gré des nécessités journalières et des habitudes propres à chaque juridiction »⁴. Aujourd'hui pleinement consacrée, elle tend à obtenir d'un juge, en l'occurrence un président de juridiction, qu'il ordonne, sans débat contradictoire, certaines mesures provisoires⁵. Le législateur y recourt pour les avantages qu'elle comporte : discrétion, rapidité, efficacité, etc. Dans tous les cas, l'absence de contradiction est le trait caractéristique majeur des ordonnances sur requête⁶. Cependant, cette absence de contradictoire n'est pas absolue. Elle justifie l'existence de véritables « substituts »⁷ qui consistent à accorder des pouvoirs exorbitants au juge. Ces derniers sont essentiels car ils visent à « éviter autant que

¹ Soc., 4 juill. 1990, n° 87-41.192, Bull. civ. V, n° 352.

² Rép. pr. civ., Dalloz, v° Jugement par défaut ou réputé contradictoire, 2014, par M.-E. Boursier et E. Botrel, n° 34.

³ La même exigence peut être soulignée en matière pénale. Par exemple, dans la procédure du défaut criminel qui a remplacé la procédure par contumace depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, il est prévu que si l'accusé fait défaut et qu'aucun avocat n'est présent pour assurer la défense des intérêts de ce dernier, « la cour statue sur l'accusation après avoir entendu la partie civile et son avocat et les réquisitions du ministère public » (C. pr. pén., art. 379-3, al. 3). La circulaire précisant l'application de la loi du 9 mars 2004 observe toutefois que « rien n'interdit que les débats se rapprochent de ceux d'une audience ordinaire, avec auditions des témoins et des experts, notamment s'il n'était pas prévu à l'avance que le jugement de l'accusé se ferait par défaut (Circ. CRIM 04-16 E8 du 21 sept. 2004). Le juge aura alors un rôle très important à jouer dans la réplique à l'accusation.

⁴ R. Perrot, « Le régime procédural des ordonnances sur requête, dans Les ordonnances sur requête dans la pratique judiciaire française », Colloque de Lille, mai 1964, 1967, Litec, p. 33 s., spéc. p. 34.

⁵ C. pr. civ., art. 493 : « l'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse ».

C. pr. civ., art. 812 : le président du tribunal de grande instance peut ordonner des mesures urgentes « lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ».

⁶ V. R. Perrot, « L'inversion du contentieux (ou les Prouesses de l'ordonnance sur requête) », in Mél. J. Normand, Litec, 2003, p. 387.

⁷ L'expression de D. le Ninivin, *La juridiction gracieuse dans le nouveau Code de procédure civile*, Th. Rennes, 1983, Litec, n° 353. V. utilisant la même formule : A. Varnek, *Le juge des requêtes, juge du provisoire*, Th. Strasbourg, 2013, n° 1050, p. 560.

possible un préjudice irréparable au tiers visé par la requête, et que le juge du fond ne pourrait réparer ou rétablir »¹. Loin de dispenser le juge de l'exigence de précaution, le droit la renforce au contraire pour préserver les intérêts de celui qui a vocation à faire l'objet de la mesure sollicitée. Techniquement, cela se traduit de deux façons. D'une part, par un emprunt des règles propres à la matière gracieuse². Il peut fonder sa décision sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris « ceux qui n'auraient pas été allégués »³. Il peut procéder à des recherches personnelles⁴, certains auteurs considérant même qu'il s'agit d'une obligation pour le juge⁵. Il a également la faculté « de procéder, même d'office, à toutes les investigations utiles » et « d'entendre sans formalités les personnes qui peuvent l'éclairer ainsi que celles dont les intérêts risquent d'être affectés par sa décision »⁶. D'autre part, et surtout, comme tout juge, le juge des requêtes peut soulever d'office des moyens de droit. En matière de requêtes, cette prérogative a une importance toute particulière en ce qu'elle lui permet de « s'ériger un temps en contradicteur de substitution »⁷. Par exemple, la Cour de cassation estime qu'il appartient au juge de rechercher de lui-même si la mesure sollicitée exige une dérogation à la règle de la contradiction⁸. Il lui appartient de ne pas se contenter de relever sa saisine mais rechercher si elle est justifiée, comme l'aurait fait un défendeur. Par ces deux biais techniques, il est demandé au juge des requêtes de se montrer vigilant et de pallier l'absence d'adversaire au requérant. C'est une façon de forcer le juge à la précaution que de l'obliger à s'ériger en contradicteur de substitution. Il doit redoubler d'attention. Ces règles de procédure l'empêchent de prendre trop rapidement le parti du requérant pour la seule raison qu'il n'a pas d'adversaire pour le contredire.

¹ A. Varnek, *ibid.*

² V. sur ce point : S. Pierre-Maurice, *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Th. Strasbourg, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 29, 2003.

³ C. pr. civ., art. 26 : « le juge peut fonder sa décision sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris ceux qui n'auraient pas été allégués ».

⁴ Civ. 1^{re}, 20 mai 1980, n° 79-10.244, Bull. civ. I, n° 153 ; JCP 1980, IV, 288 et 1981. 19549, note D. L. N. ; RTD civ. 1980. 803, n° 8, obs. Normand, et 1981. 212, n° 6, obs. Perrot.

⁵ V. en ce sens : Rép. pr. civ., Dalloz, v° Ordonnance sur requêtes, 2016, par. S. Pierre-Maurice, n° 124.

⁶ C. pr. civ., art. 27, al. 1^{er} : « le juge procède, même d'office, à toutes les investigations utiles.

Il a la faculté d'entendre sans formalités les personnes qui peuvent l'éclairer ainsi que celles dont les intérêts risquent d'être affectés par sa décision ».

⁷ A. Varnek, *Le juge des requêtes, juge du provisoire, op. cit.*, n° 1051, p. 560. L'auteur pose cette question : « Qui, dans la procédure sur requête, est mieux placé pour exercer les fonctions d'un légitime contradicteur que le juge des requêtes lui-même ? ».

⁸ C'est donc une obligation car cela constitue un moyen d'ordre public : Civ. 2^e, 11 mai 2006, n° 04-17.399, Bull. civ. II, n° 128 ; Procédures 2006, n° 154, obs. Perrot. V. dans le même sens : Civ. 2^e, 11 février 2010, n° 09-11.342, BICC n° 725 du 1^{er} juillet 2010, arrêt n° 105. V. en ce sens : A. Varnek, *Le juge des requêtes, juge du provisoire, op. cit.*, n° 1057, p. 564.

527. Cette exigence de retenue imposée au juge se retrouve sur le terrain de l'exécution de sa décision.

§2. La retenue dans l'octroi de l'exécution

528. Patience du juge dans l'exécution. L'exigence de retenue censée lutter contre l'arbitraire ne s'arrête pas au stade de la discussion judiciaire. Elle se poursuit au-delà, à un moment où l'instance a été éteinte par le jugement. Il arrive que le juge se montre trop prompt à assurer l'exécution de la décision qu'il a rendue. Cela traduit un autoritarisme du juge qui va permettre au bénéficiaire du jugement de tirer immédiatement profit d'un jugement sans prendre suffisamment garde à la possibilité d'une remise en cause de celui-ci¹. Pour lutter contre cet arbitraire, certains mécanismes forcent le juge à la retenue.

529. Le premier est le plus radical. Il consiste à interdire au juge de permettre l'exécution anticipée de sa décision. Il le contraint à attendre soit que la décision ait fait l'objet d'une voie de recours, soit qu'elle ne soit plus susceptible d'être contestée (A). Le second biais consiste à contraindre le juge à faire preuve de prudence en « sécurisant » l'exécution anticipée de sa décision (B).

A. L'interdiction de l'exécution provisoire

Pour lutter contre l'autoritarisme du juge dans l'octroi de l'exécution, le droit peut d'abord choisir de supprimer purement et simplement toute marge de manœuvre du juge dans l'octroi du bénéfice de cette exécution. C'est le cas chaque fois que le droit interdit au juge de prononcer l'exécution immédiate de sa décision.

530. Matière civile. En matière civile, la question de l'exécution immédiate des décisions de justice a pu susciter par le passé des débats passionnés². Il faut dire que la question est au

¹ V. *supra* n^{os} 405 s.

² Ce fut le cas lorsqu'en 2012, un projet de décret avait proposé de supprimer l'effet suspensif des voies de recours ordinaires en conférant immédiatement la force exécutoire aux décisions des juridictions du premier degré. J.-M. Coulon, « Quelques remarques sur un projet de décret de procédure civile », LPA 24 juin 2002, p. 4 ; S. Guinchard, « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas : le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel », LPA 5 juin 2002, p. 4 ; « Pour une exécution provisoire à visage humain et le droit de libre critique des choses de la justice », LPA 28 oct. 2002, p. 5 ; Th. Le Bars et J. Villacèque, « Vers une suppression de l'effet suspensif de l'appel » ?, D. 2002, p. 1987 ; J.-C. Magendie, « L'exécution immédiate des décisions de justice : l'injuste critique d'une réforme nécessaire », D. 2002, p. 2411 ; L. Cadiet, « Feu l'exécution immédiate des jugements ? Regrets de la France du milieu », JCP G 2002, I, 346.

cœur d'une confrontation entre deux intérêts légitimes : l'intérêt du créancier de l'exécution qui consiste à bénéficier sans attendre de la décision et l'intérêt du débiteur qui doit pouvoir faire valoir ses droits devant un juge du recours avant de procéder à l'exécution de la décision qui lui donne tort¹. Le droit français n'a pas fait le choix, pour l'heure, de systématiser l'exécution immédiate, laquelle reste dérogatoire eu égard au maintien du principe de l'effet suspensif des voies de recours ordinaire. Il y a même des cas où le droit fait le choix d'interdire une anticipation de l'exécution de la décision rendue par un juge du premier degré. L'article 515, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile, autorise le prononcé de l'exécution provisoire à condition notamment « qu'elle ne soit pas interdite par la loi ». Il y a donc des cas dans lesquels le bénéfice de cette anticipation est proscrit. En d'autres termes, le juge se trouve privé de la faculté d'accorder l'exécution provisoire, quelles que soient les circonstances qui semblent, selon lui, la justifier. Cette interdiction de l'exécution immédiate a pour inconvénient principal de différer le bénéfice effectif de la décision, un bénéfice qui apparaît pourtant « conforme à la promotion contemporaine du droit à l'exécution effective des jugements »². Mais, elle possède aussi un avantage majeur, très largement passé sous silence, celui de contraindre le juge à la retenue et, partant, de lutter contre l'excès d'assurance du juge qui, voulant couper court au processus juridictionnel, déciderait de hâter la mise en œuvre de son jugement.

L'interdiction d'ordonner le bénéfice de cette exécution peut résulter implicitement d'un texte qui pose l'exigence d'un jugement passé en force de chose jugée pour en permettre l'exécution³. Dans ces cas, l'exécution provisoire ne peut pas être prononcée par le juge. S'il méconnaît cette interdiction, elle sera tout simplement privée d'effet⁴. Elle peut également

V. aussi, un peu plus tard : H. Croze, « L'exécution immédiate ? Immédiatement ? », *Procédures*, Mars 2003, chron. 5.

¹ Henri Motulsky voyait dans la possibilité de critiquer une décision de justice, une composante des droits de la défense : H. Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : respect des droits de la défense en procédure civile », *in* Mél. P. Roubier, tome II, 1961, Dalloz, p. 190. V. aussi : G. Bolard, « Les juges et les droits de la défense », *in* Mél. P. Bellet, p. 49 ; « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Motulsky », *JCP G* 1993, I, 3693 ; G. Wiederkehr, « Droits de la défense et procédure civile », *D.* 1989, chron. p. 36.

² L. Cadiet, « Feu l'exécution immédiate des jugements ? Regrets de la France du milieu », *JCP G* 2002, I, 346, n° 3.

V. aussi : N. Fricero, « Le droit européen à l'exécution des jugements », *Rev. huissiers* 2001, p. 6 à 10, spéc. n° 19.

³ Par hypothèse, ces cas d'interdiction ne concernent que l'exécution provisoire facultative dans la mesure où une exécution provisoire ne peut pas être à la fois de droit et interdite. Sur ce point, v. Rép. pr. civ. Dalloz, v° Exécution provisoire, par P. Hoonakker, 2015, n° 46.

⁴ C'est par exemple le cas en matière de baux commerciaux en ce qui concerne la pénalité de 1 % prévue par l'article L. 145-30 du Code de commerce. Ce texte prévoit qu'en cas de non-remise des clés à la date fixée et

résulter explicitement d'un texte qui la proscriit. Les cas d'interdiction sont éparpillés dans des fondements divers. Ils n'ont du reste pas tous la même portée. Certaines interdictions sont totales, en ce sens qu'elles visent les décisions judiciaires dans leur ensemble. D'autres ne sont que partielles car elles sont limitées à certains chefs de condamnation. Elles se retrouvent en revanche toutes sur leur but qui est de priver le juge de la possibilité d'ordonner cette exécution anticipée. Par exemple, l'article 1079 du Code de procédure civile dispose que « la prestation compensatoire ne peut être assortie de l'exécution provisoire ». Autre exemple, le bâtonnier ne peut assortir de l'exécution provisoire la décision qu'il prend en matière de contestation d'honoraires¹. En cas de méconnaissance de cette interdiction par le juge, le débiteur pourra en solliciter l'arrêt devant le premier président de la cour d'appel². Chaque fois que le droit pose une telle interdiction, il entend refuser au juge la faculté d'anticiper la mise en œuvre de sa décision. Celle-ci ne pourra avoir lieu que lorsqu'elle aura acquis force de chose jugée, c'est-à-dire qu'elle ne sera plus susceptible de faire l'objet d'un recours suspensif³. Cela empêche le juge d'abuser de son libre arbitre en permettant une anticipation de l'exécution de sa décision en ignorant le risque qu'il fait courir au débiteur de ne jamais pouvoir obtenir la restitution de ce qu'il a donné au créancier.

531. Matière pénale. En matière pénale, la lutte contre l'arbitraire dans l'anticipation de l'exécution d'une décision est aussi présente. Comme en matière civile, l'exécution provisoire peut être prononcée par le juge. L'article 464, alinéa 3, du Code de procédure pénale permet par exemple au tribunal correctionnel et au tribunal de police, s'ils ne peuvent se prononcer en l'état sur la demande de dommages et intérêts, d'accorder une provision à la partie civile, assortie de l'exécution provisoire de droit. Toutefois, le bénéfice de cette exécution provisoire ne s'étend pas à toutes les mesures que pourrait prendre le juge. Il arrive que le juge soit dans l'impossibilité de prononcer cette exécution. Tel est le cas, notamment, pour une condamnation consistant en la lecture d'un communiqué au cours d'un journal télévisé car, dans cette hypothèse, l'exécution provisoire présente un caractère irrémédiable⁴. En

après mise en demeure, le séquestre retient 1 % par jour de retard sur le montant de l'indemnité et restitue cette retenue au bailleur sur sa seule quittance.

Il a été jugé que cette pénalité ne peut jouer que lorsque le jugement fixant l'indemnité d'éviction est passé en force de chose jugée, même si celui-ci a été assorti de l'exécution provisoire : Civ. 3^e, 2 oct. 2012, n° 11-17.098, RJDA 2013, n° 203.

¹ Décr. n° 91-1197 du 27 nov. 1991, art. 178. V. en ce sens : Civ. 1^{re}, 9 avr. 2002, n° 99-19.761, Bull. civ. I, n° 113; D. 2002. 1787, note Beignier ; JCP G 2002, II, 10086, note R. Martin.

² C. pr. civ., art. 524.

³ C. pr. civ., art. 500 : « a force de chose jugée le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution ».

⁴ Paris, 15 mars 1996, Gaz. Pal. 1996. I. 169.

empêchant l'anticipation de l'exécution, la procédure met le plaideur à l'abri de l'imprudence du juge qui voudrait anticiper une exécution qui risque d'entraîner des conséquences définitives.

532. Contrôle du bénéfice de l'exécution. La lutte contre l'arbitraire dans l'exécution passe aussi par un autre biais qui consiste à permettre un contrôle de la décision du juge d'anticiper l'exécution d'une décision. Il ne s'agit pas d'instituer une voie de *recours* contre la décision mais de mettre en place une voie de *secours* lorsque l'anticipation de l'exécution présente un risque que le premier juge n'a pas suffisamment pris en compte. Il en est ainsi en matière civile au regard du recours qui peut être formé devant le premier président de la cour d'appel. Lorsque le juge décide abusivement d'octroyer le bénéfice de l'exécution provisoire, le débiteur peut saisir le premier président d'une demande d'arrêt de cette exécution. Le cas de l'exécution provisoire interdite est l'une des hypothèses dans laquelle le premier président se doit de mettre un terme à l'exécution provisoire¹.

533. Référé-liberté. Cette possibilité se retrouve également en matière pénale. Le droit pénal impose parfois des conditions à l'exécution anticipée d'une décision, de sorte que le juge peut se montrer arbitraire lorsqu'il applique de façon abusive ces conditions. Cette manifestation de l'arbitraire peut être combattue, en particulier lorsqu'il s'agit de porter atteinte à la liberté de la personne mise en cause. C'est le cas en matière de détention provisoire. Cette mesure obéit à de strictes conditions expressément énoncées par le Code de procédure pénale² mais qui confèrent au juge une certaine marge d'appréciation. Il est donc toujours possible de voir le juge abuser de la possibilité que la loi lui confère. C'est pour lutter contre un usage abusif de son libre arbitre que la loi du 24 août 1993 a créé le mécanisme du référé-liberté qui poursuit un but simple : « intervenir rapidement pour éviter un placement en détention abusif »³. Dans sa rédaction issue de cette loi, l'article 187 du Code de procédure pénale prévoyait qu' « en cas d'appel d'une ordonnance de placement en détention provisoire, la personne mise en examen ou le procureur de la République peut, si l'appel est interjeté au plus tard le jour suivant la décision de placement en détention, demander au président de la chambre d'accusation ou, en cas d'empêchement, au magistrat qui le remplace de déclarer cet appel suspensif. Cette demande doit, à peine d'irrecevabilité, être formée en même temps que

¹ C. pr. civ., art. 524, 1^o.

² C. pr. pén., art. 143-1 s.

³ Rép. pén. et pr. pén. Dalloz, v^o Détention provisoire, 2015, par C. Guéry, n^o 265.

l'appel ». La formulation du texte a changé¹ mais l'idée reste la même. Aujourd'hui, c'est l'article 187-1 du Code de procédure pénale qui prévoit ce mécanisme, dont le but est toujours de réparer immédiatement l'abus que peut constituer une mise en détention abusive par le juge. Lors de l'appel interjeté contre l'ordonnance de placement en détention provisoire, le mis en examen ou le procureur de la République peut demander sa mise en liberté au président de la chambre de l'instruction lequel devra vérifier si le juge n'a pas abusé de la possibilité d'ordonner la détention provisoire. Le référé-liberté n'est pas une voie de recours, c'est un mécanisme *ad hoc* qui se greffe à un appel et qui est directement destiné à lutter contre l'arbitraire dans le prononcé de l'exécution provisoire.

534. La lutte contre l'autoritarisme dans l'octroi de l'exécution anticipée d'une décision peut revêtir une autre forme que celle qui consiste à interdire ce bénéfice. Le juge se voit donner les moyens procéduraux de faire preuve de retenue dans la décision d'accorder le bénéfice d'une exécution anticipée. La procédure permet une sécurisation de l'exécution provisoire qui tend à lui rappeler qu'il doit faire preuve de mesure au stade de l'exécution.

B. La sécurisation de l'exécution provisoire

535. Sagesse et modestie du juge. Le juge est invité à faire preuve de modestie et de sagesse en recourant, au besoin, à des mécanismes de sécurisation de l'exécution provisoire. Il est incité à réfréner l'orgueil qui pourrait le conduire à ne pas faire suffisamment attention à la fragilité de son jugement. Il y a deux moyens de lutter contre ces manifestations de l'arbitraire au stade de l'exécution anticipée. Il s'agit, à chaque fois, d'alerter le juge sur la nécessité d'éviter que le débiteur de l'exécution ne se trouve dans une situation irrémédiable.

536. Garantie du créancier de l'exécution. Le premier consiste à s'assurer des facultés de remboursement du créancier de l'exécution. L'idée est de prendre en compte le risque de réformation, et donc les faiblesses potentielles de la décision exécutoire par provision, en garantissant les restitutions auxquelles le débiteur a droit. C'est pour cela que le législateur prévoit une possibilité d'ordonner la constitution d'une garantie à la charge du créancier,

¹ Avec la loi du 30 décembre 1996, la mention d'une détention qui ne serait « manifestement pas nécessaire ». L'article 187-1 du Code de procédure pénale prévoit désormais que la remise en liberté peut être prononcée si le juge estime que les « conditions prévues par l'article 144 », qui pose les conditions de la détention provisoire, ne sont pas remplies.

laquelle deviendra une condition de l'exécution provisoire¹. En matière civile, l'article 517 du Code de procédure civile prévoit que l'exécution provisoire peut être subordonnée à la constitution d'une garantie, réelle ou personnelle, « suffisante pour répondre de toutes restitutions ou réparations ». Cette garantie est une preuve de sagesse du juge. Le but est d'assurer au débiteur, en cas d'infirmité, l'anéantissement rétroactif de l'exécution poursuivie aux risques et périls du créancier. Elle permet une forme de couverture du risque induit par la fragilité de la décision. Cette modalité de l'exécution provisoire protège le débiteur contre le créancier. « En effet, le montant de la garantie doit permettre la réalisation effective de l'infirmité du jugement, de sorte que le débiteur ne devrait pas être lésé »². Le juge dispose pour cela d'une marge de manœuvre étendue. Il doit fixer les modalités de la garantie qu'il prescrit, comme par exemple le délai dans lequel elle devra être constituée ou les conditions dans lesquelles elle sera levée. C'est ainsi qu'un juge qui ordonne l'exécution provisoire de son jugement peut prendre la précaution d'exiger du créancier la remise d'une caution bancaire d'un montant égal à celui de la condamnation prononcée³.

537. Garantie du débiteur de l'exécution. Le deuxième mécanisme consiste à permettre au débiteur d'échapper à l'exécution anticipée d'une décision en prenant en compte le risque de conséquences irrémédiables qu'il encourt. C'est le but du mécanisme de la consignation qui consiste pour le juge à contraindre le débiteur à être dispensé de l'exécution provisoire en échange d'une garantie financière. Il s'agit d'une forme de garantie mise à la charge, cette fois, du débiteur de l'exécution. Cette possibilité se retrouve en matière civile. Il est prévu, aux termes de l'article 521 du Code de procédure civile, que la partie condamnée au paiement de sommes autres que des aliments, des rentes indemnitaires ou des provisions peut éviter que l'exécution provisoire soit poursuivie en consignation, sur autorisation du juge, les espèces ou les valeurs suffisantes pour garantir, en principal, intérêts et frais, le montant de la condamnation. La consignation est bénéfique aux deux parties. Pour le créancier, elle est la garantie de l'exécution du jugement en cas de confirmation et décourage les recours dilatoires. Pour le débiteur, elle évite de courir le risque d'une insolvabilité du créancier en cas d'infirmité et, par la même, le risque de restitutions impossibles. « Elle ménage les intérêts des parties à moyen terme et garantit qu'aucune d'elles ne subira de perte majeure

¹ Civ. 2^e, 19 mai 1999, n° 96-22.280, Bull. civ. II, n° 95 ; Procédures 1999, n° 175, obs. R. Perrot ; D. 1999. 164.

² M. Thibierge, « L'exécution provisoire du jugement et l'équilibre des intérêts des parties », D. 2011, n° 10, p. 610.

³ Civ. 2^e, 4 janv. 1990, n° 88-17.841, RTD civ. 1990. 565, note R. Perrot.

injustifiée »¹. En cela, c'est une mesure de précaution mise à disposition du juge au regard de la fragilité de la décision qu'il a rendue.

538. Caution. Le mécanisme se retrouve en droit pénal, sous une forme similaire. Le droit pénal connaît le mécanisme du cautionnement qui se conçoit comme une consignation, entre les mains du greffe, d'une somme dont le montant et les délais de versement sont fixés par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention, en considération, notamment, des ressources et des charges de la personne mise en examen². Il s'agit là d'un mécanisme très ancien, déjà pratiqué en droit romain, et qui fut consacré en droit français par la Constitution de 1791 et réglementé par le Code d'instruction criminelle de 1808. Il se rattache aujourd'hui au contrôle judiciaire. Le cautionnement peut être imposé par le juge pour maintenir la personne mise en examen en liberté ou comme une condition de sa mise en liberté, tout en se cumulant au besoin avec les autres obligations du contrôle judiciaire. Le montant de ce cautionnement est fixé souverainement par le juge³, qui doit tenir compte des facultés contributives de la personne poursuivie⁴. Il peut exiger de la personne sous contrôle judiciaire qu'elle constitue, dans un délai, pour une période et un montant déterminés par le juge, des sûretés personnelles ou réelles⁵. Au-delà de ses modalités techniques, ce mécanisme est une incitation à la précaution. En l'autorisant à ordonner un cautionnement, il permet au juge de faire échapper la personne poursuivie à la détention provisoire à un moment où la condamnation n'est qu'hypothétique. Il invite à contourner une exécution anticipée qui porte sur la détention d'une personne et entraînera en cela des conséquences irréversibles. C'est donc une mesure de précaution permettant de combattre l'arbitraire qui se manifeste à travers l'empressement injustifié du juge dans la décision de faire exécuter une condamnation qui n'est pas encore prononcée.

¹ M. Thibierge, « L'exécution provisoire du jugement et l'équilibre des intérêts des parties », D. 2011, n° 12, p. 610.

² C. pr. pén., art. 138, al. 2, 11° ; art 142 à 143 et art. R. 19 à R. 25.

³ Crim., 19 nov. 1990, n° 90-85.571, Bull. crim. n° 390.

⁴ Crim., 5 sept. 1981, n° 81-93.287, Bull. crim. n° 250.

⁵ C. pr. pén., art. 138, al. 2, 15°. La constitution de sûretés réelles ou personnelles est réglementée par les articles R. 24 et suivants du Code de procédure pénale.

Conclusion du chapitre 1 :

539. Existence d'une contrainte procédurale. L'étude des mécanismes procéduraux démontre que le droit est en lutte permanente contre l'arbitraire du juge. À tous les stades du processus juridictionnel, il tente de combattre les dérives du libre arbitre en lui imposant certaines exigences procédurales. Il force le juge à satisfaire à certaines exigences qui sont autant de remparts dressés face au risque de dérive de son libre arbitre. Les règles de procédure dont il a été question participent toujours d'une volonté de domination du libre arbitre, d'une soumission¹, au sens premier du terme, de la volonté. En cela, la procédure peut être inscrite dans la perspective de la *Théorie des contraintes juridiques*. Pensée comme un contrepoids de la *Théorie réaliste de l'interprétation*, cette théorie a pour but de démontrer que malgré leur liberté d'interprétation, les acteurs du droit s'orientent vers un nombre restreint de solutions en raison des contraintes juridiques résultant de la physionomie du système juridique². C'est ce qui permettrait d'imposer un cadre à l'interprétation du droit, non pas en raison de la seule volonté d'autolimitation de l'acteur en question mais par l'effet des contraintes extérieures qu'il subit, lesquelles agissent comme des incitations. Ces contraintes empêchent les acteurs du droit d'exercer leur liberté selon leur seule volonté. Ils se trouvent contraints d'agir d'une manière cohérente avec les éléments qui leur sont extérieurs mais qu'ils doivent prendre en considération³. Les règles de procédure ne sont pas en elles-mêmes des éléments de cette contrainte car elles relèvent des normes que le juge doit respecter. Elles sont de véritables obligations pour le juge. Les « contraintes » dont il est question dans la *Théorie des contraintes* relèvent quant à elles de situations de fait dans lesquelles se trouvent les acteurs du droit⁴.

¹ Soumission vient du latin *Submissio* qui signifie « abaissement » ou « infériorité ». La soumission vise l'état d'une personne qui se met *sous* la dépendance d'autrui. Se soumettre, c'est accepter d'obéir, de reconnaître l'autorité d'autrui sur sa propre volonté. V. pour l'étymologie du terme : F. Gaffiot, v° *Submissio*, in *Dictionnaire latin-français*, Hachette, 1934, p. 1496.

² V. V. Champeil-Desplats et M. Troper, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorzcyk, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 11.

³ Sur les différents types de contraintes, v. : C. Grzegorzcyk, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », in M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorzcyk, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 35.

⁴ C'est ainsi que Hart distinguait entre « être obligé » et « avoir l'obligation ». « Être obligé », c'est être contraint mais « avoir l'obligation » suppose l'existence d'une règle juridique. Ainsi explique-t-il qu'on peut être obligé par un bandit qui pointe une arme sur nous mais on n'a aucune obligation à son égard. V. : H.-L.-A. Hart, *Le concept de droit*, trad. fr., Publications des Facultés Université de Saint-Louis, Bruxelles, 1976, p. 107.

Toutefois, cela ne signifie pas qu'une *contrainte* ne peut pas découler d'une *obligation*. Une obligation procédurale a deux aspects complémentaires : d'un côté, elle impose une exigence technique qui indique ce qui est immédiatement attendu du juge dans la conduite du procès ; de l'autre, elle exerce sur lui une contrainte, plus lointaine, qui consiste à enserrer son activité. Au-delà de leur efficacité individuelle et de leurs buts immédiats, les règles de procédure placent le juge dans un contexte particulier - de fait et non de droit - un contexte de domination de son activité par des règles qui le conditionnent dans l'exercice de son activité juridictionnelle. Qu'il en ait ou non pleinement conscience¹, l'encadrement procédural de son travail joue un rôle de catalyseur, en ce sens que les règles de procédure provoquent une réaction par leur seule présence. Il y a, outre les exigences techniques qui s'imposent au juge au cours du procès, une *contrainte procédurale* qui l'incite à respecter une certaine discipline dans la conduite du procès. Cette *contrainte* lui rappelle, comme un bruit sourd, qu'il ne peut en faire tout et n'importe quoi ; que la qualité de son intervention dépend de sa faculté à éviter les dérives de son libre arbitre.

Il est regrettable que cet aspect de la procédure ne soit jamais mis en avant. L'étude des mécanismes procéduraux de lutte contre l'arbitraire suggère qu'il s'agit d'une dimension essentielle du travail du juge. Sans-doute faudrait-il réfléchir plus en détail à cet aspect de la procédure pour comprendre quels en sont les véritables ressorts. Lorsqu'elles sont abordées à travers cette idée de *contrainte*, les règles de procédure révèlent une toute autre utilité que leur dimension purement technique. Cela permet de mieux comprendre une idée souvent énoncée dans les manuels de droit processuel, l'idée selon laquelle la procédure - et le formalisme qu'elle sous-tend - ne doit pas être perçue comme un désagrément mais comme une garantie qu'il convient de préserver². Si elle est indispensable à la lutte « contre l'arbitraire du juge »³, c'est parce qu'elle lui impose une *contrainte* dans l'exercice de son libre arbitre. Dès lors, il ne faut pas croire que tout allègement du formalisme de la procédure est nécessairement positif. La tendance contemporaine à la « sommarisation »⁴ des procédures⁵, qui consiste en

¹ Sur la confusion entre contrainte et sentiment d'être contraint, v. : C. Grzegorzcyk, *préc.*, p. 27.

² Pour « la défense du formalisme » de la procédure, conçu comme un gage de qualité des décisions de justice : N. Cayrol, *Droit de l'exécution*, LGDJ, Lextenso éd., coll. « Domat droit privé », 2015, n^{os} 479 s., pp. 266 s. V. aussi sur l'appréhension classique et « restrictive » de la procédure : C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, coll. « Précis », 33^e éd., 2016, nos 4 s., p. 3 s.

³ C. Chainais, F. Ferrand et S. Guinchard, *Procédure civile*, *op. cit.*, n^o 22, p. 16.

⁴ C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, préf. S. Guinchard, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2007, n^o 512, p. 547.

⁵ C'est le cas, par exemple, de la voie du contentieux provisoire dont certains auteurs ont montré l'instrumentalisation en soulignant les dangers que comporte la tendance contemporaine à l'inversion du

un recul des formes, révèle alors des dangers trop souvent occultés par la quête de célérité et d'efficacité dans laquelle s'inscrit aujourd'hui le travail du juge. Si cette sommarisation comporte « le risque d'une justice arbitraire »¹, c'est parce qu'elle libère le juge de la *contrainte procédurale* censée produire son effet canalisateur.

540. Insuffisance des mécanismes. Si cette *contrainte procédurale* est nécessaire, un constat s'impose quant à la portée des moyens procéduraux mobilisés pour lutter contre l'arbitraire. Les règles de procédure évoquées permettent de mettre en œuvre la lutte contre l'arbitraire mais elles présentent une lacune importante. Elles tendent à combattre cet arbitraire en imposant certaines exigences dans l'exercice de son libre arbitre sans parvenir à instaurer un système juridictionnel idéal dans lequel le libre arbitre serait suffisamment encadré pour ne jamais dériver en arbitraire. Il n'y a guère d'obstacle procédural infranchissable pour le juge. La procédure diminue le risque d'arbitraire, et est en cela indispensable au processus juridictionnel, mais elle est impuissante à le faire totalement disparaître. En vérité, aucune exigence ne résiste bien longtemps à la volonté du juge de ruiner l'efficacité de l'édifice. La procédure ne supprime l'arbitraire que lorsque le juge décide de ne pas s'affranchir des impératifs fixés par le droit.

541. Cette lacune de la procédure dans la lutte contre l'arbitraire justifie de s'intéresser aux autres dispositifs qui peuvent être mobilisés. En particulier, l'accord de volontés, qui est dans sa nature même un moyen de brider le libre arbitre, peut être utilisé pour maîtriser, en particulier, celui du juge.

contentieux entre juridiction du provisoire et juridiction du principal. Les bénéfices attendus de cette inversion (gain de temps, désengorgement des tribunaux, etc.) ne sauraient en occulter les risques.

V. en ce qui concerne la juridiction des référés : J. L. Bergel, *Théorie général du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 5^e éd., 2012, n° 306 qui souligne notamment que « le développement considérable des procédures de référés, s'ils permettent de remédier partiellement à l'encombrement et aux lenteurs de la justice, comportent néanmoins un risque manifeste de décisions hâtives, irréfléchies, ou même tendancieuses... ». V. aussi : C. Chainais, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, op. cit., n° 512, p. 548.

¹ C. Chainais, *ibid.*

Chapitre 2 : La lutte par les accords de volontés

542. L'accord de volontés, acte de prévision. La lutte contre l'arbitraire passe par la conclusion d'accords de volontés destinés à prévenir les dérives du libre arbitre. Dans ce cas, il s'agit toujours d'agir en amont de l'apparition des abus commis par le juge. Les parties à l'accord envisagent l'arbitraire comme un risque dont elles tentent de se prémunir. Le but est de régir l'intervention du juge au cours du processus juridictionnel en lui imposant de suivre une procédure particulière¹. L'utilisation de l'accord de volontés dans la lutte contre l'arbitraire du juge témoigne de la place que joue la volonté individuelle dans la gestion des différends². Ces accords de volontés, qui visent toute rencontre de volontés destinée à produire des effets, forment une catégorie très large qui inclue des figures diverses. L'accord peut prendre la forme, générale, d'une convention, entendue comme un accord de volontés destiné à produire « un effet de droit quelconque »³. Lorsque l'effet en question est une obligation, la convention revêt la nature d'un contrat⁴. Ils peuvent aussi prendre la forme de pactes, conçus comme une espèce de convention établissant « un ordre durable ou engageant gravement l'avenir »⁵. Ces pactes produisent des effets de droit mais ils peuvent aussi constituer des accords non créateurs d'effets juridiques. C'est le cas lorsqu'ils qui tendent à inciter à l'adoption d'un comportement. Toutes ces formes d'accord se rejoignent sur un point : elles expriment la volonté de sécuriser les engagements pris et concrétise un besoin de contrôle sur une situation donnée. Les accords de volontés constituent « une voie de libération de l'individu des asservissements qui l'enserrent, cette source juridique n'imposant l'obéissance qu'à une norme que le destinataire s'est lui-même prescrite »⁶. Appliqués au

¹ Sur le contrat comme procédure, v. : N. Cayrol, *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, préf. F. Grua, Economica, coll. Droit civil, 2001, n° 540, p. 317.

² V. A. Zagori, *La volonté dans la gestion des conflits*, Th. Paris-Saclay, 2015.

V. aussi : L. Cadiet, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », LPA, 5 mai 2000, pp. 30 s.

³ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11^e éd., 2016. v° Convention, p. 269. V. sur cette catégorie d'accord de volonté : R. Loir, *Les conventions non créatrices d'obligations*, Th. Lille 2, 2007.

⁴ Le contrat est défini par l'article 1101 du Code civil comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Ce texte est issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 qui a modifié la définition du contrat en abandonnant la référence classique aux obligations de faire, de ne pas faire et de donner qui figurait dans l'ancienne version du texte.

Pour des réflexions sur la notion de contrat, v. : J. Ghestin, « La notion de contrat », D. 1990, chron. XXVII, p. 156 ; v° Contrat, in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Lamy, coll. Quadrige Dicos Poche, 2003, pp. 276 s. ; C. Atias, « Qu'est-ce qu'un contrat ? », in C. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, coll. « Droit et Économie », 2008, p. 3.

⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° Pacte, p. 729.

⁶ S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, « Présentation », in *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007, p. 11.

litige, ces accords traduisent « la volonté des justiciables de se réapproprier leur litige »¹, de parvenir à une certaine maîtrise du processus juridictionnel² en se protégeant, notamment, de l'« imprévisibilité »³ des comportements du juge.

543. Conventionnel dans le juridictionnel. Le recours aux accords de volontés dans la lutte contre les abus du juge dans l'exercice de son libre arbitre pose d'emblée une interrogation, celle de la possibilité de règlementer, par le biais d'accords, l'office du juge appelé à statuer. De prime abord, l'admission d'une intrusion du *conventionnel* dans le *juridictionnel* ne va pas de soi. À bien y penser, il est ici question du fonctionnement et de l'organisation de l'administration de la justice, c'est-à-dire d'un véritable service public qui relève des fonctions régaliennes de l'État. Or, il peut sembler difficile de concevoir qu'un usager puisse en régler le cours, que des normes d'origine privée puissent régir le travail du juge⁴. Pour autant, cette possibilité n'est pas exclue. Il s'agit d'une possibilité ouverte par le principe de liberté contractuelle qu'affirme expressément le nouvel article 1102 du Code civil en énonçant que « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». En vertu de l'alinéa 2 de ce texte, ce n'est que par exception que cette liberté contractuelle se trouve limitée puisqu'elle ne permet pas « de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ». Or, toutes les règles régissant l'activité du juge ne présentent pas cette nature, de sorte que les parties peuvent, par un accord de volontés, parvenir à façonner son office.

544. « Contractualisation de la justice ». L'utilisation des accords de volontés dans le processus juridictionnel souligne même une évolution importante du droit qui tend à un renforcement de l'utilisation de la convention dans le règlement des litiges. Parce que le contrat est avant tout un instrument de gestion du risque⁵, il peut constituer une réponse au

¹ *Ibid.*

² V. Sur le rapport d'obligation dans le procès : L. Cadiet, « Liens d'obligation, liens du procès : une introduction », in Mél. J. Beauchard, LGDJ, 2013, p. 23 et D. Mazeaud, « Liberté contractuelle et procès civil », *ibid.*, p. 229 ; S. Guinchard, « Le rapport d'obligation dans la théorie du procès », in Mél. J. Beauchard, *op. cit.*, p. 335.

³ J.Cl. Contrats, « Clauses relatives au litige », 2016, n° 8, par L. Cadiet.

V. sur cette question : C. Barnaud, *L'efficacité des clauses relatives au litige*, Th. Versailles-Saint-Quentin en Yveline, 2010.

⁴ V. C. Coupet, « Les normes d'origine privée », RTD com. 2015, p. 437.

⁵ J.-M. Mousseron, « La gestion des risques par le contrat », RTD civ. 1988, p. 481 s.

risque d'arbitraire du juge¹. Pour désigner cette démarche, il est souvent question de « contractualisation de la justice », une formule qui est employée pour désigner « le rôle croissant du contrat, ou plus largement de la convention, entendue comme un accord de volontés en vue de faire naître des effets juridiques, dans des domaines de la vie sociale qui étaient traditionnellement regardés comme échappant au libre jeu des volontés privées »². Il faut cependant distinguer la problématique générale de la contractualisation de la justice³ de celle qui a trait plus particulièrement à l'arbitraire du juge. La question de la lutte contre l'arbitraire est beaucoup plus spécifique. Elle ne porte pas sur la maîtrise conventionnelle du processus juridictionnel dans son ensemble. Cette maîtrise recouvre des mécanismes très divers qui permettent un évitement du juge⁴ mais n'ont pas tous pour finalité directe de combattre les dérives du libre arbitre. Ainsi en est-il des clauses ayant pour but d'aménager le droit d'agir en instituant des « obligations de ne pas agir en justice »⁵. Expression d'une forme

¹ V. C. Atias, *Précis de contentieux contractuel*, PUAM, 2^e éd., 2003, n° 26. Pour l'auteur, « l'une des fonctions majeures du droit contractuel est de préparer le contentieux, en rendant prévisibles les solutions judiciaires, en favorisant leur acceptation par les intéressés, en évitant les incertitudes et autres causes d'augmentation des "coûts de transaction", c'est-à-dire des efforts de tous ordres, et notamment pécuniaire, à déployer pour retrouver l'équilibre des relations entre les parties ».

² P. Ancel, « Contractualisation », in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, 2004, PUF, p. 231.

³ V. sur ce point : L. Cadet, « Une justice contractuelle, l'autre », in Mél. J. Ghestin, LGDJ, *Anthologie du droit*, 2015, p. 177, spéc. p. 186 s.

⁴ V. S. Guinchard, « L'évitement du juge civil », in J. Ciam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 221 ; J. Monéger, « L'éviction du juge par la loi », AJDI 2016, p. 170. V. aussi J.-P. Dumur, « L'éviction du juge par le contrat : les techniques contractuelles alternatives de règlement des différends », AJDI 2016, p. 180 ; T. Clay, « Le modèle pour éviter le procès », in T. Revet (dir.), *Code civil et Modèles - Des modèles du Code au Code comme modèle*, LGDJ, 2004, p. 51 s. ; M.-C. Rivier, « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Le juridictionnel et le conventionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, coll. Etudes juridiques, p. 24.

⁵ Selon l'expression de Ph. Grignon, « L'obligation de ne pas agir en justice », in Mél. C. Mouly, Litec, 1998, tome II, p. 115. V. aussi, rattachant ces conventions au mécanisme de l'abdication : P. Raynaud, « La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en droit civil », RTD Civ. 1936, n° 30, p. 791 ; P. Delebecque, « Les renoncements à recours », in Mél. Simler, 2006, Dalloz-Litec, 2006 p. 563.

Ces mécanismes ont une logique propre qui consiste à se passer du juge pour le règlement d'un litige. Ils instituent des fins de non-recevoir qui interdisent au juge d'examiner le bien-fondé de la prétention. C'est le cas par exemple des clauses instituant un préalable obligatoire de négociation, tel que les clauses de conciliation ou de médiation. V. sur ce point : G. Bolard, « L'obligation de négocier préalable au procès », Gaz. Pal., 1997, p. 1125 ; F. le Fichant, *L'obligation de négocier en droit privé*, Th. Paris I, 1992 ; H. Melhem, *L'obligation de négocier en droit des contrats*, Th. Lille 2, 2003.

C'est le cas, plus radicalement, des clauses interdisant définitivement le recours au juge qui constituent un « mode de négation du procès » : N. Cayrol, *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, préf. F. Grua, Economica, 2001, n° 273 et s.

Ces mécanismes neutralisant le droit d'agir sont « l'affirmation sans nuance que certaines prétentions en justice sont irrecevables, c'est-à-dire qu'il n'y a rien à leur répondre. Autrement dit, le juge est prié de se taire ; la seule expression de la justice doit rester celle du contrat » : N. Cayrol, *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, op. cit., p. 224.

Envisagée ainsi, l'utilisation du contrat dans la résolution des différends repose sur une philosophie particulière. Elle traduit « un état d'esprit qui pousse à la recherche d'une solution des litiges qui soit acceptée, voire négociée entre les parties, directement ou non, plutôt qu'imposée par un juge institué par l'État » : L. Cadet, *Découvrir la justice*, Dalloz, 1997, p. 67.

de « sagesse contractuelle »¹, ces dernières visent à se passer de la figure du juge pour lui préférer un autre ordre de valeur mais elles n'ont pas pour objet immédiat de lutter contre l'arbitraire. Ainsi en est-il encore des clauses de compétences qui tendent à neutraliser l'aptitude à connaître d'un litige. Ces clauses participent d'un rapport de force entre les parties mais elles n'ont pas pour cible les dérives du libre arbitre du juge.

545. Une fois exclus ces types de conventions, l'étude doit être recentrée sur les accords qui ont pour but immédiat de maîtriser les manifestations de l'arbitraire du juge. Malgré leur diversité, ces accords peuvent être regroupés en deux catégories générales. Il y a des accords qui luttent contre l'arbitraire en agissant sur la compréhension du litige (Section 1) et d'autres qui, poursuivant la même fin, interviennent plus particulièrement sur le déroulement de l'instance (Section 2).

Section 1 : La maîtrise de la compréhension du litige

546. Si la compréhension du litige est encadrée par le droit, elle laisse une place importante au libre arbitre du juge. Il arrive pourtant que ce dernier ne se conforme pas au cadre imposé et comprenne le litige de façon abusive. Les accords de volontés peuvent constituer une réponse à ce risque de dérive du libre arbitre dans la compréhension du litige. Par leur biais, les parties peuvent chercher à limiter la marge de manœuvre du juge dans la façon d'appréhender le différend. Elles vont le conduire à aborder le litige de la façon qu'elles auront elles-mêmes déterminé, ce, afin de se prémunir contre la possibilité d'une mauvaise compréhension du différend. Cette lutte porte à la fois sur le fait et le droit.

547. Le fait, d'une part : par un accord de volontés, les parties peuvent éviter que le juge, qui est saisi *in rem*, ne connaisse abusivement des éléments de faits du litige. Pour ce faire, les parties vont déterminer à l'avance la façon dont le juge appréhendera leurs allégations. La volonté des parties sera alors de lier le juge dans l'appréciation des faits invoqués au soutien des prétentions. Il s'agit de supprimer le risque d'abus à l'égard des preuves que les parties sont susceptibles de verser aux débats (§1).

¹ L. Cadiet et T. Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2016, 1^{re} éd., p. 6.

548. Le droit, d'autre part : les parties à un litige peuvent convenir, par voie conventionnelle, de régir la façon dont le juge devra connaître le litige en déterminant à l'avance le cadre juridique de son intervention. Ce faisant, elles se protègent des dérives du libre arbitre du juge dans l'application du droit. Il s'agira d'éviter que ce dernier méconnaisse sa saisine *in jure* en allant chercher ailleurs que dans le droit objectif les règles par lesquelles le différend sera tranché ou encore d'éviter qu'il n'applique un droit qui ne pouvait être raisonnablement anticipé par les plaideurs. Pour se protéger de ces manifestations de l'arbitraire, les parties peuvent réduire la marge de liberté du juge dans l'application du droit (§2).

§1. La compréhension des faits

549. Risque probatoire. Le risque d'arbitraire du juge à l'égard de la preuve se nourrit du large pouvoir d'appréciation dont il dispose pour provoquer l'établissement d'une preuve et pour apprécier la valeur qui doit lui être donnée. Par défaut de mesure ou par partialité, le juge peut arbitrairement refuser d'ordonner une mesure d'instruction qui aurait pourtant permis de faire la lumière sur les allégations des parties. Il peut aussi refuser de reconnaître à une preuve sa véritable valeur. Le risque est qu'il prenne sa décision en faisant volontairement abstraction d'un élément de preuve qui était pourtant décisif. Ce danger auquel s'exposent les parties participe plus généralement du « risque de la preuve »¹, un risque que ces dernières souhaitent légitimement « sinon maîtriser, du moins réduire »². Pour y parvenir, elles peuvent trouver dans certains accords de volontés une aide efficace en ce qu'ils permettent de parvenir à une « gestion de l'aléa probatoire »³, dont l'un des éléments est le risque d'arbitraire du juge. Les plaideurs peuvent s'approprier la maîtrise de l'administration de la preuve par le biais de conventions (A). De façon plus spécifique, ils peuvent aussi mettre en place une mise en état conventionnelle au moyen d'une convention de procédure participative, laquelle permet d'éviter l'arbitraire du juge dans le prononcé des mesures d'instruction (B).

¹ M. Mekki, « Le risque de la preuve », in D. Cohen (dir.), *Droit et économie du procès civil*, L.G.D.J., 2010. V. aussi : M. Mekki, « Regard substantiel sur le risque de la preuve. Essai sur la notion de charge probatoire », in M. Mekki, L. Cadiet et C. Grimaldi (dir.), *La preuve, regards croisés*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2015. V. aussi : J. Devèze, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Th. Toulouse, 1980. spéc. p. 19 et s.; X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, préf. J. Ghestin, Tome 239. LGDJ. 1994. spéc. n° 128 et s., p. 203 et s. ; R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil permanences et transformations*, préf. R. Savatier, LGDJ. 1955. spéc. p. 169.

² M. Mekki, « Le risque de preuve et le droit des contrats (2^e partie) », RDC 2009-2, p. 469.

³ M. Mekki, « Le risque de preuve et le droit des contrats (1^{re} partie) », RDC 2008-3, p. 681.

A. La maîtrise de l'administration de la preuve

550. Conventions sur la preuve. La convention sur la preuve¹ est un « accord exprès ou tacite par lequel les parties modifient les règles normales de la preuve judiciaire soit quant à la charge de la preuve, soit quant à la détermination des faits à prouver, soit quant à l'emploi des procédés de preuve »². Par ce type de convention, les parties vont substituer à la marge d'appréciation du juge dans l'administration de la preuve et au risque d'abus qui en découle, la certitude d'un accord sur la façon dont il conviendra d'appréhender la preuve. La validité de ces accords de volontés sur la preuve est reconnue depuis longtemps³. Dans deux arrêts du 8 novembre 1989, la Cour de cassation a considéré, en des termes très généraux, que, pour les droits dont les parties ont la libre disposition, « les conventions relatives à la preuve sont licites »⁴. Elle a ensuite suivi le mouvement de généralisation de ces mécanismes en validant les clauses répartissant la charge de la preuve⁵ ou encore celles qui portent sur l'objet même de la preuve⁶.

551. Consécration du « contrat sur la preuve ». Sur ce point, les écrits sont particulièrement denses, ce qui souligne sans doute le caractère courant du mécanisme⁷. Il faut dire que ces conventions interpellent car il s'agit de régir ce qui relève en principe de l'*imperium* du juge⁸, l'appréciation de la valeur des preuves fondant les allégations des parties. Or, « le pouvoir des volontés individuelles peut-il venir limiter celui du juge dans l'établissement de la vérité probatoire ? »⁹. Le nouvel article 1356 du Code civil issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations a consacré le principe de validité des « contrats sur la preuve »¹⁰. S'ils ne sont valables que

¹ V. Depadt-Sebag, « Les conventions sur la preuve », in Puiguelier (dir.), *La preuve*, Economica, 2004, p. 13.

² M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. VII, 1954, LGDJ, n° 1428.

³ La possibilité de régir la question de la preuve par un accord de volontés a été admise dès le XXI^e siècle, v. : E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, 2015, n° 22 s.

⁴ Civ. 1^{re}, 8 nov. 1989, n° 86-16.197, D. 1990, p. 389 ; V. déjà, admettant la validité des clauses portant sur les modes de preuve admissibles : Soc., 24 mars 1964 : JCP 1964, II, 14415, note C. Lapp.

⁵ Com., 8 nov. 1989, D. 1990, p. 369, note C. Gavalda.

⁶ Civ. 1^{re}, 24 févr. 2004, n° 02-14.005, Bull. civ. I, n° 58.

⁷ R. le Balle, *Des conventions sur le procédé de preuves en droit civil*, Th. Paris, 1923 ; M. Cocural, *Études rhétorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuve en droit civil français*, Th. Toulouse, 1933 ; D. Ferrier, « La preuve et le contrat », in Mél. M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, p. 105 ; V. Depadt-Sebag, « Les conventions sur la preuve », in *La preuve*, C. Puiguelier (dir.), Economica, 2004, p. 13 et s.

⁸ V. M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants, Recherche sur un possible imperium des contractants*, préf. Mestre, 2006, PUAM, nos 207 s.

⁹ M. Mekki, « Vérité et preuve », in *Droit de la preuve : entre injustice et désordre*, Actes de colloque, Université de Montréal, 2014, n° 10, p. 7.

¹⁰ N. Dissaux et C. Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaires des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 233 s.

lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition¹, ces derniers peuvent concerner non seulement la charge de la preuve mais également les modes de preuve des actes juridiques². En reconnaissant la validité de ces conventions, le Code civil reconnaît la possibilité de maîtriser le libre arbitre du juge et les abus qui peuvent en résulter. Il admet que ces derniers puissent poser eux-mêmes, les « règles du jeu probatoire »³, le but étant de contraindre le juge à suivre la marche dictée par les plaideurs⁴.

552. Vérité « hors le juge ». Au-delà des conditions de validité de ces conventions, c'est leur finalité qui est intéressante au regard du problème de l'arbitraire. En recourant à ces conventions, les parties fixent la valeur de la preuve, ce qui combat le risque d'une méconnaissance de la force probatoire de l'élément de preuve en question. Elles font primer leur accord quant à l'établissement de la véracité matérielle sur la marge d'appréciation du juge. La convention devient un moyen d'imposer une vérité consensuelle « construite hors le juge »⁵. S'il existe des débats sur le point de savoir si un élément de preuve dont la valeur est imposée mérite la qualification de preuve⁶ ainsi que sur les limites de la validité de ces conventions⁷, le recours à ce type de clauses est fréquent en pratique.

553. Détermination de la valeur d'un fait. Les parties peuvent dans certains cas déterminer à l'avance la valeur d'un fait. Elles indiquent ainsi que tel fait doit être apprécié de telle façon, alors même, qu'en principe, il entre dans son office d'apprécier librement la force probante des éléments produits devant lui⁸. Son rôle se limitera à vérifier l'existence ou l'absence des conditions prévues par les parties. Ici, la convention va permettre « d'obtenir la sécurité

¹ Le texte pose cependant des limites importantes. Il prévoit que les conventions sur la preuve « ne peuvent contredire les présomptions irréfragables établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment » et ajoute qu'elles « ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable ».

² V. not. : G. Lardeux, « Commentaire du titre IV bis nouveau du livre III du Code civil intitulé “De la preuve des obligations” ou l'art de ne pas réformer », D. 2016, p. 850 ; É. Vergès, « Droit de la preuve : une réforme en trompe-l'œil », JCP G 2016, 486 ; S. Thouret, « Les dispositions de la réforme du droit des obligations relatives à la preuve : applications en droit de la famille », AJ fam. 2016, p. 479 ; J.-D. Bretzner et G. Barral, « Les clauses relatives aux litiges dans la réforme du droit des contrats », AJCA 2016, p. 415.

³ M. Mekki, « Le risque de la preuve », in *Droit et économie du procès civil*, LGDJ, 2010, p. 195.

⁴ Pour un avis critique, v. R. Le Balle, *Des conventions sur les procédés de preuve en droit civil*, Th. Paris, 1923, spéc. p. 30 et s., qui défend une conception étatique de la justice en général et de la preuve en particulier.

⁵ M. Mekki, « Vérité et preuve », in *Droit de la preuve : entre injustice et désordre*, Actes de colloque, Université de Montréal, 2014, n° 10, p. 7.

⁶ V. par ex. : J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, L.G.D.J., 4^e éd. 1994, n° 675 : « la convention qui prive le juge de ce pouvoir d'appréciation lorsque le demandeur s'est unilatéralement constitué à lui-même la preuve qu'il évoque n'est plus à proprement parler un aménagement contractuel de la preuve ; il n'y a plus de preuve lorsqu'une partie est nécessairement crue sur son affirmation ! ».

⁷ V. not. : M. Lamoureux, *Les limites des clauses de preuve*, RLDC mai 2010, suppl. au n° 71, p. 19 et M. Mekki, « La gestion contractuelle du risque de la preuve [2e partie] », RDC 2009, p. 453.

⁸ Civ. 1^{re}, 25 mai 1988, Bull. civ. I, n° 156.

juridique voulue par les parties, en la faisant passer avant la vérité recherchée par le juge »¹. Elles évitent que le juge ignore abusivement la valeur d'un fait en lui déniait sa force probante.

554. Exemple des clauses de constatation. Tel est l'objet, par exemple, des clauses de constatation² qui visent à établir l'existence d'un fait ou la réalisation d'un acte. Elles évitent que l'une d'elles ne discute ce fait ou cet acte : « la constatation chasse la contestation »³. Elles cherchent aussi à fixer à l'avance des éléments de preuve « privant ainsi le juge du pouvoir d'appréciation dont il dispose en principe »⁴. Elles lui retirent le pouvoir d'apprécier la véracité d'un fait⁵. Le fait en question sera une preuve non pas parce que le juge l'a reconnu comme tel mais parce que les parties l'ont décidé⁶.

555. Dispense de la preuve d'un fait. Les parties peuvent aussi, non pas imposer au juge une valeur probatoire mais supprimer la nécessité de prouver un fait. Elles optent alors pour une stratégie qui consiste en un « évitement du débat probatoire »⁷. Elles abolissent, par le contrat, la discussion sur la valeur à accorder à un élément de preuve⁸. Sans preuve à apprécier, il n'y a plus de risque de voir le juge se montrer arbitraire dans la valeur qu'il entend conférer ou au contraire dénier à un fait quelconque. Les parties rendent la détermination de la valeur d'une preuve inutile en se dispensant de l'administration de celle-ci.

Les exemples de ce type de clause sont très nombreux.

556. Exemple de la clause résolutoire. C'est notamment le cas de la clause résolutoire qui permet de contourner l'exigence d'une preuve de la gravité d'une inexécution contractuelle. Les parties prévoient que le contrat sera résolu en cas de survenance d'un évènement particulier ou dans des circonstances qu'elles déterminent. La clause résolutoire confère en quelque sorte un droit potestatif à la partie qui subit l'inexécution alors qu'en principe, la

¹ D. Ferrier, « La preuve et le contrat », in Mél. M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, p. 111.

² V. J. Moret-Bailly, « Les stipulations de constatation », RRJ 2001, P. 489 et s.

³ M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, PUAM, 2006, n° 201, p. 205.

⁴ P. Ancel, « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 15.

⁵ Pour une approche critique, v. : G. Virassamy, obs. ss. Civ. 1^{re}, 8 nov. 1989, JCP G 1990, II, 21576.

⁶ C'est par ce type de clause que les parties à un contrat de vente peuvent décider que l'acheteur a été mis en possession des conditions générales de vente et qu'il a ainsi été en mesure d'être informé sur l'objet du contrat.

⁷ M. Mekki, « La gestion contractuelle du risque de la preuve [2^e partie] », RDC 2009, p. 453.

⁸ Sur l'abolition de la preuve par le contrat, v. : D. Ferrier, « Preuve et contrat », *loc. cit.*, spéc. p. 112 et s.

résolution doit être prononcée par le juge en cas de manquement grave ou répété à l'exécution du contrat. Cette clause permet au créancier d'obtenir la résolution du contrat sans avoir à saisir le juge d'une demande en ce sens fondée sur l'article 1184 du Code civil (art. 1125 nouv.). Elle constitue en cela une clause « tendant à éluder la solution judiciaire du différend au profit d'une rupture unilatérale prévue par la convention elle-même »¹. Du point de vue processuel², le but de cette clause est de mettre les parties à l'abri des aléas de l'appréciation quant à la preuve du manquement invoqué et de son degré de gravité. Le juge sera privé de sa faculté d'appréciation de l'inexécution et devra se contenter de mettre en œuvre la résolution³. Il la « constate » précise le nouvel article 1228 du Code civil. Il doit tout au plus se contenter d'un rôle de contrôleur de la mise en œuvre de la clause, ce que la Cour de cassation ne manque pas de rappeler lorsqu'elle en a l'occasion⁴. Le juge n'a donc pas la faculté de faire échec à la clause résolutoire, ni même d'accorder au débiteur des délais de grâce pour s'exécuter⁵. « Les clauses résolutoires épargnent le créancier de la preuve d'une inexécution de l'obligation suffisamment grave »⁶ et permettent de supprimer l'appréciation des preuves de l'inexécution et le risque d'abus qui y est attaché. Il ne pourra pas considérer abusivement qu'un fait ne constitue pas un manquement suffisamment grave pour entraîner la résolution du contrat. Les parties se protègent de l'arbitraire du juge en déterminant elles-mêmes dans quels cas la résolution sera prononcée.

557. C'est la même volonté que traduit le recours à la convention de procédure participative, un mécanisme qui permet plus particulièrement d'éviter l'arbitraire dans le prononcé des mesures d'instruction.

¹ Ph. le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2014-2015, n° 1235. Pour une étude globale, v. : C. Paulin, *La clause résolutoire*, préf. J. Devèze, LGDJ, 1996.

² V. P. Ancel, « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p.12 qui regrette que cette clause ne soit pas davantage envisagée « du point de vue de ses effets processuels ».

³ Civ. 3^e, 26 sept. 2001, n° 00-10.759, Bull. civ. III, n° 102 ; D. 2001. Cah. dr. aff., AJ 3047, obs. Rouquet.

⁴ Civ. 3^e, 5 juin 2002, n° 00-21.577, D. 2002. 2534, note Y. Rouquet ; Gaz. Pal. 2002. 2, Pan. 1533 ; Com., 14 déc. 2004, n° 03-14.380, CCC 2005. 61, obs. Leveneur.

⁵ Civ. 3^e, 27 mars 1991, Bull. civ. III, n° 102.

⁶ M. Mekki, « La gestion contractuelle du risque de la preuve [2^e partie] », RDC 2009, p. 453.

B. La maîtrise des mesures d'instruction

558. Convention de procédure participative. La convention de procédure participative¹ est un mécanisme relativement récent qui permet notamment une réappropriation de l'instruction de l'affaire par les plaideurs. Elle a été consacrée par la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 à la suite d'une proposition du rapport Guinchard sur la répartition du contentieux². L'article 2062 du Code civil la définit comme « une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige ». Elles concluent à cette fin une convention, dite de procédure participative, avec l'assistance de leur avocat. L'idée sur laquelle repose ce mécanisme est une idée de collaboration des parties dans le traitement de leur différend³. Par la négociation⁴, elles vont tenter de s'entendre sur la marche à suivre pour parvenir à résoudre leur litige⁵. La convention de procédure participative implique une certaine approche de la résolution des différends, « un travail d'équipe entre avocats et parties, en vue de trouver la meilleure solution à l'issue de discussions menées dans un cadre sécurisé, confidentiel, qui permettent d'analyser les points de désaccord, les causes et les effets du différend, et d'exposer les différentes options possibles pour ne retenir que les solutions pérennes »⁶. Toute personne peut conclure une convention de procédure participative sur les droits dont elle a la libre disposition, à condition d'être assistée de son avocat⁷. Le recours à ce mécanisme a été facilité par la loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016 qui a modifié l'article 2062 du Code civil. Désormais, la convention de procédure participative peut être conclue quelle que soit la juridiction saisie et le stade de la procédure à défaut de précisions contraires.

¹ S. Amrani-Mekki, « La convention de procédure participative », D. 2011, p. 3007 ; N. Fricero, « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement... », in Mél. Guinchard, 2010, Dalloz, p. 145 ; « Modes alternatifs de résolution des conflits et procès équitable », in Mél. Cohen-Jonathan, 2004, Bruylant, p. 339 ; « La convention de procédure participative : un nouveau règlement amiable assisté par avocat », Dr. et patr. 2011, n° 202, p. 30 ; H. Croze, « La bataille de l'amiable », Procédures, févr. 2011, repère 2 ; S. Sauphranor, « La convention de procédure participative : aspects pratiques », Gaz. Pal. 16-18 janv. 2011, p. 10 s. H. Poivey-Leclercq, « Autre mode de règlement alternatif des litiges : la procédure participative », AJ fam. 2010, p. 257.

² V. Rapport Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La Documentation française, 2008. Son régime a été complété par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

³ C. Brutruille-Cardew, « Qu'est-ce que le droit collaboratif ? », Cah. just. 2009, p. 153. V. aussi : Larribau-Terneyre, « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale », Dr. fam. 2012. Chron., p. 13.

⁴ F. G'sell-Macrez, « Vers la justice participative ? Pour une négociation “à l'ombre du droit” », D. 2010, p. 2450.

⁵ C. pr. civ., art. 1544.

⁶ Rép. pr. civ., v° Procédure participative assistée par avocat, 2016, par N. Fricero, n° 2.

⁷ C. civ., art. 2064, al. 1^{er}. Par exception, la convention peut être conclue par des époux en vue de rechercher une solution consensuelle en matière de divorce ou de séparation de corps : C. civ., art. 2067, al. 1^{er}.

559. Mise en état conventionnelle. La procédure participative permet de mettre en place une véritable « mise en état conventionnelle »¹ qui va organiser la préparation de la solution du litige qui oppose les parties. En pratique, des réunions sont organisées selon un calendrier établi d'un commun accord et reprenant les différents points du litige à régler. L'intérêt de cette convention est donc de fixer les modalités procédurales par lesquelles il sera possible d'aboutir à un accord entre les parties. En particulier, ces dernières peuvent trouver dans la convention participative, un moyen de maîtriser l'emprise du juge sur l'administration des preuves destinées à faire la lumière sur les faits litigieux. Elles peuvent notamment recourir à un technicien qu'elles choisiront elles-mêmes, d'un commun accord, et dont elles détermineront précisément la mission. Elles pourront par la suite la modifier ou confier une mission complémentaire à un autre technicien². Les parties seront en mesure de maîtriser les différentes questions probatoires, techniques, dont dépend la possibilité d'un accord amiable. La convention de procédure participative leur permet d'organiser une expertise ou toute autre mesure confiée à un technicien, telle qu'une consultation ou une constatation. Par ce biais, le droit leur donne la possibilité paralyser la marge de manœuvre du juge dans l'administration de cette mesure d'instruction. Cela permet d'éviter les manœuvres des plaideurs mais aussi le risque d'arbitraire inhérent à la marge d'appréciation dont dispose d'ordinaire le juge dans le prononcé de ces mesures. Ce faisant, les plaideurs combattent la potentialité d'une inertie injustifiée du juge qui refuserait, par exemple, de prononcer une mesure qui s'impose manifestement ou, à l'inverse, qui ordonnerait, par excès de zèle, une mesure qui ne présente aucune utilité. Les parties s'approprient la maîtrise de cet aspect de l'instance et peuvent ainsi organiser conventionnellement ce qui relevait normalement du libre arbitre du juge et qui était par conséquent exposé au risque d'arbitraire.

560. En plus de ces techniques conventionnelles qui permettent de lutter contre l'arbitraire du juge dans l'administration de la preuve, il existe des accords de volontés qui tendent à la maîtrise de la compréhension du litige. Ces accords permettent de lutter contre les dérives du libre arbitre dans la compréhension juridique du litige.

¹ Rép. pr. civ., Dalloz, v° Procédure participative assistée par avocat, 2016, par N. Fricero, n° 31.

² C. pr. civ., art. 1550.

§2. La compréhension du droit

561. Immixtion dans le champ réservé au juge. De prime abord, la maîtrise conventionnelle des aspects juridiques du litige paraît contraire au rôle assigné au juge en la matière. Dans la fonction juridictionnelle, le droit est l'apanage du juge, de sorte qu'il devrait échapper à la possibilité de voir les parties intervenir sur cet aspect du litige. Le juge bénéficie d'une certaine primauté sur le droit et n'a pas besoin de se voir imposer quoi que ce soit à cet égard : *jura novit curia*¹. C'est lui qui, une fois que lui auront été exposés les faits et les moyens sur lesquels se fondent les parties, devra prendre position sur le droit. C'est l'office même du juge² que de dire le droit une fois que les parties lui ont livré les faits. Il lui appartient de déterminer « la règle adéquate »³ en interprétant les faits en droit⁴ : *da mihi factum tibi dabo jus*. Dans cette conception de la fonction juridictionnelle, les parties ne pourraient s'immiscer dans le champ d'action réservé au juge et régir la détermination du droit appliqué par le juge. Pourtant, cette immixtion n'est pas totalement proscrite. Le droit permet aux plaideurs de maîtriser conventionnellement l'appréhension juridique du litige. Ils peuvent restreindre la marge d'appréciation du juge dans la détermination du droit applicable.

562. L'accord de volontés s'envisage alors comme un mécanisme de « canalisation de l'office du juge »⁵ relativement aux aspects juridiques du litige dès lors qu'elle permet d'imposer au juge d'aborder le litige d'une façon qu'elles ont elles-mêmes déterminée. Ce faisant, elles évitent deux manifestations de l'arbitraire du juge : celui qui consiste à voir le juge refuser de statuer au regard de la règle applicable⁶ et celui qui consiste pour le juge à appliquer une règle que les parties ne pouvaient raisonnablement anticiper⁷. Il y a plusieurs façons d'y parvenir. La première consiste à imposer au juge, par une convention, la règle de droit qui sera appliquée au litige (A). La seconde, plus originale, consiste à libérer le juge de son obligation de statuer en droit en concluant un pacte d'amiable-composition (B).

¹ V. L. Pennec, *L'adage "jura novit curia" dans le procès civil, Emergence et évolution contemporaine*, Th. Toulon, 2010.

² V. J. Normand, « Le juge et le fondement du litige », in Mél. P. Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse, p. 598.

³ R. Martin, « La règle de droit adéquate dans le procès civil », D. 1990, chron. p. 163.

⁴ Th. Ivainier, « L'interprétation des faits en droit », JCP G 1986, I, 3235.

⁵ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9^e éd., 2016, n° 544, p. 471.

⁶ V. *supra* n^{os} 377 s.

⁷ V. *supra* n^{os} 480 s.

A. La détermination de la règle applicable

563. Clause d'*electio juris*. La première possibilité offerte aux plaideurs pour lutter contre l'arbitraire du juge dans l'application du droit est de le contraindre à appliquer les règles qu'ils ont eux-mêmes déterminées. Les parties fixent seules le cadre juridique du litige. Elles vont entraîner le litige sur le terrain juridique de leur choix. Ce n'est plus le juge qui détermine selon quelles règles il conviendra d'aborder le litige mais les parties. Cette possibilité est contenue dans l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile. Après avoir énoncé que le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables et qu'il doit donner leurs exactes qualifications aux faits et actes litigieux, le texte précise qu'« il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ». Techniquement, ces accords constituent une variété de contrat judiciaire¹. Un auteur les a qualifiés de « conventions de disposition processuelle »² qui lient le juge³ sur le droit applicable et sur les qualifications à retenir. Ce mécanisme est connu du droit international privé sous le nom de clause d'*electio juris*, laquelle permet aux parties à un litige de sélectionner elles-mêmes la règle en vertu de laquelle leur litige sera tranché et d'écarter la règle de conflit normalement applicable.

564. Carcan juridique. Si ce mécanisme a été peu analysé par la doctrine⁴ et est peu connu de la pratique, la problématique de l'arbitraire éclaire son utilité. Ce type d'accord aboutit à enfermer le litige dans des limites juridiques qu'elles ont fixées afin de faire obstacle à la marge de manœuvre du juge à l'égard de l'appréhension de la cause du litige. L'exercice de cette faculté est soumis à certaines conditions. Il est subordonné à l'établissement d'un accord express des parties et ne peut concerner que les matières dans lesquelles ces dernières ont la

¹ V. R. Demogue, *Traité des obligations*, t. 1, Paris, 1923, p. 337, pour qui le contrat judiciaire vise « les ententes des plaideurs qui se manifestent devant le juge, par exemple, par des conclusions concordantes sur un point déterminé du débat ».

² L. Cadiet, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, 2001, *Economica*, p. 57.

³ Sur la qualification liée, v. : G. Bolard, « La matière du procès et le principe dispositif », in S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, 9^e éd., 2017/2018, nos 221.131 s.

⁴ V. R. Martin, « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP G* 1974, I, 2625, n° 52 ; L. Cadiet, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *op. cit.*, p. 57 ; J.-B. Seube, « L'*electio juris* en droit interne ou la soumission volontaire des parties à un droit protecteur », in Mél. J. Calais-Auloy, 2004, *Dalloz*, p. 1009.

libre disposition¹ des droits en cause. Cela exclut notamment l'utilisation de ce mécanisme en matière pénale où le procès dépasse le cadre des intérêts particuliers des plaideurs ou en matière sociale lorsqu'il s'agit de contourner les règles relatives aux licenciements². Lorsque les conditions de fond et de forme³ de cet accord sont satisfaites, l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile permet aux plaideurs d'imposer au juge de trancher le litige selon les règles qu'elles ont désignées comme applicables. Elles brident le libre arbitre du juge en lui interdisant « toute initiative juridique »⁴. Par l'effet de cette clause, le juge sera lié par l'accord des parties y compris s'il estime qu'elles font fausse route. Les parties choisiront « d'enserrer ce dernier dans un carcan juridique l'empêchant de relever d'office une règle différente de celle qu'elles choisissent »⁵. Ce que le juge pouvait faire, c'est-à-dire sélectionner lui-même la règle par laquelle il sera mis un terme au litige, « il ne le peut plus »⁶. Il se voit imposer, par les plaideurs, une compréhension juridique du litige « conforme à leurs volontés »⁷. Si certains abordent cette clause comme un « facteur d'anarchie dans notre droit »⁸, elle est à l'analyse compatible⁹ avec l'office du juge qui consiste à trancher le litige conformément à la règle de droit applicable. Elle le prive simplement de la possibilité de *déterminer* cette règle. En forçant ce dernier à aborder le litige à travers les règles de droit qu'elles ont désignées, elle tend à éviter que le juge n'ignore volontairement la bonne règle applicable ou qu'il lui donne un contenu qui ne pouvait être raisonnablement anticipé. Les parties ne lui laissent pas la possibilité de les surprendre par un exercice abusif de son libre arbitre dans la sélection de la règle applicable à la cause.

¹ V. sur ce point : B. Fauvarque-Cosson, *Libre disposition des droits et conflits de lois*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 1996, Tome 272, p. 61 s. Un droit est disponible lorsque son sort dépend de la libre volonté de son titulaire qui peut l'exercer dans toutes ses modalités, ce qui peut le conduire à l'aliéner ou à l'abdiquer.

² Soc., 7 janv. 1998, n° 95-44.450, Bull. civ. IV, n° 2.

³ L'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile exige un accord express des parties. La Cour de cassation a plusieurs fois précisé qu'« une simple concordance entre les conclusions des parties ne constitue pas l'accord exprès requis » : Civ. 2^e, 14 sept. 2006, n° 05-10.086, Bull. civ. II, n° 207, Procédures 2006, n° 229, obs. Perrot ; D. 2007. Pan. 1380, obs. Julien. La solution est cependant différente en matière internationale : Civ. 1^{re}, 19 avr. 1988, *Roho*, Bull. civ. I, n° 104 ; D. 1988, p. 345, obs. Audit ; Rev. crit. DIP 1989, p. 68, obs. Batiffol.

⁴ J. Héron et T. le Bars, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., 2015, LGDJ, Lextenso éditions, coll. « Domat droit privé », n° 291, p. 238.

⁵ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, « Thémis droit », 2^e éd., 2013, n° 224, p. 770-771.

⁶ D. Bureau, « L'accord procédural à l'épreuve », Rev. crit. DIP, 1996, n° 9, p. 594.

⁷ L. Weiller, *La liberté procédurale du contractant*, préf. J. Mestre, 2004, PUAM, n° 297, p. 278.

⁸ J. Miguet, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12 alinéa 4 du nouveau Code de procédure civile) », in Mél. P. Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 570 s.

⁹ En ce sens, G. Bolard, « La matière du procès et le principe dispositif », in S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 9^e éd., 2017/2018, n° 221.131.

565. Le second mécanisme conventionnel permettant de combattre l'arbitraire du juge dans l'application est lui aussi prévu par l'article 12 du Code de procédure civile mais possède un champ d'application bien plus étendu que le seul contentieux civil. Il s'agit de la possibilité offerte aux plaideurs de recourir au juge, non plus en tant qu'organe d'application du droit mais en tant qu'amiable compositeur.

B. Le pacte d'amiable composition

566. « Arbitrage judiciaire ». L'arbitraire du juge qui consiste à ignorer la bonne règle de droit applicable peut être maîtrisé par le mécanisme du pacte d'amiable composition. Selon l'alinéa 4 de l'article 12 du Code de procédure civile, il est prévu qu'une fois le litige né, les parties peuvent « conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé ». Le pacte d'amiable composition est un accord entre les parties à un litige destiné à dispenser le juge de son rôle juridictionnel pour parvenir au jugement. Ce mécanisme, introduit en droit français par le décret n° 71-740 du 9 septembre 1971, fut perçu par Henri Motulsky comme une « innovation de grande portée »¹. Il faut dire que le pacte d'amiable composition est un outil original qui consiste à délier le juge de l'une de ses obligations essentielles, à savoir statuer en droit sur le litige dont il a été saisi. Il va donc « à l'encontre de la fonction première, essentielle, et quotidienne, du juge judiciaire, à savoir l'application et le respect du droit »². Le procédé permet aux parties de demander au juge de ne pas statuer en droit mais en équité. Il l'autorise à parvenir à la solution du litige en statuant selon ce que lui dicte sa conscience afin d'aboutir à « une solution équitable et acceptable »³. Ce mécanisme est une transposition³ d'une clause qui existe depuis longtemps en matière d'arbitrage⁴. L'article 1478 du Code de procédure civile permet à des parties à une convention d'arbitrage de prévoir une clause d'amiable composition⁵ qui permet aux arbitres, institués amiables compositeurs, de puiser dans l'équité

¹ H. Motulsky, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile ; la consécration des principes directeurs du procès par le décret du 9 septembre 1971 », D. 1972, Chron., p. 91, spéc. p. 93, n° 6.

² J.-P. Brouillaud, « Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition judiciaire », D. 1997, p. 234.

³ TGI Paris, 27 mai 1987, Rev. arb. 1987, p. 519, note Flécheux ; Paris, 20 janv. 1989 : Rev. arb. 1989, p. 280, note Idot.

⁴ Il s'agissait même selon certains auteurs de concurrencer l'arbitrage : G. Cornu, « Le juge arbitre », Rev. arb. 1980, 378 ; J.-D. Bredin, « La loi du juge », in Mél. B. Goldman, 1982, Litec, p. 15 s. V. aussi : E. Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, 1980, Litec, Librairie technique ; P. Level, « L'amiable composition dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage », Rev. arb. 1980, p. 651.

⁵ E. Loquin, *préc.*

la solution du différend¹. C'est en raison de cette parenté avec l'arbitrage que le pacte d'amiable composition prévu par l'article 12 du Code de procédure civile est parfois appelé l'« arbitrage judiciaire »². Cette formule exprime bien l'avantage principal de cet accord qui est de permettre aux plaideurs de bénéficier de « la garantie de l'institution judiciaire cumulée avec les avantages de la procédure arbitrale »³, ce qui explique qu'il a dans un premier temps engendré un certain engouement des auteurs⁴. Sur le fond comme sur la forme, l'accord par lequel les parties à un litige font du juge un amiable compositeur obéit aux mêmes conditions que celles posées pour lier le juge sur les points de droit et les qualifications juridiques. Les droits en cause doivent être disponibles et l'accord des parties doit être exprès⁵. En vertu de la lettre de l'article 12, alinéa 4, le pacte d'amiable composition est également subordonné à l'existence d'un « litige né ». Généralement, le principal intérêt qui est mis en avant par la doctrine lorsqu'il est question de ce pacte est celui d'une recherche d'apaisement lorsque survient un litige entre des parties au cours de leurs relations, en particulier contractuelles. L'idée est alors de régler la querelle tout en garantissant la pérennité de ces relations, c'est-à-dire de délaissier le terrain de l'affrontement juridique pour voir dans le juge un tiers censé rapprocher les points de vue afin de trouver la solution la plus équilibrée.

567. Recours volontaire à l'équité. Cet instrument procédural peut avoir une autre utilité lorsqu'il est évoqué à travers la question de la lutte contre les dérives du libre arbitre du juge. Le pacte d'amiable composition donne au juge une « prérogative exorbitante »⁶ qui « lui permet de retenir une solution contraire à la norme juridique »⁷. C'est un mécanisme qui accentue la place du libre arbitre du juge dans la détermination de la solution du litige plutôt que de le combattre. Lorsqu'elles recourent à ce pacte, les parties cherchent à délier le juge de son obligation de dire le droit pour trancher le litige. Elles n'attendent rien de lui. Il ne peut donc trahir leurs prévisions légitimes quant au contenu du droit applicable puisqu'elles lui

¹ Civ. 2^e, 13 mai 1991, n° 89-20.629, D. 1991, IR 153.

V. J. Beguin, « L'étonnante liberté de l'arbitre amiable compositeur », in Mél. G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 1.

² P. Hébraud, « Observations sur l'arbitrage judiciaire », in Mél. Gabriel Marty, 1978, Université des sciences de Toulouse, p. 636 ; P. Fouchard, « L'arbitrage judiciaire », in Mél. P. Bellet, 1991, Litec, p. 167 ; P. Estoup, « Une institution oubliée : l'arbitrage judiciaire », Gaz. Pal. 1986. 620.

³ J.-C. Magendie, « L'amiable composition », RJDA 1996, p. 727.

⁴ J.-D. Bredin, « L'amiable composition et le contrat », Rev. arb. 1984, p. 259 ; P. Estoup, « L'amiable composition », D. 1986. 221. V. aussi : J.-P. Brouillaud, *Le juge amiable compositeur*, Presses universitaires du Septentrion, 1995 ; « Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition judiciaire », D. 1997. Chron, p. 234 ; D. Lochouarn, « Les spécificités de l'amiable composition », Rev. huiss.. 1999, p. 244.

⁵ Com., 10 juill. 2001, n° 97-21.648, JCP G 2002, II, 10072, note Perdriau.

⁶ J.-P. Brouillaud, « Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition judiciaire », *loc. cit.*, p. 234.

⁷ P. Estoup, « L'amiable composition », D. 1986, chron. p. 221.

demandent elles-mêmes de trouver, d'après son sentiment d'équité, la solution du litige. L'ignorance des règles objectives applicables à la cause est consentie par les parties. Ces dernières demandent au juge de ne pas s'astreindre à sa fonction de dire le droit et ne peuvent plus se faire surprendre par l'application d'une règle imprévisible précisément parce qu'elles renoncent à toute prévisibilité¹. Choisir l'amiable composition, c'est privilégier une forme de « non-droit »² dans le règlement du litige, ce qui fait disparaître le caractère abusif du refus du juge de statuer en droit.

568. Faiblesse du pacte d'amiable composition. Ce mécanisme conventionnel, qui permet d'éviter l'abus qui consiste en l'application d'un droit qui ne pouvait être anticipé par les parties, participe de la lutte contre l'arbitraire du juge. Il est regrettable que le pacte d'amiable composition n'ait pas connu le succès pratique escompté lors de sa consécration. Son point faible réside dans la comparaison dont il souffre avec l'arbitrage, notamment s'agissant de l'exigence relative à l'existence d'un « litige né » au moment où les parties expriment leur volonté de faire du juge un amiable compositeur. Cela exclut que les parties à un contrat prévoient dès la conclusion de celui-ci le recours à cet outil procédural. Plus précisément, si elles souhaitent le faire, elles recourront à un arbitrage classique, préférant l'original à la copie. « Les parties qui souhaitent bénéficier des avantages de souplesse que confère l'arbitrage ont presque toujours recours à un véritable arbitrage privé »³. D'autant qu'une fois le différend né, il est bien souvent illusoire de croire que les parties pourront s'entendre suffisamment pour donner cette mission au juge. « S'en remettre, d'un commun accord, à l'équité du juge, c'est accepter une certaine forme de discussion, c'est aussi faire un pas vers l'adversaire en vue de parvenir à une transaction. Or, bien souvent, au moment où s'engage la procédure, les parties ne correspondent plus que par voie de sommation ou de constat, ce qui ne les porte guère à la concession »⁴. D'autre part, c'est un mécanisme qui est techniquement mal conçu. Son fondement - l'article 12, alinéa 4, du Code de procédure civile - est insuffisamment précis pour faire du pacte d'amiable composition un outil digne de l'intérêt des plaideurs. Il faudrait donc commencer par lui consacrer un peu plus qu'un alinéa au

¹ S'il choisit de statuer en application des règles de droit objectives le juge devra expliquer en quoi ces règles permettent d'aboutir à une solution conforme à l'équité : Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2012, Bull. civ. I, n° 14 ; Civ. 2e, 10 juill. 2003, n° 01-16.964, D. 2003. 2474, obs. Clay ; Civ. 2^e, 15 févr. 2001, n° 98-21.324, D. 2001, p. 2780, note Rontchevsky ; Dr. et patr. 2001, n° 2850, obs. Mestre ; Procédures 2001, n° 78, note Perrot ; Rev. arb. 2001, p. 135, obs. Loquin ; RTD com. 2001. 647, obs. Dubarry et Loquin ; JCP G 2002, II, 10038, note Chabot.

² V. E. Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Librairies techniques Paris, 1980.

³ J. Héron et T. le Bars, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, Lextenso éditions, 6^e éd., 2015, n° 291, p. 238.

⁴ P. Estoup, « L'amiable composition », D. 1986, Chron. p. 221, p. 222.

détour d'un texte qui pose d'autres règles. Comme le relève un auteur, il est curieux de constater que ce texte « bien que constituant une disposition tout à fait révolutionnaire en ce qu'elle transforme le rôle du juge, est pourtant extrêmement concis dans son libellé »¹. Cela donne l'image d'un outil « mystérieux »² qui « ne dit rien sur son mode d'emploi »³. Aucune précision n'est fournie sur la question de la compétence, sur les modalités de saisine de l'amiable compositeur, sur la façon de procéder à la discussion contradictoire ou encore sur la publicité de cette discussion, un élément important au regard de l'importance que revêt la confidentialité en matière d'arbitrage privé.

569. Il n'y a pas que l'aptitude du juge à connaître d'une prétention ou la compréhension du litige qui peut manifester les dérives du libre arbitre du juge au cours du processus juridictionnel. La lutte conventionnelle contre l'arbitraire se poursuit au stade du déroulement de l'instance.

Section 2 : La maîtrise du déroulement de l'instance

570. Approche managériale. Le déroulement de l'instance constitue un terrain particulièrement propice à l'arbitraire du juge, en particulier en ce qui concerne le temps et le coût du litige. Il arrive que le juge se montre arbitraire sur ces deux aspects de son office, qu'il use abusivement de son libre arbitre pour gérer les délais et les frais de l'instance⁴. Face à ce risque, il est naturel que les plaideurs cherchent à se protéger en recourant à des accords de volontés. Ils en ont d'ailleurs la possibilité. Certains accords permettent de gérer le déroulement de l'instance afin de mettre les plaideurs à l'abri de l'arbitraire du juge. Cette faculté laissée aux parties exprime un mouvement profond qui touche aujourd'hui l'administration de la justice et qui tend à favoriser la qualité du processus juridictionnel. En plus d'être une vertu cardinale, la justice est aussi, plus prosaïquement, une administration. Elle est un service public administratif destiné à la satisfaction de ses usagers. Comme d'autres⁵, elle est soumise à une politique managériale¹ qui participe, dit-on, d'une forme de

¹ J. Brouillaud, « Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition judiciaire », D. 1997, p. 234.

² P. Fouchard, « L'arbitrage judiciaire », in M. P. Bellet, 1991, Litec, p. 187, n° 39.

³ *Ibid.*

⁴ V. *supra* nos 353 s., 350 s. et 392 s.

⁵ V. parlant d'une recherche de qualité faisant apparaître un « statut positif de l'utilisateur » : L. Cluzel-Metayer, *Le service public et l'exigence de qualité*, préf. J. Chevallier, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006, spéc. p. 8.

modernisation de l'action publique dont l'efficacité et la qualité² constituent des préoccupations essentielles. « Dans un contexte de restrictions budgétaires au niveau national, la modernisation et la recherche d'efficacité constituent une obligation pour l'ensemble des services (...) et aussi pour l'institution judiciaire »³. Cette mutation idéologique a un effet direct sur l'office du juge. La qualité de l'intervention du juge importe aujourd'hui plus que la finalité de son action : le *comment* importe autant que le *pourquoi*⁴. Le changement d'approche est fondamental car il s'agit d'appréhender l'ensemble du processus décisionnel à l'aune de cette logique, « depuis l'introduction de l'instance jusqu'au prononcé du jugement »⁵. Cette recherche d'« efficacité »⁶ explique, en partie, le développement de mécanismes conventionnels donnant aux plaideurs une plus grande maîtrise du déroulement de l'instance. La tendance se rapproche en cela de l'idéologie anglo-saxonne de *case management* qui traduit « une nouvelle rhétorique de l'usager de la justice (...) liant la satisfaction du justiciable à la modernisation de l'administration judiciaire »⁷. Le justiciable devient « “un client” et l'institution judiciaire “un fournisseur” », le premier exprimant des attentes que la seconde doit satisfaire dans les délais fixés et au moindre coût »⁸. Cette promotion de la « rationalité managériale »⁹ dans l'administration de la justice ouvre ainsi des perspectives nouvelles pour les acteurs du procès. Elle leur donne la possibilité de s'immiscer dans le déroulement de l'instance pour parvenir à un processus plus proche de leurs préoccupations.

¹ E. Costa, « *Des chiffres sans les lettres : y a-t-il une dérive managériale de la juridiction administrative ?* », AJDA n° 29/2010, p. 1623 et s.

² V. L. Berthier, *La qualité de la justice*, Th. Limoges, 2011.

³ C. Vigour, « Justice : l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques », Droit et société 2006/2, n° 63, p. 436.

⁴ V. cependant : N. Fricero, « La qualité des décisions de justice au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », in P. Mbongo (dir.), *La qualité des décisions de justice*, Les études de la CEPEJ, n° 4, 2007, 49 : « comme le jugement est l'aboutissement d'une procédure, son résultat, la qualité d'un processus décisionnel et la qualité du jugement sont indissociables »

⁵ V. Fortier, « L'application de la norme ISO 9001 à l'activité judiciaire », in M-L. Cavrois, H. Dalle et J-P. Jean, *La qualité de la justice*, Paris, La documentation française, coll. « Perspective sur la justice », 2002, p. 200.

⁶ G. Canivet, « Du principe d'efficacité en droit judiciaire privé », in Mél. P. Draï, Dalloz, 2000, p. 243 s. ; « Économie de la justice et procès équitable », JCP G 2001, I, 361 ; L. Cadiet, « Efficacité versus Équité ? » in Mél. J. Van Compernelle, Bruylant, 2004, pp. 25 s.

⁷ L. Cadiet, « *Case management* judiciaire et déformalisation de la procédure », Revue française d'administration publique, 2008, n° 125, p. 133 s.

Sur la rhétorique de l'usager : L. Dumoulin et T. Delpuech, « La justice : émergence d'une rhétorique de l'usager », in P. Warin, (dir.), *Quelle modernisation des services publics ? Les usagers au cœur des réformes*, La découverte, 1997, p. 103.

⁸ L. Cadiet, *loc. cit.*

⁹ V. J. Chevallier et D. Lochak, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », Revue Française d'administration publique, n° 24, 1982, pp. 679 s.

571. Ce mouvement se traduit, notamment, par la possibilité laissée aux parties de trouver dans certains accords de volontés le moyen de brider la marge d'appréciation du juge et ainsi de contenir le risque d'arbitraire qu'elle induit, le tout dans une perspective d'amélioration de la qualité du processus juridictionnel. Ces accords peuvent permettre de combattre le risque d'arbitraire à l'égard des délais de l'instance (§1) et des frais qu'elle engendre (§2).

§1. La maîtrise des délais de l'instance

572. Lorsque les acteurs du procès recourent aux accords de volontés pour gérer les délais de l'instance, l'idée n'est jamais d'interdire au juge d'abuser de son libre arbitre. Une telle interdiction serait nécessairement inutile. Il ne s'agit pas d'interdire au juge de se montrer arbitraire dans la conduite de l'instance en lui défendant de se précipiter ou, au contraire, de retarder inutilement son jugement. Il est toujours défendu au juge de procéder ainsi. La lutte s'organise de façon plus subtile, moins frontale. Il s'agit de prévoir des mécanismes qui vont tendre à réduire le risque d'arbitraire en imposant au juge un certain nombre de contraintes ou d'exigences.

573. Il y a des accords qui permettent aux parties de régir à l'avance le temps de l'instance pour se prémunir du risque d'arbitraire du juge. Certains permettent de fixer une limite temporelle à l'intervention du juge (A) alors que d'autres consistent à maîtriser la progression temporelle de l'instance : c'est l'objet des calendriers de procédure (B).

A. La fixation d'une limite temporelle à l'intervention du juge

574. Temps maximum. Les accords de volontés qui permettent d'imposer des limites temporelles à l'intervention du juge sont rares. Il n'existe pas, dans les contentieux classiques, d'accords permettant d'imposer au juge un temps maximum dans le traitement du litige qui lui est soumis.

575. Calendrier de l'arbitrage. C'est dans le domaine de l'arbitrage que se déploie ce type d'accords. Dans ce domaine, les parties au litige peuvent convenir d'une limite temporelle que l'arbitre ne pourra excéder, ce qui leur permet d'éviter que ce dernier laisse le litige s'éterniser alors que rien ne le justifie. Lorsque les parties conviennent de recourir à un arbitre

pour trancher leur différend, elles ont la possibilité de déterminer elles-mêmes un temps maximum au-delà duquel le processus de règlement du litige prendra fin. En matière d'arbitrage interne, l'article 1463 du Code de procédure civile prévoit que les parties peuvent conventionnellement déterminer le délai qu'il confère à l'arbitre pour rendre sa sentence¹. S'ils ne le font pas, le texte dispose que la mission de l'arbitre ne durera que six mois à compter du jour où le dernier d'entre eux l'a acceptée². Cette détermination conventionnelle impose au juge un terme fixe à la mission juridictionnelle ce qui limite le risque d'un excès de lenteur. Elle confère aux parties une totale maîtrise du temps de l'instance arbitrale. Elles peuvent convenir conventionnellement de la durée globale de la mission de l'arbitre mais aussi du point de départ de sa mission³. Elles peuvent également convenir d'une prorogation du délai initialement fixé⁴, voire décider par avance, au sein même de la convention d'arbitrage, des prorogations du délai auxquelles l'arbitre pourra recourir, en fixant le *quantum* de ces prorogations⁵. Ce sont les parties et non l'arbitre qui déterminent quand se terminera la mission qu'elles lui ont confiée ou s'il faut proroger ce délai. Elles ont la capacité de fixer elles-mêmes « le calendrier de l'arbitrage »⁶. Il n'entre pas dans les pouvoirs des arbitres de proroger eux-mêmes le délai dans lequel ils doivent rendre leur décision car ils ne sont pas les mandataires des parties⁷. En matière d'arbitrage, les parties disposent d'une primauté remarquable dans la gestion du temps du processus. Leur maîtrise est si grande qu'il leur est interdit de déléguer cette faculté à l'arbitre⁸. Cette prééminence des parties dans la gestion du temps de l'arbitrage permet d'éviter que l'arbitre soit libre de prolonger indéfiniment sa mission ce qui combat le risque d'abus dans la gestion du temps de l'instance arbitrale. D'après la Cour de cassation, l'arbitre est débiteur d'une obligation de résultat⁹, ce qui signifie qu'il n'a d'autre choix que de rendre sa sentence dans le délai imparti, sauf à engager

¹ Grandjean, « La durée de la mission des arbitres », Rev. arb. 1995, p. 39.

² Paris, 14 févr. 1968, Rev. arb. 1968. 13 ; Civ. 2^e, 1^{er} juin 1994, n° 92-20.991, D. 1994, p. 506, note Chartier.

³ Civ. 11 juill. 1882, DP 1883. 1. 208 ; Nîmes, 1^{er} mai 1901, DP 1903. 2, p. 478.

⁴ C. pr. civ., art. 1463.

⁵ Civ. 2^e, 20 juin 1996, n° 94-10.043, Bull. civ. II, n° 167 ; D. 1996, p. 181.

⁶ E. Loquin, « Le calendrier de l'arbitrage », RTD com. 2006, p. 305.

⁷ Civ. 2^e, 13 janv. 1993, n° 91-13.426, Bull. civ. n° 11 ; D. 1993, p. 204.

⁸ Civ. 2^e, 7 nov. 2002, n° 01-10.351, Bull. civ. II, n° 242 ; D. 2002. IR 3241 ; Gaz. Pal. 4-6 juill. 2003, p. 18, note Moreau.

⁹ Civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, n° 03-13.116, Bull. civ. n° 462 ; D. 2006, p. 274, note Gautier ; RTD com. 2006, p. 299, obs. Loquin ; Rev. arb. 2006, p. 126, note Jarrosson. Certains arrêts se montrent plus conciliants à l'égard de l'arbitre en reconnaissant qu'il est débiteur d'une obligation de moyens : Civ. 1^{re}, 17 nov. 2010, n° 09-12.352, D. 2010. Actu. 2849, obs. Delpech ; D. 2010. Pan. 2933, obs. Clay ; Rev. arb. 2011, p. 943, note Jarrosson. V. aussi : Paris, 31 mars 2015, n° 14/05436, *Banque Delubac c/ X.*, D. 2015. 2588, obs. T. Clay ; RTD civ. 2015. 612, obs. H. Barbier ; Cah. arb. 2015, 313, obs. M. Henry.

sa responsabilité civile¹. En plus d'être un juge, l'arbitre est également « un prestataire de service »² qui a conclu avec les parties « un contrat d'arbitre »³ par lequel il se voit imposer l'obligation de respecter le temps que lui accordent les parties dans le traitement de leur litige. Une sentence rendue en méconnaissance du délai imparti s'expose à un recours en annulation⁴. La convention d'arbitrage est en cela un instrument de lutte contre l'arbitraire tenant à l'excès de lenteur de l'arbitre.

576. Outre cette convention qui permet d'imposer au juge un délai maximum pour éviter un excès de lenteur, la lutte contre l'arbitraire du juge dans la gestion du temps de l'instance peut consister à maîtriser plus spécifiquement le cadre temporel des différentes étapes de l'instance. Elle passe alors par un autre biais, celui des calendriers de procédure.

B. L'élaboration de calendriers de procédure

577. Calendriers de procédure. Le mécanisme des calendriers de procédure a été élaboré par la pratique⁵. Il consiste en la conclusion d'un accord entre les acteurs de l'instance afin d'éviter que le juge n'aille trop vite ou, à l'inverse, trop lentement. Ces accords prennent la forme de « calendriers de procédure », dont le but immédiat est de parvenir à une plus grande maîtrise du temps de l'instance. Cette technique s'est considérablement développée, notamment devant les juridictions civiles. Leur but est de « planifier le procès »⁶ en convenant du rythme du traitement de l'affaire. Cette planification se réalise, au seuil de l'instance, en concertation avec les parties au procès, faisant de ce calendrier une sorte de « contrat de fait »⁷ qui entre dans la catégorie des contrats judiciaires⁸ ou plus précisément des « contrats

¹ Sur l'impossibilité pour l'arbitre d'invoquer son immunité juridictionnelle en cas de violation du délai d'arbitrage : E. Loquin, « La responsabilité des arbitres pour dépassement du délai d'arbitrage », RTD com. 2016, p. 76, obs. ss. Paris 31 mars 2015, n° 14/05436, *préc.*

² E. Loquin, « La responsabilité civile des arbitres en cas de dépassement du délai de l'arbitrage », RTD com. 2006, p. 299.

³ T. Clay, *L'arbitre*, préf. P. Fouchard, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2001, n° 608.

⁴ C. pr. civ., art. 1492-3°.

⁵ V. F. Kernaleguen, « Les solutions conventionnelles des litiges civils », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 66.

⁶ J. Héron et T. le Bars, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, Lextenso éditions, 6^e éd., 2015, n° 454, p. 369.

⁷ S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, préf. L. Cadiet, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de Thèses, 2002 n° 297, p. 284.

⁸ V. Y. Muller, *Le contrat judiciaire en droit privé*, Th. Paris I, 1995, n° 198, p. 184, qui définit le contrat judiciaire comme « un accord conclu entre le juge et les conseils ». V. aussi : M. Gaget, « Le contrat de procédure du TI de Lyon, un moyen d'améliorer le fonctionnement de la justice », *Gaz. Pal.* 1987, I, 498.

de procédure »¹. Les plaideurs ou leur représentant vont rencontrer le juge afin d'établir un programme du déroulement général de l'instance. Sa première utilité est « d'établir à l'avance le cheminement temporel de l'instance »², ce qui en plus de donner une meilleure prévisibilité au déroulement de celle-ci, permet d'éviter que le juge ne soit seul à décider de la temporalité des échanges et des actes qui émailleront le processus juridictionnel. Envisagé ainsi, le calendrier de procédure est un « mode de gestion conventionnelle de l'instance »³ ; un accord permettant de lutter contre l'arbitraire du juge lié au temps de l'instance. D'abord, parce qu'il donne à chacun des acteurs du procès, une plus grande visibilité sur le rythme des diverses formalités de procédure destinées à faire avancer l'instance et, ensuite, parce qu'il possède un effet contraignant pour le juge qui n'est plus totalement maître du temps de l'instance.

578. Calendrier de la mise en état. Ce type de planification de l'instance peut être imposé au juge en charge du traitement du litige. Par exemple, s'inspirant de la pratique des juridictions, le législateur a intégré au Code de procédure civile, par le biais du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005, une disposition imposant au juge en charge de l'instruction de l'affaire devant le tribunal de grande instance, de fixer, en accord avec les avocats des parties, un calendrier de la mise en état. Ce calendrier est alors destiné à s'accorder sur les délais impartis pour effectuer les actes de procédure et procéder à la discussion contradictoire. Une telle pratique permet de parvenir à une « personnalisation du rythme des affaires »⁴ par le biais d'une détermination, pour chaque instance, des délais de procédure qui seront accordés aux parties pour l'accomplissement des actes de procédure. Les parties pourront savoir, au seuil de l'instance, quel est le rythme qui sera imprimé au déroulement de l'instance. Cette précision exprime l'idée d'un processus juridictionnel auquel les parties prennent part de façon active. Le calendrier de procédure repose sur l'adhésion des parties au cadre temporel fixé par le juge. En émancipant le temps de l'instance de la volonté unilatérale du juge, le calendrier de procédure permet de lutter contre des abus du juge dans la gestion de ce temps. La pratique renvoie en cela au développement d'une nouvelle forme de procédure tendant vers une sorte d'idéal de « démocratisation »⁵. Une procédure dans laquelle les plaideurs ne se contenteraient plus de subir les choix potentiellement arbitraires du juge à l'égard du temps de

¹ V. P. Estoup, « Le contrat de procédure en appel », D. 1985, chron. P. 195 ; « Le contrat de procédure : illusions et réalités », Gaz. Pal. 1985, doct. p. 680 ; M. Caratini, « Le contrat de procédure : une illusion ? », Gaz. Pal. 1985, doct. p. 639.

² *Ibid.*

³ F. Kernaleguen, *loc. cit.*

⁴ V. M. Parmentier, « Personnalisation du rythme des affaires et rigidité des agendas », in Mél. P. Drai, Dalloz, 1999, p. 439.

⁵ S. Guinchard, « Vers une démocratie procédurale ? », *Justices*, 1999, n° 1, p. 91.

l'instance mais consentiraient eux-mêmes à la fixation des délais de procédure. Il est ici tout à la fois question « de loyauté, de coopération, voire de fraternité, et de sécurité »¹. Il s'agit d'éviter que l'instance obéisse « au rythme aléatoire des initiatives individuelles »², en particulier celles du juge.

579. Force contraignante du calendrier. Reste alors à évaluer l'efficacité de ce mécanisme, ce qui dépend en grande partie de la force obligatoire qui est conférée au calendrier fixé par le juge et les parties. Plus ce calendrier instaurera un cadre rigide, plus il constituera un instrument utile dans la lutte contre l'arbitraire du juge. Il apparaît à cet égard que certains accords de ce type sont dotés d'une véritable force contraignante, sans créer à proprement parler d'obligations au sens strict du terme. L'exemple du calendrier de procédure fixé en matière d'instruction en témoigne. Une fois le calendrier proposé et validé par les parties, celui-ci s'appliquera de façon stricte à tous les acteurs de l'instance, parties comme juge. Si le législateur a prévu une possibilité de prorogation des délais fixés dans le calendrier, il a, dans le même temps, réduit les hypothèses dans lesquelles elles pourront être appliquées à des cas très exceptionnels. L'article 764 du Code de procédure civile prévoit que les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés « qu'en cas de cause grave et dûment justifiée ». Le but, qui s'exprime clairement à travers cette disposition, est de doter ces délais d'une certaine rigidité³ qui permet de lutter contre l'incertitude d'un changement de rythme décidé seul par le juge, fut-il sollicité par une partie. Le calendrier de procédure fixe, « dès le départ et de manière *ne varietur* »⁴, le rythme des échanges. Plus fondamentalement, il personnalise le temps de l'instance en le recentrant sur les parties : le calendrier de procédure démontre que ce n'est pas le juge qui décide de tout. L'accord de volontés va opérer une sorte de « programmation conventionnelle »⁵ des délais de l'instance. Il permet de « sécuriser les parties »⁶ en luttant contre le risque d'arbitraire qu'induit la marge d'appréciation du juge dans la gestion des délais de l'instance.

¹ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, « Thémis droit », 2^e éd., 2013, n° 51, p. 217 : les auteurs développent une analyse des rapports entre le contrat, la justice et l'équité et soulignent, entre autre, que l'intervention du contractuel dans le juridictionnel exprime une « certaine idée de la justice ».

² L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n° 101, p. 406.

³ Cette rigidité est l'objet de critiques, notamment de praticiens qui mettent en avant la nécessaire souplesse des délais de l'instance qui permet de s'adapter à la diversité des besoins. V. M. Caratini, « Le contrat de procédure : une illusion ? », *Gaz. Pal.* 1985, p. 639.

⁴ S. Ousmanou, *Les conventions relatives au procès. Contribution à l'étude de la contractualisation de la justice*, Th. Rennes 1, 1997, n° 404, p. 237.

⁵ *Ibid.*

⁶ E. de Rusquec, « À propos du contrat de procédure », *JCP G* 1994, I, 3774, n° 14, p. 315.

580. Temps « sur-mesure ». Ces calendriers de procédure ont suscité de vives réserves au regard de la rigidité qu'ils induisent dans le déroulement de l'instance. Les critiques les plus virulentes proviennent des praticiens qui y voient une pratique à l'opposé de la souplesse que doit garantir le déroulement de la mise en état¹. Est également soulignée la difficulté de prévoir, au seuil de l'instance, le nombre et le rythme des échanges entre les parties pour mettre l'affaire en état d'être jugée. Il serait donc dangereux de s'enfermer dans un cadre temporel strict, ce qui pourrait nuire à la qualité de l'instruction, voire dissuader les parties et leurs conseils de donner leur accord². Comme le relève un auteur, ces critiques ne sont toutefois pas dirimantes³. Il faut voir dans ce calendrier de procédure, un moyen de parvenir à un temps adapté au besoin du litige afin de tendre vers une procédure « sur mesure »⁴ garantissant davantage de prévisibilité aux plaideurs. Le temps de l'instance n'est plus déterminé par la volonté du juge mais il est négocié et déterminé en concertation avec les parties et plus spécifiquement leurs conseils. Il permet de passer d'un temps imposé à un temps concerté pour limiter le risque d'arbitraire tenant à la précipitation ou à la lenteur du juge.

581. Expérimentation du Conseil d'État. De ce point de vue, il est regrettable que le mécanisme soit pour l'heure limité au contentieux civil. En matière administrative, il existe un certain nombre de mécanismes qui permettent de donner aux parties davantage de lisibilité sur le temps de la procédure⁵ mais rien qui se rapproche pour l'heure du calendrier de procédure. Les choses pourraient néanmoins changer à moyen terme. Les juridictions administratives ont mené des expérimentations dans un certain nombre de tribunaux et dans plusieurs sous-sections du Conseil d'État, dans le but d'évaluer la pertinence de l'instauration de ce mécanisme devant le juge administratif. Un auteur relève que l'objectif est « la mise en place d'un véritable calendrier prévisionnel qui serait communiqué aux parties et instrument d'une meilleure gestion du temps de l'instruction »⁶. En vérité, il s'agit surtout « d'éviter que

¹ Littner, « Observations », in *La réforme de la mise en état*, Colloque sur la Réforme de la procédure civile, Procédures, juin 2006, p. 9 s.

² V. Verdun, « Décret du 28 déc. 2005 relatif à la procédure civile : réflexions et commentaires », *Gaz. Pal.* 22-23 févr. 2006, p. 19. V. aussi sur ces critiques : *Rép. pr. civ.*, Dalloz, v° Mise en état, par O. Salati, avril 2016, n° 83.

³ S. Armani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, préf. L. Cadiet, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de Thèses, 2002 n° 298, p.284.

⁴ *Ibid.*

⁵ Par exemple, l'article R. 611-11-1 du Code de la justice administrative dispose que lorsque l'affaire est en état d'être jugée, les parties peuvent être informées de la date ou de la période à laquelle il est envisagé de l'appeler à l'audience. Cette information précise alors la date à partir de laquelle l'instruction pourra être close (...).

⁶ D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, préf. D. de Bechillon, 2012, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses, n° 154, p. 61.

certaines dossiers ne mûrissent trop sur les étagères »¹, ce qui suggère que ce type d'accord a aussi pour intérêt de parvenir à une plus grande célérité de la procédure². En associant les parties à la détermination du temps de l'instance, le calendrier prévisionnel constituerait, à l'instar du calendrier de procédure du contentieux civil, un obstacle à la puissance du juge. Il permet de développer un temps mieux accepté et donc mieux respecté par les parties tout en contraignant le juge lui-même.

582. Protocoles de procédure. Dans le même ordre d'idées, il existe un autre mécanisme conventionnel qui consiste à se prémunir contre l'arbitraire du juge qui se manifeste sur la question du temps de l'instance. Il existe des conventions qui sont conclues non plus entre le juge et les parties mais à un niveau plus institutionnel. Il s'agit des protocoles de procédure conclus entre des juridictions et des barreaux pour convenir de certaines pratiques destinées à rationaliser le déroulement de l'instance³. Le but est de rendre le cours de la procédure plus prévisible pour tous ses acteurs. Ces « conventions collectives »⁴, négociées entre les représentants de toutes les parties prenantes, tendent à améliorer le traitement de certains contentieux. Cette pratique est née dans les années 2000 devant les juridictions parisiennes⁵ mais s'est peu à peu généralisée, au point d'être devenue un outil classique illustrant une forme de « localisme »⁶ dans les règles régissant le processus juridictionnel. Ces conventions consistent à établir un « guide des bonnes pratiques »⁷ et participent d'une forme moderne de la justice⁸, « une conception coopérative du procès qui recherche l'adhésion de l'ensemble des acteurs de la justice pour en améliorer l'efficacité »⁹. Lorsqu'ils sont apparus, ces protocoles ont d'abord interrogé la pratique, puis les auteurs¹⁰ ont commencé à s'intéresser « à ces

¹ *Ibid.*

² Sur ce point, v. J. Normand, « Les facteurs d'accélération de la procédure », in Mél. P. Draï, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, Paris, 2000, p. 427.

³ Sur cette pratique, v. : L. Cadiet, « Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale », *Les cahiers de la justice*, 2013, n°3, p. 63.

⁴ S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, préf. L. Cadiet, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de Thèses, 2002, n° 299, p. 285.

⁵ J.-C. Magendie, « Le nouveau contrat de procédure civile : objectifs, exigences et enjeux de la réforme parisienne », *Gaz. Pal.* 4-5 avr. 2001, n° 94-95, p. 2.

⁶ C. Bléry, « Protocoles de procédure », in S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 9^e éd., 2017/2018, n° 300.51 et s.

⁷ S. Lataste, « Le protocole sur la mise en œuvre des principes de concentration et de structuration des écritures est un guide de bonnes pratiques pour les avocats », *Gaz. Pal.* 2-3 mars 2012, p. 5

⁸ B. Travier et R. Guichard, « Les protocoles sur les écritures judiciaires. Justice coutumière ou justice moderne ? », *JCP G* 2012, 692.

⁹ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 9^e éd., LexisNexis, 2016, n° 28, p. 21.

¹⁰ C. Bléry, « De la contractualisation à la réglementation unilatérale », *Procédures* 2012. Alerte 5; « Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de Bobigny : un exemple à suivre ? », *JCP G* 2012, 1109 ; « Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de Lyon : un exemple qui interroge », *JCP*

sources spontanées »¹ de la réglementation du procès. « L'idée qui sous-tend cette contractualisation de la procédure est celle d'un souci de bonne justice »². Plus spécifiquement, « ils essaient de répondre à un souci de célérité et donc de rationalisation »³. Le but est de fournir un cadre au déroulement concret de l'instance. En cela, les protocoles sont des outils de lutte contre les excès potentiels d'une trop grande liberté qui est laissée au juge. L'objet des protocoles peut être très large. Ils peuvent déterminer la structuration des écritures⁴, les modalités de la communication électronique ou encore celles de la procédure orale. Mais ils peuvent aussi concerner directement la question du temps de l'instance. C'est même une préoccupation récurrente de ce type d'accords collectifs. Le but est d'encadrer les échanges entre les parties ou entre les parties et le juge, voire de limiter le nombre d'audiences. Certains protocoles proposent la conclusion de calendriers de procédure-type⁵ alors que d'autres cherchent à les imposer de façon systématique. Le plus souvent, les protocoles signés comportent des préambules dans lesquels les signataires expliquent la philosophie de l'accord. Ce qui revient souvent, c'est la nécessité de garantir les délais raisonnables de jugement en convenant de règles permettant de limiter la durée de traitement des affaires. Ainsi est-il convenu de limiter à un certain nombre les échanges entre les parties, de prévoir des conférences au cours desquelles les parties et le juge de la mise en état pourront discuter de l'affaire⁶, ou encore de déterminer à l'avance la durée de la délibération⁷. Le but est donc d'inscrire le temps de l'instance dans un cadre prédéfini, ce qui tend notamment à éviter le dévoiement de la marge d'appréciation dont il dispose habituellement dans la gestion des délais.

583. *Soft law.* Si ces protocoles représentent un instrument efficace de lutte contre les excès imputables au juge dans la gestion du temps de l'instance, leur lacune la plus importante tient

G 2012, 1357 ; « Convention interbarreaux de la cour d'appel de Toulouse du 20 mars 2013 : et un protocole de plus ! », JCP G 2013, 556.

¹ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 28, p. 22.

V. Plus généralement sur cette question : P. Deumier, *Le droit spontané*, préf. J.-M. Jacquet, Economica, 2002.

² C. Bléry, « Protocoles de procédure », in S. Guinchard (dir.), *Dalloz action*, 2017/2018, n° 300.15.

³ *Ibid.*

⁴ V. S. Lataste, « Le protocole sur la mise en œuvre des principes de concentration et de structuration des écritures est un guide de bonnes pratiques pour les avocats », *Gaz. Pal.* 2-3 mars 2012, p. 5.

⁵ Ce fut le cas du protocole de procédure relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de Caen signé le 20 octobre 2014.

⁶ C'est le cas par exemple du protocole de procédure relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de Cherbourg le 13 janvier 2016. Celui-ci comporte en annexe un tableau quantifiant les délais laissés aux parties pour transmettre leurs conclusions ou leurs pièces (45 jours) et les délais pour y répliquer (30 jours).

⁷ C'est le cas du protocole de procédure signé entre la cour d'appel de Lyon et les barreaux environnants en janvier 2007. Après avoir énoncé en préambule que la durée d'écoulement des affaires civiles est souvent trop longue, le protocole prévoit une durée de délibération de quatre semaines pour le circuit court et de six semaines pour le circuit long.

à leur valeur. Ils reposent certes sur l'adhésion des représentants institutionnels des protagonistes du procès mais n'ont pas véritablement de force contraignante. Ce sont des « guides de bonnes pratiques »¹ qui relèvent de la *soft law*, du droit souple². Souvent, les signataires insistent particulièrement sur l'importance de respecter scrupuleusement les termes de l'accord et de l'appliquer de façon fidèle. Les protocoles se veulent contraignants mais ils ne le sont pas vraiment. Ils n'ont pas valeur réglementaire et ne peuvent donc pas s'imposer d'une façon générale et absolue. Leur impérativité fait pour l'heure défaut même s'il est possible de trouver des arrêts qui, se voulant précurseurs, n'ont pas hésité à sanctionner la méconnaissance d'un protocole³. Cette absence de force contraignante est regrettable. Pour certains auteurs, ces protocoles recèlent des dangers importants. Ils entraîneraient un éclatement des règles de procédure en raison des pratiques par définition différentes d'une juridiction à l'autre. Cela serait de nature à rompre l'unité du droit et à créer une forme d'insécurité juridique⁴. Ces critiques peuvent être dépassées. L'unité du Code - ou du droit processuel plus généralement - ne serait pas altérée par la généralisation de ce type d'accord. Ces protocoles ne sont pas exclusifs des dispositions législatives ou réglementaires régissant le déroulement de l'instance. Ce n'est pas un mécanisme qui a vocation à entrer en contradiction avec ces dispositions. Au contraire, ils pourraient être complémentaires. Il est possible d'envisager la détermination d'un cadre dans lequel les protocoles pourraient être conclus dans le but de donner aux parties une plus grande maîtrise sur l'intervention du juge et sur les risques qu'elle induit. Lorsqu'ils visent à rationaliser le temps de la procédure, les protocoles de procédure constituent un outil efficace de lutte contre les dérives du libre arbitre du juge. Ils combattent le risque d'un excès de lenteur du juge en fixant des délais maximums là où le droit conférerait une grande marge d'appréciation au juge ; ils combattent aussi le risque d'un excès de précipitation en prévoyant à l'avance les différentes étapes de la mise en état de l'affaire. Sans doute conviendrait-il d'institutionnaliser cette pratique afin de réfléchir aux limites qu'il faut lui imposer et au cadre dans lequel il conviendrait de la développer. Il ne serait pas extravagant de songer à une généralisation de ce mécanisme au-delà de la seule mise en état en matière civile. Pourquoi ne pas l'envisager par exemple en matière pénale pour lutter contre les excès du juge dans la gestion du temps de l'instruction ? Il ne s'agirait

¹ N. Fricero, chron. « Procédure civile » (janv.-déc. 2012), D. 2013. 269.

² V. B. Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public français*, préf. N. Jacquinet, LGDJ, PUT Capitoile, 2013.

³ Il s'agissait d'une méconnaissance des modalités de communication des conclusions : H. Croze, « Irrecevabilité de conclusions pour violation d'une convention de procédure », obs. sur Reims, 27 nov. 2012, RG n° 12/02121, JCP G 2012, 1394 ; « Napoléon reviens, ils sont devenus fous ! », Procédures 2012. Repère 11.

⁴ Sur les dérives de ce mécanisme en matière de mise en état : C. Bléry, « De la contractualisation à la réglementation unilatérale : dérives des protocoles de mises en état », Procédures 2012. Alerte 5.

pas d'instaurer des délais incompressibles à l'instruction mais de convenir de pratiques destinées à fournir une certaine prévisibilité à la gestion du temps de l'instance par le juge et d'accroître sa rationalisation. Cette gestion ne relèverait donc pas de la seule volonté du juge mais de pratiques déterminées à l'avance qui tendraient à lutter contre les dérives toujours possibles dans l'exercice de ce libre arbitre. Le but serait d'éviter les temps morts imposés par le juge au cours de l'instance ou, à l'inverse, de s'assurer que ce dernier agit avec assez de prudence dans la marche de l'instruction.

584. Les accords de volontés sont des outils intéressants dans la lutte contre l'arbitraire du juge quant au temps de l'instance. Ils constituent un moyen de donner aux plaideurs et à leurs conseils une meilleure maîtrise du cadre temporel de l'instance et évitent que le libre arbitre ne dégénère en abus. Cette utilité se retrouve également sur un autre aspect matériel du processus juridictionnel. L'accord de volontés est aussi un instrument de maîtrise de l'arbitraire du juge quant à la gestion des frais de l'instance.

§2. La maîtrise des frais de l'instance

585. Maîtrise du risque financier. L'argent est bien souvent le nerf de la guerre judiciaire. C'est ce qui explique que l'arbitraire du juge lié au coût de l'instance est particulièrement difficile à supporter pour les parties. C'est aussi ce qui justifie l'existence de mécanismes dont la vocation est de combattre les abus potentiels du juge et de permettre aux parties de se prémunir contre les risques qu'il induit, en particulier contre le risque financier¹. Si ce dernier donne lieu à une littérature très abondante, la place qu'occupe l'arbitraire du juge au sein de ce risque n'a suscité que peu de réflexions. Les ouvrages généraux de procédure parlent peu de la problématique du coût de l'instance. Quant aux ouvrages plus spécialisés qui en traitent, ils n'abordent jamais la question à travers le problème de l'arbitraire du juge. Cela s'explique par le fait que la loi elle-même est particulièrement discrète sur cette problématique. La plupart des réflexions qui portent sur cette question proviennent de praticiens du procès, ce qui n'est guère étonnant compte tenu du caractère très concret qu'elle présente. C'est bien souvent de la pratique elle-même qu'émergent les mécanismes destinés à maîtriser l'emprise du juge dans la gestion du coût de l'instance. Parmi ces mécanismes, il y a des techniques qui consistent pour les parties à contourner le libre arbitre du juge dans la détermination de la

¹ V. J.-Ch. Albert, *Les coûts de justice incombant aux justiciables : des facteurs dissuasifs aux mécanismes favorables à ester en justice*, Th. Paris 10, 2015.

charge des frais de l'instance afin qu'elles puissent elles-mêmes le faire (A). Il y a aussi des mécanismes de couverture qui consistent à se protéger des dérives du libre arbitre du juge (B).

A. La répartition conventionnelle des frais de l'instance

La première technique employée pour parvenir à maîtriser l'arbitraire du juge dans la gestion des frais l'instance consiste à laisser aux parties la possibilité de régler elles-mêmes cet aspect de l'instance. Elles neutralisent l'arbitraire à la source en privant le juge de toute marge d'appréciation.

586. Détermination de la répartition des frais. Les parties peuvent convenir elles-mêmes de la répartition des frais litigieux¹. Dans ce cas, elles vont chercher à se protéger des choix du juge quant à la question de savoir qui doit prendre en charge le coût définitif de l'instance. C'est l'objet des clauses définissant la charge de la dette judiciaire. Ces clauses de remboursement des frais de procès proviennent de la pratique et sont incluses notamment dans les contrats de prêt, de louage ou d'entreprise². Elles permettent aux parties de régler elles-mêmes la question, alors que cet aspect se caractérise d'ordinaire par un large pouvoir d'appréciation du juge. Elles déterminent à l'avance sur quel plaideur portera la charge des sommes en cause. Dans certains domaines, ces clauses de remboursement des frais du procès sont admises très largement. Ainsi en est-il en matière d'arbitrage notamment où les clauses d'imputation et de répartition des frais sont « soumises au principe de liberté contractuelle »³, bien que cette dernière ne soit pas sans bornes⁴. Les parties sont libres de convenir de la réparation qu'il leur convient et l'arbitre devra s'y conformer.

En dehors de l'arbitrage, la validité de ce type de clauses ne pose pas de difficulté mais leur domaine d'application est plus limité⁵. D'abord parce que le législateur les interdit parfois dans certains contentieux spécifiques⁶ ; ensuite, parce que ces clauses ne peuvent être

¹ V. en matière pénale : N. Courtier, *Le sort des frais et dépens de l'instance pénale*, Th. Aix-Marseille, 1993.

² Sur ce point, v. : S. Gjidara-Decaix, « Les règles de répartition des frais en procédure civile », RIDC 2010-2, sp. P. 339.

³ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 131, p. 480.

V. sur ce point : L. Cadiet, *L'économie des conventions relatives au litige*, B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002, p. 313.

⁴ Sur ce point, v. : J. Billefont, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, préf. C. Jamin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2013, nos 572 s., p. 399 s.

⁵ Ph. Gerbay, « Les clauses de remboursement des frais de recouvrement judiciaire », D. 1978. Chron. 93.

⁶ Ainsi en est-il par exemple en matière de consommation s'agissant du prêt personnel. L'article L. 311-23 du Code de la consommation dispose qu'« aucune indemnité ni aucuns frais autres que ceux mentionnés aux

invoquées par les parties lorsqu'elles portent sur des règles d'ordre public. Or, les règles relatives aux dépens présentent ce caractère. Parce que la répartition des dépens relève d'une appréciation discrétionnaire du juge¹, la Cour de cassation considère que les clauses de remboursement des frais du procès ne sauraient priver ce dernier de ce pouvoir². Le refus de reconnaître la validité de cet accord se limite toutefois aux dépens, de sorte que le recours à ces clauses est tout à fait possible s'agissant des frais entrant dans la catégorie des frais irrépétibles. En stipulant par avance la répartition des frais de l'instance, les plaideurs privent le juge de sa faculté d'appréciation. Elles se protègent du risque d'arbitraire que fait naître sa liberté d'appréciation dans la détermination de la charge des frais. La répartition se fait en dehors du juge, lequel sera contraint de respecter la force obligatoire de la convention.

587. Détermination du montant des frais. L'outil conventionnel est d'autant plus intéressant dans la lutte contre l'arbitraire du juge qu'il ne permet pas uniquement de déterminer à l'avance la répartition des frais. Il permet aussi de lutter contre les dérives du libre arbitre dans la quantification du coût de l'instance, c'est-à-dire dans la fixation de la somme que les parties devront verser. Il ne s'agit plus d'éviter que le juge ne détermine de façon inappropriée qui va payer mais de faire obstacle à son arbitraire quant au point de savoir combien les plaideurs devront payer.

C'est par exemple l'objet de la clause de remboursement forfaitaire des frais de recouvrement judiciaire que de préserver les parties d'une surestimation des frais de l'instance. Par cette clause, ces dernières stipulent par avance le montant de l'indemnité qui devra être versée au titre des frais irrépétibles de l'instance. En même temps qu'elle crée des obligations pour les contractants, la clause supprime la marge de manœuvre du juge quant à la quantification des frais de l'instance. Elle contraint le juge, sur le fondement de l'accord de volontés des parties, à condamner le débiteur au paiement d'une certaine somme dont le *quantum* échappe à son libre arbitre. La Cour de cassation reconnaît l'efficacité de ce mécanisme et admet surtout son effet contraignant à l'égard du juge. Elle considère classiquement que ces clauses n'ont pas le caractère de clauses pénales et ne sont pas soumises au pouvoir de réduction du juge³. Si la

articles L. 311-24 et L. 311-25 ne peuvent être mis à la charge de l'emprunteur dans les cas de défaillance prévus par ces articles ».

¹ Civ. 3^e, 29 mai 2002, n° 00-217.39, Bull. III, n° 115.

² Civ. 2^e, 13 févr. 1991, Gaz. Pal. 1991, somm. 495, obs. Croze et Morel.

³ Civ. 1^{re}, 16 janv. 1985, Bull. civ. 1985, I, n° 25 ; Civ. 1^{re}, 6 déc. 1989, D. 1990, p. 289, obs. J. Ghestin. Cf. L. Cadet, *Clauses relatives aux litiges*, fasc. 190, n° 79.

solution n'a pas suscité que des réactions positives en doctrine¹, elle offre tout de même aux plaideurs la possibilité de maîtriser le libre arbitre du juge en l'empêchant de modifier l'accord conclu. Ce mécanisme, qui permet d'adapter la quantification des frais de l'instance « aux besoins des contractants »², combat le risque d'arbitraire du juge dans la quantification des frais de l'instance. L'évaluation des frais n'est plus l'affaire du juge mais devient celle des parties.

588. Rémunération des techniciens. D'autres mécanismes permettent de maîtriser le montant de certaines dépenses seulement. Les parties peuvent notamment déterminer, par voie conventionnelle, le montant de la rémunération des techniciens chargés d'une mesure d'instruction. Elles privent le juge de cette prérogative en convenant eux-mêmes de la somme à allouer au titre des opérations effectuées. Si une telle possibilité est relativement rare, sa principale manifestation peut être trouvée à travers le mécanisme de la convention de procédure participative. La convention participative est un accord de volontés par lequel les parties organisent de façon conjointe la mise en état de leur affaire dans le but de parvenir à une solution amiable. Dans ce cadre, elles peuvent recourir à un technicien qu'elles choisiront pour procéder à certaines opérations qui auront pour but d'éclairer les faits litigieux³. Ce sont les parties elles-mêmes qui détermineront précisément la mission de ce technicien et, surtout, qui fixeront sa rémunération ainsi que les modalités de son paiement.

589. En dehors des clauses de remboursement des frais de l'instance, les plaideurs peuvent combattre le risque d'arbitraire au moyen d'un autre type de mécanisme. La lutte contre l'arbitraire du juge ne se fait pas uniquement de façon directe, par le biais de clauses qui neutralisent la marge d'appréciation du juge. Elle peut prendre un aspect moins frontal. Il y a un mécanisme qui permet de couvrir le risque d'arbitraire sans agir sur la sphère de liberté dont bénéficie le juge.

¹ V. not. J. Mestre, « De la notion de clause pénale et de ses limites », RTD civ. 1985, p. 372.

² L. Cadiet, « Liberté contractuelle et clauses relatives au règlement des litiges », LPA, 5 mai 2000, n° 90, p. 30.

³ V. sur ce point : S. Ferré-André, « Le technicien dans la procédure participative », AJ fam. 2013, p. 543.

B. La couverture des frais de l'instance

590. Couverture de l'aléa judiciaire. Tout contrat d'assurance vise à se prémunir d'un aléa¹, c'est-à-dire d'une incertitude quant à la réalisation, à la date ou aux conséquences d'un événement. Cette condition, qui ressort de l'article 1964 du Code civil² est fondamentale : « il n'y a pas d'assurance s'il n'y a pas d'aléa »³. Le contrat d'assurance peut permettre de se prémunir contre un type d'aléa particulier, à savoir l'aléa d'un abus du juge dans l'exercice de son libre arbitre. Il ne s'agira pas de supprimer la marge d'appréciation du juge relative au coût de l'instance mais de se protéger de ses conséquences mais d'organiser la prise en charge des sommes qu'il décidera de mettre à leur compte. Ce mécanisme a aussi pour finalité de mettre les plaideurs à l'abri de l'arbitraire des choix du juge relativement au coût de l'instance.

591. Clause défense-recours. La première figure qui permet de mettre en place cette couverture relève du domaine de la responsabilité civile et vise à confier à l'assureur, la charge de la défense de l'assuré au procès intenté par la victime du dommage (clause défense) ou les frais de l'instance engagée par cet assuré à l'égard de l'auteur d'un dommage qu'il a lui-même subi (clause recours). L'assureur s'engage dans les deux cas à couvrir les frais divers de l'instance et notamment le coût des mesures d'instruction ordonnées par le juge⁴. Cette clause-recours se rapproche⁵ d'un autre type de convention, la clause de direction de procès. Cette clause, qui figure dans toutes les polices d'assurance de responsabilité civile, subordonne la garantie à la possibilité laissée à l'assureur de diriger lui-même la conduite du procès en lieu et place de l'assuré⁶.

592. Assurance de protection juridique. La seconde figure, plus récente, renvoie à un mécanisme autonome qui a été règlementé par une directive européenne du 22 juin 1987⁷ concernant l'assurance protection juridique. Le contrat de protection juridique permet de se

¹ L. Leveneur et Y. Lambert-Faivre, *Droit des assurances*, Dalloz, 13^e éd., Paris, 2011, n° 307, p. 285.

² Civ. 1^{re}, 4 nov. 2003, Bull. Civ. I, n° 220 ; Gaz. Pal. 2004, 1158, note Périer.

³ A. Favre-Rochex et G. Courtieu, *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, préf. H. Groutel, LGDJ, Coll. Droit des affaires, Paris, 1998, p. 75, n° 1-156.

⁴ J. Bigot, « Clair obscur sur l'assurance des frais de défense », JCP G 2011, doctr. 62.

⁵ À tel point que la Cour de cassation procède parfois à la requalification d'une clause-recours en clause de direction de procès, v. par ex. : Civ. 2^e, 28 févr. 2013, n° 12-12.813.

⁶ Ch. Freyria, « La direction du procès en responsabilité par l'assureur », JCP G 1954, I, 1196.

⁷ J. Courroy, « Réflexions sur quelques aspects de l'assurance de protection juridique », D. 1992, chron. P. 169. V. aussi : K. le Bourhis, « L'assurance de protection juridique : vers une "privatisation" de l'accès à la justice », in D. Lochak, *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, PU Paris Ouest, 2007, p. 149 s.

protéger d'un risque induit par le procès¹, le risque qui porte sur la prise en charge des frais qu'il engendre. Le dispositif a été intégré au droit français par une loi du 31 décembre 1989 modifiée par une loi du 19 février 2007². Selon l'article L. 127-1 du Code des assurances, l'objet de ce contrat d'assurance est de prendre en charge « les frais de procédure »³ ce qui semble induire une couverture des plus larges au profit de l'assuré. La catégorie des « frais de procédure » est étendue. Tous les frais sont concernés, qu'il s'agisse des frais fixes auxquels le juge ne peut rien, ou des frais qui sont engendrés par une décision du juge. Il s'agit donc d'un mécanisme intéressant dans la lutte contre les dérives du libre arbitre car il concerne tous les coûts de l'instance. Ce contrat de protection juridique, que certains auteurs conçoivent comme une garantie du droit d'accès au juge⁴, représente une garantie efficace contre le risque financier engendré par le litige. C'est la raison pour laquelle il est parfois proposé de le généraliser, notamment pour pallier les difficultés de financement du système d'aide juridictionnelle. Il est même question de rendre le recours à l'assurance de protection juridique obligatoire⁵ ou à tout le moins de le rendre plus attractif⁶. C'est une preuve de l'intérêt d'un tel mécanisme permettant de se prémunir du risque de procès en général et, plus particulièrement, du risque d'arbitraire dans la gestion des frais de l'instance.

593. Société de financement de procès. Cette figure conventionnelle se rapproche d'une autre technique apparue récemment, celle des sociétés de financement de procès aussi appelées *Litigation Funding*. Ces sociétés consistent en un mécanisme de financement du contentieux par un tiers⁷, qui prend à sa charge tous les frais exposés par une partie dans le cadre d'un procès, en échange d'un pourcentage sur les dommages-intérêts gagnés à l'issue du

¹ V. V. Nicolas, « Le procès, risque assurable ? (en toute hypothèse ?) », in *L'assureur et le procès*, Colloque de L'Université du Maine, 27 nov. 2009, RGDA 2010, p. 895.

² B. Cerveau, « Commentaire sur la loi n° 2007-210 du 19 février 2007 portant réforme de l'assurance de protection juridique », RGDA 2007, p. 547.

³ C. assur. L. 127-1 : « est une opération d'assurance de protection juridique toute opération consistant, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue, à prendre en charge des frais de procédure ou à fournir des services découlant de la couverture d'assurance, en cas de différend ou de litige opposant l'assuré à un tiers, en vue notamment de défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre ou contre une réclamation dont il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi ».

⁴ B. Cerveau, *L'assurance de protection juridique : un moyen moderne d'accès au droit et à la justice*, préf. J. Bigot, L'Argus, 1991.

⁵ C'était notamment une proposition de la Commission Darrois. Rapport sur les professions du droit, « Vers une grande profession du droit », La documentation française, 2009, p. 105.

⁶ V. P. Gagnon et G. Brunel, « Assurance juridique ou de protection juridique : regards croisés sur les perspectives d'évolution en France et au Québec », *Gaz. Pal.*, 14 décembre 2013 n° 348, p. 11.

⁷ V. Ph. Pinsolle, « Le financement de l'arbitrage par les tiers », *Rev. arb.* 2011, p. 385.

procès¹. L'objet de ce contrat est de garantir un aléa en spéculant sur l'issue d'un procès afin d'en retirer un profit. La technique est issue de la pratique anglo-saxonne, en particulier australienne, qui connaît depuis un certain temps des contrats de *Third-Party Funding* ou *Third-Party Funder*². Ce sont des contrats qui visent à prendre en charge l'aléa relatif au montant des dépenses engagées pour exercer le recours. Ce type de contrat a quelque chose de troublant car il repose sur une spéculation particulière qui a trait à l'action en justice, laquelle est envisagée « comme un produit sur lequel on peut spéculer et poursuivre un but capitalistique »³. Or, en France, pouvoir tirer profit d'une action en justice ne va pas de soi comme en témoigne le mécanisme du retrait litigieux et l'interdiction du pacte de *quota litis*⁴ qui empêchent les avocats de se rémunérer exclusivement par des honoraires de résultats. Traditionnellement, le droit français est très réservé sur les contrats qui mêlent action en justice et financement du procès par un tiers⁵ et se montre particulièrement méfiant à l'égard des « spéculations sur l'aléa judiciaire »⁶. Les choses ont cependant évolué. Désormais, la convention d'honoraires peut prévoir, outre la rémunération des prestations effectuées par l'avocat, une somme complémentaire fixée en fonction du résultat obtenu ou du service rendu⁷. Surtout, le *Litigation funding* est lui aussi aujourd'hui admis même si contrairement à d'autres pays qui les reconnaissent depuis longtemps⁸, ces contrats ont en droit français un caractère « *sui generis* »⁹. Dans l'esprit, ces contrats se rapprochent pourtant d'une figure très ancienne, bien connue du droit français : le prêt à la grosse aventure. Le prêt à la grosse était

¹ V. M. de Fontmichel, « Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français », *Rev. sociétés* 2012, p. 27 ; S. de Menétrey, « Financement du procès par les tiers », à propos du rapport du Club des juristes, *JCP G* 2014, 836 ; F. Villa, « Le financement de contentieux par des tiers (« Thirs party funding ») », *Anwaks Revue de l'avocat*, 2014-5, p. 207.

² V. par ex. : J. Lyon, « *Revolution in Progress : Third-Party Funding of American Litigation* », *UCLA L. Rev.* 2010, p. 571.

³ M. De Fontmichel, *loc. cit.*

⁴ V. C. Jamin, « Deux questions préalables à l'instruction du procès de la prohibition des pactes de *quota litis* », in Mél. G. Viney, LGDJ, 2008, p. 507.

⁵ Par exemple, la jurisprudence a condamné très tôt les sociétés commerciales de « défense en justice ». Il s'agissait de sociétés constituées dans le but d'offrir à leurs clients des consultations juridiques et fiscales et la prise en charge des frais du procès, moyennant une rémunération par un pacte de *quota litis*. V. A. Besson, « Les sociétés de défense en justice devant la jurisprudence », *RGAT* 1951, p. 365. V. aussi : N. Cayrol, « La répartition des frais du procès », in M. Reimann (dir.), *Cost and fee allocation in civil procedure*, Springer, 2012, n° 16.

⁶ *Ibid.*, n°17.

⁷ L. n° 71-1130 du 31 déc. 1971, art. 10, al. 3, dans sa rédaction issue de la loi n° 91-647 du 10 juill. 1991.

V. aussi pour la reconnaissance de la validité du pacte de *quota litis* dès lors qu'il ne porte pas sur la totalité de la rémunération de l'avocat : Civ. 1^{re}, 10 juill. 1995, n° 93-20.290, *Bull. civ. I*, n° 91.

⁸ C'est le cas du Royaume-Uni ou des Etats-Unis.

⁹ Versailles, 1 juin 2006, *Sté Véolia Propreté c. Foris AG*, n° RG 05/01038.

V. sur la question de la qualification notamment, le rapport produit par le *Club des juristes*, *Le financement du procès par les tiers*, juin 2014, qui traite dans une première partie de la qualification juridique du contrat de financement de procès.

prévu par l'ancien article 1964 du Code civil¹. C'était un type de contrat aléatoire qui consistait à prêter une somme d'argent pour financer une expédition maritime. En cas de naufrage ou d'attaque de pirates, aucun remboursement ne peut avoir lieu. En revanche, si l'expédition est un succès, la somme prêtée sera restituée et un intérêt très important devra être payé. Ce contrat de prêt à la grosse possède donc un caractère « éminemment aléatoire, mélange de spéculation et d'assurance »².

Il en est sans doute des procès comme des expéditions maritimes. Lorsque les parties se lancent dans un processus juridictionnel, elles ignorent dans quel état elles en sortiront. Le procès peut donner lieu à un pari sur l'avenir et devenir un objet de spéculation dans la mesure où il ouvre une parenthèse d'incertitude, d'aléa. La société de financement de procès va fournir une aide à l'une des parties au litige en lui donnant les fonds nécessaires au déroulement d'une instance judiciaire, à charge pour elle de lui céder une partie de sa créance en cas de succès. Ce mécanisme conventionnel, qui commence à susciter l'intérêt³, participe de la lutte contre les dérives du libre arbitre du juge. Il ne s'agit pas de supprimer la marge d'appréciation du juge mais de se protéger de ses conséquences les plus redoutables, ce qui constitue une façon de lutter. Par ce type de contrat, la partie transfère la charge de ce risque sur autrui et parvient à se mettre elle-même à l'abri de l'arbitraire du juge dans la gestion des frais du procès. C'est un outil efficace qui mériterait d'être généralisé⁴. Cela ne pourrait se faire sans un strict encadrement juridique pour éviter les dérives inhérentes à toute forme de spéculation⁵.

¹ La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 a supprimé la mention du « prêt à grosse aventure » de l'article 1964 du Code civil qui régit les contrats aléatoires.

² L. Chatain-Autajon, « Les obligations – catastrophe », Bull. Joly 2008, p. 347.

³ *Alter litigation* est le premier fonds de *litigation funding* créé en France, en 2013. V. F. Pelouze, « Le financement de contentieux par un tiers est avant tout un moyen privilégié d'accès à la justice », JCP G 2013, entretien 164. M. Pelouze est le fondateur de *Alter litigation*.

⁴ V. « Third Party Funding : vers un arbitrage pour tous ? », Les échos, le 9 juin 2013.

http://archives.lesechos.fr/archives/cercle/2013/01/09/cercle_62629.htm#x6tZ2BdiLKhJfWuR.99

⁵ Ce mécanisme, et plus généralement le recours aux assurances, souligne le fait qu'il existe aujourd'hui un véritable marché de l'aléa judiciaire qui peut être utile aux plaideurs mais dont les potentielles dérives font naître un besoin impérieux de régulation.

Conclusion du chapitre 2 :

594. « Capteur sensible » de l'arbitraire. L'analyse du recours aux accords de volontés dans la lutte contre l'arbitraire souligne qu'en la matière comme ailleurs, ces accords constituent un « capteur sensible »¹. En ce qui concerne cet arbitraire, ce sont des capteurs de la diversité du phénomène. S'il y a de nombreux mécanismes qui peuvent être mobilisés dans la lutte contre l'arbitraire, c'est parce qu'ils reflètent toute la complexité du problème. Cette diversité explique que la lutte mise en place ne peut s'envisager comme un mécanisme cohérent. Les accords de volontés dont il a été question ont un ennemi commun mais ils ne recouvrent aucune unité, qu'elle soit conceptuelle ou fonctionnelle. Ils ont des objets très différents et ne procèdent pas toujours d'une même démarche. Certains ont pour finalité de supprimer ou de réduire la marge d'appréciation du juge sur un point particulier ; d'autres, à substituer la volonté des plaideurs à celle de ce dernier. En outre, tous les accords de volontés ne présentent pas le même degré d'efficacité. Il y a des mécanismes, comme les clauses relatives à la qualification juridique, qui permettent de parvenir à une maîtrise effective de l'arbitraire du juge, par neutralisation du libre arbitre, alors que d'autres, comme les protocoles de procédure, relèvent davantage de la proclamation d'intention. Il y en a encore certains, comme l'assurance de protection juridique, qui prennent acte de l'impossibilité de supprimer l'arbitraire et tentent par conséquent d'alléger la charge de ce fardeau en couvrant le risque encouru.

595. Insuffisance des accords de volontés. Cependant, tous les mécanismes dont il a été question se rejoignent sur un point. Les accords de volontés sont un moyen de combattre le risque d'arbitraire mais ils laissent tous un sentiment d'inachevé. Ils permettent de contenir le risque d'arbitraire mais ils ne le suppriment jamais vraiment. L'arbitraire reste toujours possible car les limites imposées au juge dans l'exercice de son libre arbitre par les accords de volontés sont fragiles. Ils tendent à éviter l'arbitraire mais ils ne se suffisent jamais à eux-mêmes. Pour la plupart, ils ne sont finalement pleinement efficaces que si le juge décide de les respecter. Aucun accord de volontés ne résiste véritablement au choix qu'il fait de se libérer des contraintes qui lui sont imposées.

¹ M. Mekki, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1^{re} partie) », RDC 2006 n° 4, p. 1051. L'auteur parle spécifiquement des clauses contractuelles.

Conclusion du titre 2 :

596. Un seul remède à l'arbitraire. Qu'il s'agisse des instruments légaux ou des accords de volontés, la lutte contre l'arbitraire se caractérise toujours par son imperfection, laquelle tient pour l'essentiel à une forme d'impuissance des mécanismes utilisés pour éliminer totalement ce risque. Ces derniers s'efforcent de lutter mais ne permettent jamais de l'exclure. Sans doute faut-il en déduire que l'arbitraire du juge fait partie intégrante de ce système. Là où il y a un juge libre de ses appréciations, couve toujours un risque d'arbitraire, malgré les précautions prises et malgré les efforts déployés pour le maîtriser. Cela ne doit toutefois pas conduire à baisser les bras et à le subir passivement. Les mécanismes étudiés sont tous utiles à la lutte contre l'arbitraire. Il est indispensable que le travail judiciaire s'inscrive dans un cadre contraignant, que l'acte de juger soit un processus strictement règlementé. Mais il faut aussi avoir conscience de l'impuissance des dispositifs qui tentent de neutraliser l'arbitraire, du dehors. S'il est une lutte qui peut être efficace contre ces dérives du libre arbitre, elle ne peut provenir que du dedans : le meilleur obstacle à l'arbitraire du juge, c'est le juge lui-même.

Conclusion de la seconde partie :

La casuistique de l'arbitraire du juge a produit plusieurs résultats.

597. Immanence de la légitimité. Elle a révélé que derrière cet arbitraire et les diversités de ses manifestations, il y a une question sous-jacente, fondamentale et profonde. Cet arbitraire ne soulève pas uniquement un problème ponctuel, lié à l'attitude du juge dans l'exercice de son office. Il constitue une menace bien plus sérieuse en ce qu'il porte atteinte à sa légitimité, une notion que l'on dit énigmatique tant elle paraît fuyante¹. Être légitime, c'est « être reconnu comme justifié, être accepté pour ce que l'on est et ce que l'on fait »². Or, la légitimité n'est jamais assurée au juge. Ce n'est pas son statut qui fonde sa légitimité mais la qualité de son intervention. Pour le dire autrement, sa légitimité procède d'une appréciation concrète : elle découle de la réalité de l'acte de juger³. Elle dépend directement du contenu de son jugement. Au fond, « ce sont les jugements légitimes qui rendent les juges légitimes »⁴. Pour déterminer si cette légitimité existe, il faut déterminer s'il a été un bon juge, s'il a su mobiliser son libre arbitre pour la conception de bons jugements. À l'inverse, le mauvais est celui qui déçoit ; non pas parce que la faiblesse inhérente à sa condition d'homme n'a pas permis d'atteindre l'idéal de justice, mais parce qu'il a laissé dégénérer son libre arbitre en arbitraire.

598. Dangers des apparences. Dès lors, parce que cette légitimité est liée à la qualité de son intervention, il faut se garder de ne la chercher que sur le terrain des garanties institutionnelles, organiques ou fonctionnelles⁵ entravant la fonction de juger. La légitimité du juge est immanente. Elle n'est pas séparable du sujet dont elle émane. Elle lui est intrinsèque

¹ P. Bouretz, « Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation : l'énigmatique légitimité du juge », *Pouvoirs*, n° 74, Les Juges, 1995, p. 71.

² B. Mercadal, « La légitimité du juge », *RIDC* 2-2002, n° 54, p. 277.

³ D. Rousseau, « La légitimité du juge en question », in *L'office du juge*, Acte du colloque au Palais du Luxembourg, les 29 et 30 septembre 2006. V. aussi : M. Nasah Kuate, *La légitimité du juge*, Th. Strasbourg, 1998 ; J.-M. Carbasse et L. Depambour-Tarride (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, p. 344 ; J. Krynen (dir.), *L'élection des juges. Etude historique française et contemporaine*, Paris, PUF, 1999 ; B. Kriegel, « Le principe de légitimité », in Mél. F. Terré, Dalloz, PUF, 1999, p. 47 ; plus récent : L. Cadiet et L. Richer, *Réforme de la justice et réforme de l'Etat*, Paris, PUF, 2003 ; J. Krynen et J. Raibaut, *La légitimité des juges*, 2004, Actes du colloque des 29-30 octobre 2003, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. « Mutation des normes juridiques » ; G. Wiederkehr, « De la légitimité de la justice », in Mél. J. Héron, LGDJ, 2009, p. 585.

⁴ B. Mercadal, *ibid.*

⁵ V. en ce sens : G. Canivet, « Légitimité du juge », in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 815.

en ce qu'elle tient à l'aptitude de ce dernier à susciter l'adhésion des plaideurs en faveur de sa décision, c'est-à-dire à montrer « que sa décision est la bonne »¹. Elle est fonction de sa faculté à éviter que son libre arbitre ne dérive en arbitraire. Ce constat n'est pas sans conséquences pratiques.

D'une part, le caractère immanent de la légitimité oblige le juge. Cela écarte définitivement une idée fautive, celle selon laquelle la légitimité de la décision judiciaire résulte de la présentation formelle de sa décision, en particulier dans la présentation syllogistique, comme si le moule dans lequel se fonde le jugement suffisait à le mettre à l'abri de la critique. Cela montre notamment que le concept même de syllogisme régressif a de trompeur. Lorsque le juge développe un raisonnement inductif, partant de la solution pour remonter à la règle, ce n'est pas l'habillage formelle de son jugement qui fonde sa légitimité, c'est la cohérence du tout et la pertinence de la solution. Que les juges ne croient pas que le syllogisme régressif les dispense de leur labeur dans l'élaboration de la solution à donner au litige. C'est du dedans que naît la légitimité de leur jugement, non du dehors. L'apparence d'un raisonnement méthodologique et rigoureux suivi pour parvenir à la solution ne suffira jamais à donner à sa décision un blanc-seing de légitimité. Celle-ci doit être acquise par le juge, sans moyen artificiel ou détourné mais au prix d'efforts importants dans la conception du jugement ; qu'il s'agisse de son élaboration intellectuelle ou de sa justification. Il doit montrer que le processus d'élaboration de la décision a satisfait à toutes les exigences et qu'il a permis de faire émerger une vérité. Il doit aussi justifier avec soin son jugement pour l'exposer à la vue de tous, des plaideurs comme des tiers, pour expliquer pourquoi elle s'impose².

D'autre part, le caractère immanent de la légitimité protège le juge. C'est parce que la légitimité est immanente qu'il faut aussi se méfier des procès d'intention faits au juge. Une chose est l'apparence plus ou moins vague d'arbitraire ; autre chose est le comportement traduisant cet arbitraire. Par exemple, il convient de ne pas céder trop facilement au reproche de la partialité lorsque rien, dans son comportement, ne traduit un défaut de neutralité, que ces apparences reposent sur les convictions politiques ou philosophiques du juge voire sur ses

¹ B. Bernabé, « Redécouvrir l'office créateur du juge », Les cahiers de la justice, 2013, n° 3, p. 27.

² Cela confirme l'importance de la motivation enrichie lorsque la décision du juge a potentiellement un impact normatif. L'immanence de la légitimité oblige le juge, que ce soit dans son office juridictionnel que dans son rôle jurisprudentielle.

V. *supra* n° 495.

relations personnelles¹. Il n'y a jamais vraiment de situations qui l'empêchent de faire preuve de l'objectivité qui est attendue de lui, c'est-à-dire d'user de son libre arbitre à bon escient. Dès lors, il faut veiller à ne pas s'incliner trop facilement face aux reflets équivoques de l'apparence lorsqu'il est question du manque d'impartialité². La notion d'impartialité objective ou « fonctionnelle » doit être maniée avec mesure. Par l'usage effectif qu'il fera de son libre arbitre, le juge pourra rendre son jugement légitime, peu important les collusions vraies ou supposées qu'on lui prête. Il n'y a que lorsque les circonstances menacent gravement l'impartialité du juge qu'elles justifient que des mesures soient prises pour l'empêcher de connaître d'un litige³.

599. Nature du problème de l'arbitraire. Au fond, le caractère immanent de la légitimité des décisions de justice révèle la véritable nature de l'arbitraire. Il démontre qu'il s'agit là d'un problème par essence moral. Il est question des valeurs du juge dans la recherche d'une conduite idéale, de ce qui doit être fait ou ce qui ne doit pas être fait, c'est-à-dire ce qui relève de sa propre réflexion sur le bien ou le mal. Parce qu'il est le plus à même de combattre son propre arbitraire, c'est sur lui qu'il faut concentrer l'attention pour paralyser le phénomène.

¹ V. en ce sens : S. Guinchard, « Peut-on être bouddhiste ou chrétien ou juif ou libre penseur ou franc-maçon et juge ? Réponse impertinente à une question mal posée sur l'indépendance et l'impartialité des juges appartenant à la franc-maçonnerie », in Mél. P. Julien, Édilaix, 2003, p. 203 : l'auteur relève là une grave confusion « entre le secret d'une appartenance à une organisation supposée hiérarchisée et un comportement empreint de partialité dans la fonction de juger ».

² De ce point de vue, certaines solutions retenues par la Cour de cassation en matière d'impartialité objective nous semblent justifiées. Par exemple, la Cour régulatrice a considéré qu'aucun soupçon de partialité ne pèse sur des personnes qui sont des « amis » uniquement sur les réseaux sociaux : Civ. 2^e, 5 janv. 2017, n° 16-12.394 : « le terme d' "ami" employé pour désigner les personnes qui acceptent d'entrer en contact par les réseaux sociaux ne renvoie pas à des relations d'amitié au sens traditionnel du terme et que l'existence de contacts entre ces différentes personnes par l'intermédiaire de ces réseaux ne suffit pas à caractériser une partialité particulière, le réseau social étant simplement un moyen de communication spécifique entre des personnes qui partagent les mêmes centres d'intérêt, et en l'espèce la même profession ». V. S. Prétot, « L'ami des réseaux sociaux : précisions sur l'appréhension juridique de la communauté virtuelle », Dalloz actualité, le 19 janv. 2017, obs. ss. Civ. 2^e 5 janv. 2017, *préc.* ; P.-Y. Gautier, « L'amitié en droit : Montaigne à la Cour de cassation », D. 2017, p. 208, qui relève que, d'après cet arrêt, « le rapport d'amitié n'est pas en soi condamnable ».

Autre exemple : lorsque le juge est saisi d'une prétention alors qu'il a eu antérieurement à connaître de prétentions semblables, il n'y a pas lieu de lui reprocher, par cette seule circonstance, un manque de partialité. Il n'est pas nécessaire de l'empêcher de connaître de la prétention. En ce sens, la solution adoptée par la Cour de cassation en ce qui concerne les contentieux sériels doit être approuvée. Elle admet classiquement que « le défaut d'impartialité d'une juridiction ne peut résulter du seul fait qu'elle ait rendu une ou plusieurs décisions défavorables à la partie demanderesse à la récusation ou favorables à son adversaire » : Civ. 2^e, 24 nov. 2016, n° 16-01.646, Dalloz actualité, le 6 déc. 2016, obs. F. Mélin.

V. déjà, utilisant une autre formule, elle-aussi à propos, Civ. 2^e, 7 avr. 2016, n° 15-16.091, Dalloz actualité, le 6 mai 2016, obs. Mélin : « le fait qu'un juge se soit déjà prononcé dans un litige procédant d'un contentieux sériel n'est pas *en soi* de nature à porter atteinte à son impartialité pour connaître des autres litiges de ce même contentieux ».

³ V. l'exemple de la juridiction ayant connu de la catastrophe d'AZF : Crim., 13 janv. 2015, n° 12-87.059. Dans cette affaire, la vice-présidente de la formation de jugement était membre d'une association d'aide aux victimes qui entretenait des liens très étroits avec l'association partie civile dans cette affaire. Ici, le risque de partialité est trop important pour laisser le juge se prononcer sur le litige.

Envisagé ainsi, le problème de l'arbitraire du juge ouvre un champ d'étude considérable. Il conduit à s'intéresser à toutes les voies qui permettraient de s'assurer que le juge est apte à comprendre l'enjeu que soulève l'exercice de son libre arbitre dans la fonction qu'il exerce. Ce sont les bons juges qui font les bons jugements. En ce sens, « la qualité de la justice est subordonnée au recrutement des meilleurs, au respect d'obligations techniques et morales impérieuses et au sens de la responsabilité de chacun »¹. L'idée est ancienne mais elle reste d'actualité : il faut des juges « instruits, probes, laborieux »², car c'est la seule façon de parvenir à une justice de qualité, libérée de l'arbitraire du juge. Celui-ci ne peut être efficacement combattu que si la justice comme institution est servie par des juges qui ont le souci de la justice comme vertu ; des juges qui savent que la justice qui leur est demandée de rendre est « avant tout, un sentiment, qui détermine une pratique, et cette pratique est une vertu, la vertu de l'homme juste »³.

600. Pour une éthique renforcée du juge. Toute la question est alors de savoir par quels moyens parvenir à garantir la qualité des juges. Le champ de réflexion qui s'ouvre est alors très vaste. Il soulève la question du recrutement des juges, de leur formation, de leur évaluation⁴. Il soulève également la question de l'accompagnement du juge en ce qui concerne, notamment, l'information qui lui est assurée pour garantir le bon usage de son libre arbitre⁵. Il soulève, enfin – et surtout – la question de l'adhésion du juge lui-même à la nécessité d'user à bon escient de son libre arbitre. À cet égard, le premier mécanisme auquel il est possible de songer est le mécanisme de responsabilité conçu comme un moyen de

¹ J.-L. Bergel, « Et ferez bonne justice... », in *Justice et qualité*, RRJ 2002, Cahiers de méthodologie juridique n° 17, p. 2206.

² Treilhard, *Exposé des motifs du Projet de Code de procédure civile*, Séance du 4 avril 1806 du Corps Législatif.

³ J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, PUF, coll. « Thémis droit privé », 27^e éd., 2014, n° 51, p. 90.

⁴ V. CSM, *Rapport d'activité 2015*, La documentation française, 2015, pp. 33 s. Le rapport soulève des interrogations quant à l'efficacité du système actuel d'évaluation et quant au caractère lacunaire du dossier administratif de chaque magistrat.

⁵ De ce point de vue, certaines réformes récentes concernant la déontologie des magistrats nous semblent aller dans le bon sens. Ainsi en est-il, notamment, de la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature a créé un collège de déontologie des magistrats judiciaires, distinct du Conseil supérieur de la magistrature. Ce conseil peut formuler des recommandations générales pour éclairer les magistrats sur la déontologie ou également de rendre des avis sur des situations individuelles. Un juge confronté à un problème de déontologie peut donc saisir lui-même le collège pour obtenir des informations ou des éclaircissements sur sa situation.

C'est, en quelque sorte, le pendant judiciaire du collège de déontologie des magistrats de l'ordre administratif, créé en 2012, et qui est chargé d'apporter un éclairage à l'ensemble des membres de la juridiction administrative sur l'application des principes et bonnes pratiques rappelés dans la Charte de déontologie de la juridiction administrative. Tout magistrat des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel peut le saisir d'une question déontologique le concernant personnellement. V. sur ce point : O. Mamoudy, « Les avis et recommandations du collège de déontologie de la juridiction administrative », RFDA 2015, p. 368.

contraindre le juge à répondre de la façon dont il exerce son office. Mais, sous sa forme la plus classique, la responsabilité est un mécanisme sanctionnateur qui, pour n'intervenir que trop tardivement, se révèle inefficace. C'est sous une autre forme que ce mécanisme peut être utilement exploité dans l'appréhension du problème de l'arbitraire ; non pas à travers sa finalité *sanctionnatrice* mais à travers sa dimension *instigatrice*, c'est-à-dire comme une façon de rappeler au juge les exigences qui pèsent sur ses épaules. C'est une façon de le contraindre que de l'*inciter* à rendre des comptes sur la façon dont il exerce son libre arbitre. La responsabilité renvoie alors à un autre concept que connaissent les anglo-saxons : l'*accountability*. « L'*accountability* contraint le titulaire d'un pouvoir à rendre des comptes sur l'usage que l'on fait de ses pouvoirs sur autrui »¹, à l'État bien sûr en sa qualité d'employeur mais aussi « aux justiciables pour la satisfaction desquels il sont institués »². Le but n'est pas d'instaurer un contrôle de tous les instants qui ne ferait qu'inhiber le juge. C'est de lui rappeler que la sphère de liberté ne lui confère pas seulement une puissance qu'il peut exercer dans le traitement du litige mais qu'elle doit être mise au service de la qualité de son intervention. Plus qu'une responsabilité – et les deux ne semblent pas incompatibles, bien au contraire – c'est une « éthique de la responsabilité »³ que requiert l'arbitraire du juge, une éthique dont le but premier serait, non de brandir la menace de sanction, mais de provoquer l'adhésion du juge aux « valeurs morales »⁴ que nécessite l'œuvre de justice⁵ ; de développer une « conscience professionnelle »⁶ forte. La responsabilité sanctionne les écarts de conduite là où « l'éthique privilégie l'apprentissage de la bonne conduite. L'une intervient ponctuellement *a posteriori*, l'autre sert des objectifs d'amélioration globale »⁷. L'éthique du juge est « un thème qui fait peur »⁸ mais c'est certainement le meilleur rempart contre l'arbitraire⁹. La justice a besoin « d'une éthique forte »¹ du juge pour combattre cet arbitraire :

¹ M.-A. Frison-Roche, « La responsabilité des magistrats comme mise à distance », in S. Gaboriau et H. Pauliat, *La responsabilité des magistrats*, PULIM, 2008, Actes du colloque organisé à Limoges, le 18 nov. 2005, p. 238.

² *Ibid.*

³ V. employant ce terme : J.-C. Magendie, « La responsabilité des magistrats », D. 2003, p. 1177. V. aussi du même auteur : « La responsabilité des magistrats : contribution à une réflexion apaisée », D. 2005, p. 2414.

⁴ J. Commaille, « Éthique et droit dans l'exercice de la fonction de justice », Sociétés contemporaine, *Éthique professionnelle*, 1991, p. 87.

⁵ V. en ce sens : J. Morat-Bailly et D. Truchet, *Droit des déontologies*, PUF, Thémis Droit, 2016, n° 304, p. 128 : Au fond, « l'adhésion à une règle reste l'un des meilleurs gages de son efficacité : si les acteurs concernés par la règle déontologique sont convaincus de sa pertinence, il y a de meilleures chances qu'ils résistent à une sollicitation quant à leur violation que s'ils ne sont pas convaincus de sa pertinence ».

⁶ Sur ce point, v. : G. Bolard et S. Guinchard, « Le juge dans la cité », JCP G 2002, doctr. 136, spéc. n° 35.

⁷ D. Salas, « Éthique du juge », in *Les 100 mots de la Justice*, PUF, « Que sais-je ? », 2011, 52-53.

⁸ A. Ruffo, « L'éthique et le juge. Réflexion d'une juge pour enfants », *Éthique publique (En ligne)*, vol. 3, n° 2, 2001.

⁹ V. sur les devoirs du juge, incluant le devoir de « respecter une éthique » : J.L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis droit, 2e éd., 2016, n° 239, p. 395 : « Une éthique de la fonction juridictionnelle s'impose effectivement d'autant plus que les magistrats ne sont pas des fonctionnaires comme les autres ».

« une éthique de neutralité, d'objectivité, de raison, d'équilibre, dans un effort constant de travail, de compétence, de comportement, d'écoute d'argumentation et de conviction (...) »².

Plus loin, n° 239, p. 396 : « on peut légitimement exiger des magistrats, non qu'ils soient infallibles, mais qu'ils soient sereins, sérieux et compétents et, plus concrètement encore, qu'ils soient de bons juristes, qu'ils étudient consciencieusement les dossiers, les écritures et les moyens des parties et qu'ils jugent sans parti pris, ni animosité ».

¹ S. Guinchard, « La gestion des conflits d'intérêts du juge : entre statut et vertu », *Pouvoirs*, 2013/4, p. 79.

² G. Canivet, v° Légitimité du juge, in L. Cadiet, *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2002, p. 819.

Conclusion

601. Sans prétendre clore¹ la discussion, il nous faut dresser le bilan de cette recherche.

602. Paradoxe de la réalisation du droit. De façon générale, l'étude du libre arbitre du juge a montré que cette question ne porte pas uniquement sur le comportement du juge dans l'exercice de sa fonction. Elle souligne la difficulté fondamentale de la réalisation du droit par le juge. Cette complexité renferme un paradoxe. D'un côté, cette réalisation ne peut consister en l'application mécanique d'une règle qu'il suffirait au juge de relever. De l'autre, elle ne peut se concevoir comme une simple expression de la volonté de ce dernier. Mais, en-même temps, elle doit être à la fois l'un et l'autre. Les choses semblent confuses : seraient-elles finalement plus embrouillées à l'issue de la recherche que lors son commencement ? Ce n'est heureusement pas le cas.

603. Glorieuse incertitude du droit. L'étude a permis de mieux comprendre ce que le libre arbitre du juge apporte au processus de réalisation du droit. Elle a montré que cette réalisation se nourrit d'autres choses que de ces prémisses statiques, qu'elle est à imaginer autrement, « au milieu des rapports d'interlocution et des demandes de reconnaissance qui forment la trame du milieu social »². En cela, réduire l'acte de juger à un syllogisme désincarné, ne laissant aucune part à la volonté du juge, c'est prendre un parti erroné. Ce n'est pas rechercher un idéal, c'est entretenir un mythe, celui d'un droit parfait qui contiendrait en lui-même tous les éléments de sa concrétisation. C'est doter le droit d'une absoluité qu'il n'a pas. « Le droit est droit, sans doute, mais les hommes le plient en tous sens, le ploient à leurs intérêts, à leurs fantaisies, voire à leur sagesse. Flexible droit, droit sans rigueur. Faut-il d'ailleurs s'en lamenter ? Il est peut-être salutaire que le droit ne soit pas cette massue, ce spectre qu'on voudrait qu'il fût... »³. La concrétisation du droit ne se réduira jamais à une application de normes formelles, abstraites, « froides et vides de réalité féconde »⁴. Elle ne peut se passer du libre arbitre du juge car c'est ce qui permet de ne pas céder à « cette tendance funeste à l'immobilité, issue d'un idéal trop étroit et d'une fausse conception de la logique juridique »⁵. Bien sûr, la place de ce libre arbitre dans l'acte de juger peut paraître fâcheuse car elle rend le

¹ « (...) « “ La controverse est close ”. Ça, c'est une phrase anti-juridique. Il n'y a pas de controverse juridique close. Ça n'est pas vrai. Il y a que des controverses qu'on oublie, pendant un temps et en général, elles nous reviennent à la figure plus vite qu'elle ne sont parties » : C. Atias, *De la difficulté contemporaine à penser le droit. Leçons de philosophie du droit*, PUAM, 2016, « Séminaire n° 1 : Difficultés de la pensée philosophique et droit », p. 26.

² F. Ost, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, 2004, p. 42.

³ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., Anthologie du droit, 2014, p. 487.

⁴ F. Génay, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, préf. Saleilles, LGDJ, 1919, t. 1, p. 149.

⁵ *Ibid.*

droit incertain. Là où il y a le libre arbitre du juge, il n'y a pas de certitude, pas de solution préconçue, aucun espoir pour une prévisibilité parfaite des solutions. Mais c'est d'une glorieuse incertitude dont il s'agit. Il y a une belle incertitude dans la réalisation du droit. Cette incertitude est la marque d'un droit qui reconnaît ses propres limites ; qui n'ignore pas qu'il aura toujours besoin de prendre appui sur le juge. Il ne faut pas s'en plaindre mais s'en réjouir ou, à défaut, s'en accommoder¹ : « le droit n'est pas cet absolu dont souvent nous rêvons »². « Troublé dans ses origines, vacillant dans sa force, incertain dans son application, toujours tourmenté – ce n'est pas la coulée de bronze que décrivent les juristes dogmatiques »³. Il compose avec ses propres lacunes, avec « un pathétique propre qui réside en ce que, avec des hommes faillibles, il tend à faire une société aussi bonne que possible »⁴. Le libre arbitre du juge permet de maintenir un équilibre en servant d'instrument à une réalisation éclairée qui, ouverte aux besoins de chaque cause, donne au droit les moyens de parvenir à la justice, sa finalité ultime. « C'est pas rigoureux notre système, ce n'est pas sûr, c'est subjectif. Seulement, ça a une qualité extraordinaire que les mathématiques n'auront jamais quels que soient leur progrès : c'est l'humain. Et là où il n'y a plus d'humanité, effectivement il n'y a pas de droit, il n'y en a pas besoin. C'est ça notre droit »⁵.

604. Lutte contre les tentations de l'arbitraire. Pour autant, l'étude a montré qu'il faut se garder de tout angélisme ou de toute naïveté. Le libre arbitre du juge dans l'acte de juger est aussi bénéfique que dangereux car il dépend des qualités du juge lui-même. Or, « il en est des juges comme de tous les hommes. Certains sont remarquables. D'autres médiocres ou détestables »⁶. Le problème est que tous reçoivent la même part de souveraineté, laquelle peut être bien ou mal utilisée. Il faut dire que c'est une tâche particulièrement difficile que de bien

¹ Que ceux qui ne veulent pas de cette incertitude « s'en aillent faire des mathématiques », écrivait M. Villey : *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1962, p. 123.

² J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., Anthologie du droit, 2014, p. 487.

³ *Ibid.*, p. 105.

⁴ P. Hébraud, *Introduction aux études juridiques*, Soubiron, Toulouse, 1952, p. 1 : « envisagé comme science, le droit se caractérise, d'un point de vue intellectuel, par le lien constant qui doit être établi entre le sentiment de la justice qui l'inspire, et les règles techniques abstraites d'où il s'exprime, entre les solutions de détails aussi minutieuses et précises que possible et les principes philosophiques qui leur servent de fondement. Considéré comme l'art de diriger l'activité humaine, le sentiment d'imperfection et d'impuissance que laisse souvent le droit doit toujours être racheté par la conscience du but visé ; qui réside en ce que, avec des hommes faillibles, il tend à faire une société aussi bonne que possible ».

⁵ C. Atias, *De la difficulté contemporaine à penser le droit. Leçons de philosophie du droit*, PUAM, 2016, « Séminaire n° 1 : Difficultés de la pensée philosophique et droit, p. 30.

⁶ J.-L. Bergel, « Et ferez bonne justice... », in *Justice et qualité*, RRJ 2002, Cahiers de méthodologie juridique n° 17, p. 2206.

juger¹. Il faut résister à toute passion qui occulterait la plus essentielle, la passion de la justice. Or, « la passion de la justice n'est pas une passion du pouvoir »². Chaque juge doit se souvenir qu'il ne rend pas « sa justice mais la justice du peuple français »³. Lorsqu'ils cèdent aux tentations du pouvoir et abusent de leur liberté, ils trahissent la finalité même de leur intervention. Un tel comportement ne peut susciter que la réprobation car, « par nature, l'activité juridictionnelle devrait (...) être plus irréprochable que toute autre »⁴. Il n'est pas acceptable que la marge de liberté du juge soit conçue « comme un privilège, ou comme un plaisir, ou comme une revanche sociale, ou comme un agréable moyen de soumettre ou d'humilier »⁵. Parce que « tout abus du juge est intolérable »⁶, l'arbitraire doit être combattu avec rigueur et vigueur. L'acte de juger doit s'inscrire dans un cadre contraignant pour le juge, un cadre qui doit permettre d'éviter l'apparition de l'arbitraire tout en laissant s'exprimer l'art de juger.

605. Besoin de méthode. Au-delà de tous les aspects techniques qui régissent le travail juridictionnel, le cœur de la contrainte doit être méthodologique. La méthode est l'expression de la raison. « Par là elle s'oppose à l'instinct, à l'intuition et à la fantaisie, qui mènent la pensée de la plupart des gens. La méthode est soumission à la logique, donc une discipline, un effort sur soi »⁷. C'est le meilleur moyen de contenir le risque d'arbitraire car elle inscrit ce travail dans une logique structurante qui garantit la rigueur du raisonnement judiciaire : la méthode est une contrainte. Il en va là de l'intérêt du justiciable mais aussi du juge lui-même⁸. L'exigence de méthode est un acquis constant qui s'exerce « indépendamment de l'espèce qui est soumise au juge »⁹. C'est une façon de toujours lui rappeler que la mise en œuvre du droit ne pourra jamais se réduire à une expression de ses sentiments ou à ses humeurs¹⁰, qu'il lui

¹ V. le sévère conseil que donnait le Chancelier Michel de L'Hospital au cours d'un discours prononcé au Parlement de Rouen : « si ne vous sentez pas assez forts et justes pour commander vos passions, et aimer vos ennemis selon que Dieu commande, abstenez-vous de l'office de juges ». Chancelier Michel de L'Hospital, *Discours devant le Parlement de Rouen*, le 17 août 1583.

² N. Cayrol, « La saisine du juge », in Mél. G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 110.

³ G. Bolard, « L'impartialité au risque de la loi ? », JCP G 2015, 1085.

⁴ G. Bolard, « De la responsabilité pénale du juge », JCP G 2005, doctr. 190.

⁵ J.-L. Bergel, « Le juge et l'avocat », in Mél. P. Draï, Dalloz, 2000, p. 22.

⁶ J.-L. Bergel, « Et ferez bonne justice... », *loc. cit.*

⁷ F. Grua et N. Cayrol, *Méthodes des études de droit*, Dalloz, coll. « Les méthodes du droit », 4^e éd., 2017, p. 1.

⁸ En ce sens : Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, préf. G. Vedel, (1972), LGDJ, Anthologie du droit, 2014, p. 21.

⁹ *Ibid.*, p. 25 : « ainsi sommes-nous convaincus : la première tâche du juge est un travail de mise en ordre, d'intégration des données concrètes de l'espèce à un système qui préexiste ».

¹⁰ P. Roubier, « Préface », IX, in H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, (1948), Dalloz, rééd. 2002 : Il ne faut pas croire « qu'il n'y a ni règles ni principes dans la matière, que tout relève de l'intuition directe du juge, laquelle pourrait bien être souvent une manifestation de jugement arbitraire, c'est-à-dire le contraire même du droit ».

faut faire preuve d'une rigueur implacable pour bien juger¹. « De toutes les fonctions sociales, la Magistrature est celle qui exige la plus vaste réunion de qualités et de vertus »². Dès lors, « il ne faut pas se résigner aux magistrats qui revendiquent le droit d'être des hommes comme les autres. Il faut des qualités exceptionnelles pour être chirurgien. Il faut des qualités exceptionnelles pour être juge. Pas un manque d'humanité. Un surcroît d'humanité, au contraire, qui permet au juge comme au chirurgien de faire passer sa propre sensibilité au second plan, de conserver la tête froide et de rester rationnel, au service des autres »³. La différence entre un bon et un mauvais juge tient à la façon de répondre à ce besoin. Le bon juge domine son action par la logique et l'enchaînement des raisonnements. Le mauvais se laisse aller aux caprices et à l'indolence.

606. Défense du syllogisme. Parce qu'il met en œuvre ce besoin de méthode, le modèle syllogistique permet d'aboutir à un encadrement efficace du libre arbitre du juge. Le syllogisme n'est pas un instrument rhétorique qui intervient au moment de la mise en forme du jugement pour convaincre autrui de la pertinence des solutions qu'il renferme. C'est bien plus que cela. Il ne procède pas simplement « d'une logique de contrôle »⁴ du jugement mais d'une logique de structuration. Il permet d'ancrer l'activité du juge dans une recherche permanente de rationalité. Il rappelle que « c'est la règle de droit qui donne au raisonnement du juge, en fait et en droit, l'objectivité et l'exactitude, si faire se peut, nécessaires au justiciable »⁵. Elle construit un schème de pensée propre à faire naître un *habitus*, un *hexis*, au sens philosophique du terme. Il forme une « un mode d'être »⁶, une disposition d'esprit. Il

On retrouve cette idée dans son ouvrage *Théorie générale* du droit où le doyen Roubier écrit : « Il est indéniable, nous l'avons dit, que le juge joue un rôle de premier ordre dans la mise en œuvre du droit. Mais cela ne signifie pas du tout que le juge soit libre de créer, dans chaque cas particulier, une règle spéciale ; l'autorité des règles de droit existe pour lui comme pour tout le monde ; il est lié par le droit, comme pour le sont les particuliers ». V. P. Roubier, *Théorie générale du droit*, (1951), préf. D. Deroussin, Dalloz, 2^e éd., 2005, n° 9, p. 85.

¹ Cette rigueur doit s'apprendre et s'enseigner comme une matière à part entière. Il n'est pas normal que la méthodologie juridique ne figure pas davantage dans les plaquettes pédagogiques des Facultés de droit. C'est, là encore, un enseignement de Motulsky : « la méthode doit conquérir son droit de citer dans la science juridique ». V. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodiques du droit privé*, (1948), préf. P. Roubier, Dalloz, rééd. présentée par M.-A. Frison-Roche, 2002, n° 1, p. 1.

V. en ce sens : P. Blondel, « Motulsky c'est une lumière, celle qui conduit, inspire et illumine », JCP G 2012, 39, Entretien.

Pour une réflexion sur le raisonnement juridique, v. : G. Samuel, « Qu'est-ce que le raisonnement juridique », in Mélanges J.-L. Bergel, Bruylant, 2013, pp. 449.

² P. Fabreguettes, *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, LGDJ, 1914, p. 3.

³ V. Bolard, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé*, Th. Paris I, 2006, n° 256, p. 467.

⁴ R. Perrot, « Rapport de synthèse », in *La logique judiciaire*, Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, PUF, 1969, n° 21, p. 147.

⁵ G. Bolard, « L'impartialité du juge au risque de la loi ? », JCP G 2015, 1085.

⁶ La formule est de Saint-Thomas d'Aquin qui a développé la notion d'*habitus* comme la base de sa morale des vertus : V. *Somme Théologique*, Ia IIae. Pour lui, les *habitus* sont des qualités : « l'*habitus* est ce par quoi un être

crée un savoir en rétention qui finit par déterminer instinctivement le raisonnement du juge ; Jusqu'à devenir une « seconde nature en même temps qu'un acquis professionnel “codé en dur” comme diraient les informaticiens »¹.

607. Le syllogisme comme guide du juge. Si, à une époque où la fonction de juger est au cœur d'une réflexion intense, le syllogisme doit être défendu, c'est à la condition qu'il soit perçu à sa juste valeur. Il faut défendre un syllogisme réaliste, non dogmatique. Motulsky, dont la pensée, profonde et subtile, s'accommode mal des présentations simplistes, avait lui-même conscience des limites du syllogisme. Il n'a pas proposé une méthode infaillible de jugement mais les « principes » d'une réalisation méthodique. Il était préoccupé, comme Gény du reste, par la recherche d'un équilibre entre la nécessité de reconnaître au droit son autorité et la nécessité de l'adapter aux besoins de la vie sociale². Il n'a jamais prétendu que le syllogisme conduisait à instaurer une réalisation du droit purement mécanique, en tout point prévisible, ne laissant au juge aucune marge de liberté. « Il est évident, écrivait-il que la déduction syllogistique ne peut suffire, ni pour élaborer le Droit, ni pour déterminer le contenu de ses règles, ni enfin, pour fournir toute faite la solution des conflits »³. Il voyait dans le syllogisme une manière « de conduire la pensée »⁴ susceptible de créer, à force de répétitions, un « automatisme mental »⁵ pour le juge. Le syllogisme n'est pas un carcan⁶ mais un guide qui inscrit l'acte de juger dans une exigence de méthode.

C'est parce qu'il n'est qu'un guide que le syllogisme judiciaire, ce porteur de rationalité, ne remet pas en cause la sphère de liberté dont doit bénéficier le juge pour remplir sa mission. Au contraire, il en permet la pleine expression. Il accompagne l'exercice du libre arbitre sans l'étouffer. Osons rappeler à ceux qui y voient un mécanisme d'asservissement du juge qu'un

est bien ou mal disposé, ou par rapport à soi ou à l'égard d'autre chose; ainsi la santé est un habitus ». Il ajoute : « Les *habitus* sont ce qui nous fait réagir bien ou mal dans les passions ».

¹ D. de Bechillon, « Observations sur la motivation des arrêts », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, JCP G 2016, n° spécial, suppl., p. 35.

² V., soulignant le fait que Motulsky est resté dans « l'entre-deux » : M.-A. Frison-Roche, « Avant-propos », in H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, préf. P. Roubier, 1948, Dalloz, rééd. 2002. L'auteur écrit : « Motulsky se situe entre le pur normativisme allemand, où tout est déduit, et le pragmatisme anglo-américain où tout est induit ». En cela, il montrait « une réconciliation conceptuelle des systèmes de droit ».

³ H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, préf. P. Roubier, 1948, Dalloz, *op. cit.*, n° 49, p. 48.

⁴ *Ibid.* : « la méthode (...) organise la matière ; elle ne la construit pas. Il ne s'agit plus, ici, du contenu du Droit, ni de la légitimité sociale d'une solution : il s'agit uniquement de la façon de conduire la pensée (...) ».

⁵ *Ibid.*

⁶ Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, préf. G. Vedel, (1972), LGDJ, Anthologie du droit, 2014, p. 59. Pour l'auteur, le syllogisme joue un rôle important mais il n'est pas « un carcan qui entrave la libre recherche du juge ».

tel dessein est nécessairement voué à l'échec. Il en est ainsi car la méthode aussi nécessaire soit-elle au travail du juge ne sera jamais la panacée : elle est nécessaire mais pas suffisante. « Le droit ne peut pas être entièrement placé sous l'empire de la raison, parce qu'on lui demande de servir la justice et que la justice n'est pas seulement affaire de raison. La part de l'instinct et du cœur y est grande (...). À la différence des mathématiques, le droit est rarement réductible à une épure »¹.

Le syllogisme est l'instrument de la mise en œuvre d'une façon de juger qui éloigne « le spectre de l'irréflexion »² et évite que le juge ne s'abandonne à l'arbitraire. C'est « la base de la logique juridique »³ sur laquelle le libre arbitre peut s'exprimer. Au fond, c'est l'instrument nécessaire d'un entre-deux entre, d'un côté, la nécessité d'un encadrement logique de la fonction de juger et, de l'autre, le besoin de souplesse qui permet de s'approcher de la justice. Le juge est ainsi placé au centre d'une équation délicate. « Pour être à l'aise dans une science aussi complexe, aussi subtile, aussi ondoyante que la science juridique, et surtout la science juridique appliquée, il ne faut pas seulement une raison saine ; il faut aussi une raison souple, un mélange de jugement solide et de raisonnement ingénieux, beaucoup d'ouverture d'esprit pour saisir les idées générales et beaucoup de minutie pour descendre jusqu'aux extrêmes nuances des idées particulières, un attachement très ferme aux principes et un certain faible pour les exceptions, un grand fond de logique et des inconséquences »⁴. C'est toute la complexité du travail du juge : il lui faut allier à la rigueur d'une pensée méthodique, la subtilité d'une pensée sensible sans laquelle il ne sera jamais possible de mesurer les actions humaines.

608. Point d'équilibre. Sous ce rapport, le point d'équilibre dans le rapport du juge au droit est difficile à trouver. Le juge n'est pas une simple bouche du droit, c'est la bouche de la justice. C'est par le droit qu'il doit parvenir à la justice mais la justice ne se réduira jamais au droit. « L'empire contemporain du droit fait oublier que le droit est ordonné à la justice, qu'il n'est qu'un des moyens pour y parvenir et qu'il faut donc se défier d'un culte trop absolu du droit pour le droit. En vérité, juger consiste plus à rendre la justice en disant le droit, qu'à dire

¹ F. Grua et N. Cayrol, *Méthode des études de droit*, Dalloz, coll. « Méthode du droit », 4^e éd., 2017, p. 2.

² C. Bléry, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, préf. P. Mayer, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, n° 93, p. 68.

³ F. Grua et N. Cayrol, *Méthode des études de droit*, *op. cit.*, p. 8.

⁴ M. Sabatier, *Études et discours*, Paris, Librairie Hachette, 1911, p. 256.

le droit en rendant la justice »¹. C'est ce point d'équilibre que révèle l'étude du libre arbitre. Il ne faut pas voir dans le rapport du juge au droit un rapport de soumission mais une collaboration. Le juge sert *le* droit en même temps qu'il se sert *du* droit. Il le fait, non pour assouvir un besoin personnel ou un désir égoïste mais pour prétendre instaurer la justice parmi les hommes : au-delà du droit mais par le droit². À lui de saisir pleinement le sens de sa mission et de l'exercer de la meilleure des façons afin de « confondre dans une même pensée l'amour du droit et l'amour de la justice »³. Cette conclusion n'est rien de plus que l'application, à la fonction de juger, d'un enseignement ancien du plus illustre défenseur de la méthode : « je remarque en nous qu'une seule chose qui nous puisse donner à juste raison de nous estimer, à savoir l'usage de notre libre arbitre et l'empire que nous avons sur nos volontés »⁴.

609. Pari du juge. Cela conduit nécessairement à s'en remettre au juge et à sa faculté de comprendre l'enjeu que soulève l'usage de son libre arbitre ; à se risquer à un pari du juge sans lequel le pari de la justice⁵ serait nécessairement voué à l'échec. C'est ce pari qu'incitait à faire un grand magistrat, le président Pierre Drai. Lors d'un discours solennel de rentrée de la Cour de cassation, le président Drai avait émis le souhait « que prenne fin, dans ce pays, cette méfiance, plusieurs fois centenaire, à l'endroit du juge : celui-ci n'entend exercer aucun gouvernement dans la cité et il n'aspire qu'à être un porteur de légalité et un chercheur de vérité et de paix. Faisons-lui confiance »⁶. Mais cette confiance est une lourde charge. Elle l'honore autant qu'elle l'oblige. Il importe que les juges se montrent à la hauteur en exerçant

¹ L. Cadiet, « Justice et paix civile », Atelier *Justice et paix civile*, Colloque de l'AHJUCAF, 17 et 18 nov. 2014 : <http://www.ahjucaf.org/La-justice-dans-l-Etat-M-Loic-CADIET-professeur-a-l-Ecole-de-droit-de-la.html>

V. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. « Thémis », 2^e éd., 2013, n° 2, p. 5. L'expression est employée avec prudence mais semble à l'analyse bien représentative de l'office du juge.

² En ce sens, nous souscrivons plus à la position de Saleilles qu'à celle de Gény : v. *supra* n° 246. C'est une méthode plus prudente qui consiste à rappeler au juge que sa liberté a des limites, lesquelles lui servent de balises dans l'exercice de son libre arbitre.

Une autre formule, du professeur Remy, nous semble intéressante : « au-delà du Code civil, par le Code civil si on le peut, contre le Code s'il le faut ». V. Ph. Rémy, « Un siècle de revue trimestrielle de droit civil. Cent ans de chroniques », RTD Civ. 2002, p. 665, spec. p. 673.

³ P. Fabreguettes, *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, LGDJ, 1914, p. 15.

⁴ R. Descartes, *Les passions de l'âme*, Flammarion, coll. GF, 1996, art. 152 : « pour quelle cause on peut s'estimer ».

⁵ V. T. Renoux., « Le pari de la justice », *Pouvoirs*, n° 99, 2001, p. 87. Pour l'auteur, le XIX^e siècle a été celui du pouvoir législatif, le XX^e siècle celui de l'exécutif, et le XXI^e siècle doit être celui de la justice.

⁶ P. Drai, « Prières à nos juges. Prières pour nos juges », Discours prononcé à l'occasion de l'audience solennelle du 8 janvier 1990.

leur fonction avec toute la rigueur qu'elle requiert : « en tout, méritez la confiance, placée en vous. En tout, soyez crédibles »¹ leur conseillait Pierre Draï dans un autre discours.

610. Sort de Bridoye. C'est aussi cette confiance vigilante envers le juge et son libre arbitre que reflète l'histoire du juge Bridoye. Cette histoire a finalement une morale. Les méthodes de ce juge dérangent. Mais il n'est pas un juge capricieux ou despotique abandonnant le sort de ses plaideurs aux aléas d'un lancé de dés. Il employait utilement son libre arbitre. Il le mettait au service de la Justice pour œuvrer à l'élaboration de bons jugements. En cela, Bridoye force l'admiration. Lorsqu'il juge, il le fait bien. Il tranche les litiges « à l'endroit exact »² et n'en laisse rien subsister. Il exprime ainsi son art de la solution. Bridoye n'est ni fou, ni absurde. Malgré tout ce dont on affuble, Bridoye est un bon juge. Or, on excuse bien volontiers les travers et les faiblesses de ceux qui, comme lui, se montrent à la hauteur de leur lourde tâche. C'est ce que suggère la suite - et la fin - de l'histoire de Bridoye. Ironie du sort, le juge Bridoye a fini par être lui-même jugé. Lorsque la Cour de Myrelingues eut fini de l'écouter, Trinquamelle se tourna vers Pantagruel, « prince très auguste », pour lui demander de le juger pour son usage des dés. Pantagruel hésita un temps mais il finit par accepter. Contre toute attente, il décida de l'excuser. Il répondit, avec beaucoup de clarté, qu'il reconnaissait en Bridoye plusieurs qualités. La première était la vieillesse ; la deuxième, la simplicité. La troisième était la qualité de ses décisions. Pantagruel expliqua qu'il ne voyait finalement pas grand-chose à lui reprocher :

« cette unique faute doit être annulée, éteinte et engloutie dans la mer immense de tant d'équitables sentences qu'il a prononcées par le passé, et qu'on ne l'a pas vu, en quarante ans et plus, commettre d'acte répréhensible. C'est comme si dans le lit de la Loire, je jetais une goutte d'eau de mer ; cette unique goutte, personne ne la sentirait, personne ne dirait la Loire salée »³.

¹ P. Draï, « Ce n'est pas la règle qui nous garde, c'est nous qui gardons la règle », Discours prononcé à l'occasion de l'audience solennelle du 6 janvier 1993.

² V. *supra* nos 323 et 323.

³ F. Rabelais, *Le Tiers livre*, (1546), « Comment Pantagruel met Bridoye hors de cause en ce qui concerne les jugements rendus suivant le hasard des dés », éd. du Seuil, 1973, p. 400-401.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux, ouvrages spéciaux, monographies

II. Manuels, traités et cours

III. Thèses et mémoires

IV. Articles de périodiques, articles issus de monographies, recueils d'articles

V. Articles de mélanges

VI. Notes, commentaires, observations, conclusions

I. Ouvrages généraux, ouvrages spéciaux, monographies

-ARNAUD (A.-J.), *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969.

- *Les juristes face à la société, du XIXe siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975.

-ASPIRO SEDKY (J.), BRETT (R.), MICHEL (A.) ET THIEBAUT (N.) (dir.), *Les politiques jurisprudentielles*, Mare et Martin, coll. Presses Universitaires de Sceaux, 2015.

-ATIAS (C.), *Théorie contre arbitraire. Éléments pour une théorie des théories juridiques*, PUF, 1987.

- *Précis de contentieux contractuel*, PUAM, 2^e éd., 2003.
- *De la difficulté contemporaine à penser le droit. Leçons de philosophie du droit*, PUAM, 2016, PUAM, 2016.

-AZZI (T.) ET BOSCOVIC (O.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, 2015.

-BARANES (W.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et alii, *La justice : l'obligation impossible*, éd. Autrement, coll. « Nos valeurs », 1994.

-BASTARD (B.), DELVAUX (D.), MOUHANNA (C.) ET SCHOENAERS (F.), *Justice ou précipitation. L'accélération du temps dans les tribunaux*, PUR, coll. « L'univers des normes », 2016.

-BATAILLE (S.), *Bien décider, Les trois déclis pour oser faire un choix*, InterEditions, 2015.

-BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, (1764), trad. A. Fontana et X. Tabet, préf. X. Tabet, Gallimard, Bibliothèque de philosophie, 2015.

-BENTHAM (J.), *Théorie des peines et des récompenses. Traité des preuves judiciaires*, Bruxelles, 3^e éd., Société belge d'édition, 1840.

-BORGETTO (M.), GARAPON (A.) ET HEUZE (V.) (dir.), *Le traitement juridique et judiciaire*

de l'incertitude, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008.

-BOSKOVIC (O.) (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare et Martin, coll. Droit privé et science criminelle, 2012.

-BOUCHER (P.), *Qu'est-ce que l'interprétation juridique*, Vrin, Chemins philosophiques, 2013.

-BOURSIER (D.), *La décision artificielle*, PUF, 1995.

-BRUGUIERE (J.-M.), *Les contrats de la propriété intellectuelle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2013.

-CACHARD (O.), LICARI (F.-X.) ET LORMANT (F.), *La pensée de François Gény*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013.

-CADIET (L.), *Découvrir la justice*, Dalloz, 1997.

-CADIET (L.) ET AMRANI-MEKKI (S.) (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Economica, 2015.

-CADIET (L.) ET RICHER (L.), *Réforme de la justice et réforme de l'Etat*, Paris, PUF, 2003.

-CANIVET (G.), FRISON-ROCHE (M.-A.) ET KLEIN (M.) (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, 2005.

-CARBASSE (J.-M.) ET DEPAMBOUR-TARRIDE (L.) (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999.

-CARBONNIER (J.), *Essai sur les lois*, 2^e éd., Répertoire du notariat Defrénois, 1995.

- *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Anthologie du droit, 10^e éd., 2014.
- *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, coll. « Le Forum », 1996.

- CARPENTIER (J.), *L'émergence des droits de l'homme en Europe : anthologie de textes*, éditions du Conseil de l'Europe, 2001, p. 40.
- CATALA (P.), *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, PUF, 1^{re} éd., 1998.
- CEDRAS (J.), *La Justice pénale aux Etats-Unis*, Economica, PUAM, 1990.
- CHASSAGNARD-PINET (S.) ET HIEZ (D.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007.
- CLAM (J.) ET MARTIN (G.) (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998.
- CONSTANT (B.), *Ecrits politiques*, (1849), Gallimard, coll. « Folio », 1997.
- *De la force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier*, (1796), préf. P. Raynaud, éd. Champs classiques, 2013.
- CORNU (G.), *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998.
- COUFFIGNAL (L.), *Les machines à penser*, Éditions de Minuit, 1952.
- CRUET (J.), *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908.
- DE CORAS (J.), *Des parties et office d'un bon et entier juge*, Lyon, 1605.
- DE LA BIGOTIERE DE PERCHAMBAULT (R.), *Du devoir des juges et de tous ceux qui sont les fonctions publiques*, (1693), 4^e éd., Paris, Chez Antoine Dezallier, 1695.
- DE PAGE (H.), *À propos du gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, Paris, Sirey, 1931.
- DE TREMBLAY (J.), *Essai sur l'idée d'un parfait magistrat. Ou l'on fait voir une partie des obligations des juges*, Paris, Chez Pierrz Embry, 1701.
- DRAGO (G.), FAUVARQUE-COSSON (B.) ET GORE (M.) (dir.), *L'accès au juge de cassation*, Société de législation comparée, coll. Colloques, vol. 26, 2015.
- DWORKIN (R.), *L'empire du droit*, trad. E. Soubrenie, PUF, 1994.
- ENRIQUEZ (M.), *Aux carrefours de la haine*, Broché, 1986.
- ERRERA (R.), *Et ce sera justice... Le juge dans la cité*, Gallimard, Le débat, 2013.
- FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction au droit*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 3^e éd., 2016.
- FAVRE-ROCHEX (A.) ET COURTIEU (G.), *Le droit du contrat d'assurance terrestre*, préf. H. Groutel, LGDJ, Coll. Droit des affaires, Paris, 1998.
- FERRAND (F.), *Cassation française et révision allemande*, préf. S. Guinchard, PUF, 1993.
- FLISE (L.) ET JEULAND (E.), *Le procès civil est-il encore la chose des parties ?*, IRJS éd., Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne- André Tunc, 2015.
- FONDATION FREDRICK R. BULL, *Intelligence artificielle et bon sens*, Masson, 1997.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, coll. « Droit et Economie de la Régulation », Dalloz, Presses de Sciences Po, 2004.
- FRYDMAN (B.), *Les transformations du droit moderne*, éd. Story scientia, 1999.
- FRYDMAN (B.), *Le sens des lois*, 2^e éd., 2007, Bruylant, LGDJ.
- GARAPON (A.), *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2010.
- GARAPON (A.) ET SALAS (D.) (dir.), *Imaginer la loi. Le Droit dans la littérature*, Michalon, Le bien commun, 2008.
- GARAPON (A.), ALLARD (J.) ET GROS (F.), *Les vertus du juge*, Dalloz, 2008.
- GÉNY (F.), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, préf. Saleilles, LGDJ, 2 tomes, 1919.
- *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1924.
- GRAU (E. R.), *Pourquoi j'ai peur des juges. L'interprétation du droit et principes juridiques*, éd. Kimé, 2014.
- GRUA (F.) ET CAYROL (N.), *Méthode des études de droit*, Dalloz, coll. « Méthode du droit », 2017.
- HAENEL (H.) ET FRISON-ROCHE (M.-A.), *Le juge et le politique*, PUF 1998, p. 198.
- HAMMJE (P.), JANICOT (L.) ET NADAL (S.) (dir.), *L'efficacité de l'acte normatif. Nouvelle norme, nouvelles normativités*, Lextenso, LEJEP, 2013.
- HARNAY (S.), MARCIANO (A.) ET POSNER (R. A.), *L'analyse économique du droit*, éd. Michalon, 2003.
- HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, PU Saint-Louis, 1976.
- HERON (J.), *Principes de droit transitoire, Philosophie et théorie générale du droit*, Dalloz, 1996.
- HUSSON (L.), *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, 1974.
- *Les trois dimensions de la motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978.

- JACOB (R.), *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, PUF, 2014.
- JAMIN (C.), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, coll. « Droit et Économie », 2008.
- JAMIN (C.), AUDREN (F.) ET BLOQUET (S.), *Lettres de François Gény à Raymond Saleilles. Une trajectoire intellectuelle 1892-1912*, LGDJ, 2015.
- JEANNEAU (B.), *Le traitement de l'équité en droit français*, Trav. et rech de l'Institut de droit comparé de Paris, tome XXXIII, 1970.
- JESTAZ (P.), *Le droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 9^e éd., 2016.
- JESTAZ (P.) ET JAMIN (C.), *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthode du droit », 2004.
- JHERING (R. VON), *L'esprit du droit romain*, (1880), trad. O. de Meulenaere, Maresq, Paris, 1887.
- La lutte pour le droit, (1872), présentation de O. Juanjan, Dalloz, 2006.
- JOUSSE (D.), *Traité de l'administration de la justice*, Paris, Debure, 1771.
- KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, 2e éd., 1999, LGDJ.
- KIRAT (T.) ET SERVERIN (E.) (dir.), *Le droit dans l'action économique*, CNRS éd., 2000.
- KRYNEN (J.) (dir.), *L'élection des juges. Etude historique française et contemporaine*, Paris, PUF, 1999.
- *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, Bibliothèque des histoires, 2009.
 - *L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard, coll. Bibliothèque des Histoires, 2012.
- KLEIN (J.-P.), *L'Art-thérapie*, coll. Que sais-je ?, PUF, Paris, 1997.
- KOJEVE (A.), *Introduction à la lecture de Hegel*, Paris, Gallimard, 1947.
- *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1982.
- LASSERRE (V.), *Le nouvel ordre juridique*, préf. F. Terré, LexisNexis, 2015.
- LEMOYNE (Y.), *Le complot des juges*, éd. Du Félin, 1993.
- LENOBLE (J.) (dir.), *La crise du juge*, Colloque du Centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain, LGDJ et Story Scientia, 1991.
- LEVY-BRHUL (H.), *La preuve judiciaire*, Paris, éd. Marcel Rivière et Cie. 1965.
- LONG (M.) ET J.-C. MONIER (J.-C.), *Portalis - L'esprit de justice*, Michalon, Paris, 1997.
- MALAURIE (P.), *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas, 1996.
- *Droit et littérature : une anthologie*, Cujas, 1997.
- MASSON (J.-P.), *Le droit dans la littérature française*, Bruylant, 2007.
- MATHIEU (B.), *Justice et politique, la déchirure ?*, LGDJ, Lextenso édition, 2015.
- MEKKI (M.), CADIET (L.) ET GRIMALDI (C.) (dir.), *La preuve, regards croisés*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2015, p. 7.
- MENURET (J.-J.) ET REIPLINGER (C.), *La collégialité, valeurs et significations en droit public*, Bruylant, 2012.
- MERILHOU (F.), *Les parlements de France- Leur caractère politique depuis Philippe le Bel jusqu'en 1789*, Paris, 1863.
- MICHELE (H.) ET WILLEMEZ (L.), *La justice au risque des profanes*, PUF, 2007.
- MONTESQUIEU, *Les Lettres Persanes*, (1741), éd. Garnier-Flammarion, 1995.
- *De l'esprit des lois*, (1748), éd. Garnier-Flammarion, 1979.
- MORET-BAILLY (J.) ET TRUCHET (D.), *Droit des déontologies*, PUF, Thémis droit, 2016.
- OGUS (A.) ET FAURE (M.), *Economie du droit : le cas français*, éd. Panthéon Assas, 2002.
- OPPETIT (B.), *Droit et modernité*, PUF, Doctrine juridique, 1998.
- OST (F.), *L'amour des lois*, PU Laval et l'Harmattan, 1996.
- *Raconter la loi, Aux sources de l'imaginaire juridique*, Odile Jacob, 2004.
 - *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, 2^e éd., 2012.
- OST (F.) ET VAN DE KERCHOVE (M.), *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF., 1992.
- OST (F.), VAN EYNDE (L.), GERARD (P.) et alii, *Lettres et lois : le droit au miroir de la littérature*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2001.
- PARODI (C.), *L'esprit général et les innovations du Nouveau Code de procédure civile*, Répertoire du notariat Défrénois, 1976.
- PERELMAN (C.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968.
- *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1976.
- PERRIN (J.-F.), *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Librairie Droz, 1979.
- PORTALIS (J.-E.-M.), *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, (1801), préf. M.

Massenet, éd. Confluences, 2004, coll. Voix de la cité.

-POSNER (R. A.), *Droit et littérature*, PUF, 1996.

-Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, *La preuve*, éd. de la librairie encyclopédique, Bruxelles, 1965.

-RENOUX (TH. S.), *Le Conseil constitutionnel et la collégialité*, XXI^e colloque des IEJ, Toulon, mai 1995, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1996, p. 113.

-RENOUX-ZAGAME (M.-F.) (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 2002.

-RIBAUD (O.), *Police scientifique : le renseignement par la trace*, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2014.

-RICOEUR (P.), *Le conflit des interprétations. Essais d'herméneutique*, éd. du Seuil, Paris, 1969.

-RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949.

- *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949.

- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1955.

-ROLAND (H.) ET BOYER (L.), *Adages du droit français*, LexisNexis, 4^e éd. Paris 1999.

-ROMMEL (G.), *L'art de juger. A l'écart de Montesquieu*, éd. Bruylant, 2008.

-ROUSSEL (A.), *Le bon juge*, Thomery, L'arbre verdoyant, 1983.

-SAINT-PIERRE (F.), *Au nom du peuple français. Jury populaire ou juges professionnels ?*, Odile Jacob, 2013.

-SALAS (D.), *Les 100 mots de la Justice*, PUF, « Que sais-je ? », 2011.

- *La plume et le prétoire, Quand les écrivains racontent la justice*, La documentation française, 2014.

- *Le courage de juger*, Bayard, 2014.

SALEILLES (R.), *L'individualisation de la peine*, Alcan, Paris, 1898.

-SERIAUX (A.), *Droit et loi dans la pensée d'Aristote et de Saint-Thomas d'Aquin. La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique : droit et loi*, Actes du 5^e colloque de l'Association Française de Philosophie du Droit, 22 et 23 mai 1985, Aix-en-provence, PUAM, 1987.

-SOBOUL (A.), *La Civilisation et la Révolution française*, Paris, Arthaud, 1978.

-TERRE (F.), *Regards sur le droit*, Dalloz, 2010.

- *Dictionnaire insolite du droit*, LGDJ, 2016.

-TROPER (M.), *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, coll. Léviathan, 2001,

- *La philosophie du droit*, PUF, « Que sais-je ? », 4^e éd., 2015.

-VAN GERVEN (W.), *La politique du juge : essai sur la mission du juriste dans la société*, trad. Par M.-F. Rigaud et B. Dejemeppe, Bruxelles, Swinnen, 1983

-VILLEY (M.), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1962.

- *Philosophie du droit*, Dalloz, 1986, 4^e éd., t. II, p. 229.

-VIZIOZ (H.), *Études de procédure*, éd. Brière, 1956.

-ZENATI (F.), *Le juge et l'équité*, Annales de la Faculté de Droit de Lyon, L'Hermès, 1985.

- *La jurisprudence*, Dalloz, 1990.

-ZOLLER (E.), *Grands arrêts de la Cour suprême des USA*, PUF, 2000.

II. Manuels, traités et cours

-ALBIGES (C.), *Introduction au droit*, Larcier, coll. « Paradigme », 2^e éd., 2015.

-AMRANI-MEKKI (S.) et STRICKLER (Y.), *Procédure civile*, coll. « Thémis droit », PUF, 2014.

-BACHELIER (X.), JOBARD-BACHELIER (M.-N.) et J. BUK LAMENT, *La technique de cassation – Pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 8^e éd., 2013.

-BATTIFOL (H.), *Philosophie du droit*, PUF, col. Que sais-je ?, 10^e éd., 1997.

-BENABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11^e éd, Domat, LGDJ, 2015.

-BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis droit, 2^e éd., 2016.

- *Théorie général du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 5^e éd., 2012.

- BORE (J. ET L.), *La cassation en matière civile*, Dalloz Action, 2015/2016, n° 71.23.
- BOUZAT (P.), *Traité théorique et pratique du droit pénal*, Dalloz, 1951.
- CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.) ET REVET (T.) (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, 11^e éd., Dalloz, 2011.
- CADIET (L.) ET JEULAND (J.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9^e éd., 2016.
- CADIET (L.), NORMAND (J.) ET AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, PUF, « Thémis droit », 2^e éd., 2013.
- CAMBIER (C.), *Précis de droit judiciaire civil*, Tome. 1^{er}, Bruxelles, 1974.
- CARBASSE (J.-M.), *Introduction historique au droit*, PUF, 6^e éd., 2015.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil. Introduction*, (1955), PUF, coll. « Thémis droit privé », 27^e éd., 2002.
- CARRE (G.-L. J.) ET CHAUVEAU (A.), *Lois de la procédure civile et commerciale*, LGDJ, Marchal et Billard, 5^e éd., 1886.
- CAYROL (N.), *Droit de l'exécution*, 2^e éd. LGDJ, coll. « Précis Domat », 2016.
- CHAINAIS (C.), FERRAND (F.) ET GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, Dalloz, coll. « Précis », 33^e éd., 2016.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2^e éd., 2016.
- CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^e éd., 2008.
- CORNU (G.), *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Cours de DEA de droit privé, Paris II, 1970-1971.
- *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 3^e éd., 2005.
 - *Droit civil. Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2007.
- CORNU (G.) ET FOYER (J.), *Procédure civile*, 3^e éd., PUF, coll. Thémis droit privé, 1996.
- DEBBASCH (C.) ET RICCI (J.-C.), *Contentieux administratif*, Dalloz, 8^e éd., 2001.
- DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. 1, Paris, 1923.
- *Les Notions Fondamentales du Droit privé. Essai critique*, (1911), Editions La mémoire du droit, 2001, p. 220.
- DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon*, Paris, Durand / Hachette et Cie, 1854, Tome 1, pp. 125-126.
- DESPORTES (F.) ET GUNEHÉC (F. LE), *Droit pénal général*, Économica, coll. « Corpus Droit privé », 16^e éd., 2009.
- DESPORTES (F.) ET LAZERGUES-COUSQUER (L.), *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., Economica, 2015.
- DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, 3^e éd., LGDJ, 2015.
- DREYER (E.), *Droit pénal général*, Litec, 4^e éd., 2016.
- DREYER (E.) ET MOUYSSSET (O.), *Procédure pénale*, LGDJ, coll. « Cours », 2016.
- DUGUIT (L.), *Manuel de droit constitutionnel*, éd. Panthéon Assas, Albert Fontemoing, Paris, 1907.
- DUVERGER (F.), *Manuel des juges d'instruction*, I, 3^e éd., Paris, 1862.
- FAVOREU (L.) (dir.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Précis », 16^e éd., 2014.
- FRICERO (N.) ET JULIEN (P.), *Procédure civile*, LGDJ, Lextenso éd., 5^e éd., 2014.
- FRYDMAN (B.) ET HAARSCHER (G.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 2002.
- GABOLDE (C.), *Pratique du contentieux administratif*, Dalloz professionnel, 2015.
- GARRAUD (R.) ET GARRAUD (P.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, Tome III, 1912.
- GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) ET FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil, introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994.
- GLASSON (E.) ET TISSIER (A.), *Traité théorique et pratique de l'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, T.II., 3^e éd., Sirey, 1926.
- GIUDICCELLI-DELAGE (G.), *Institutions judiciaires et juridictionnelles*, Paris, PUF, 2^e éd., 1993.
- GUINCHARD (S.) (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 9^e éd., 2017/2018.
- GUINCHARD (S.) ET ALII, *Droit processuel*, Dalloz, Précis, 8^e éd., 2015.
- GUINCHARD (S.) ET BUISSON (J.), *Procédure pénale*, Litec, coll. Manuel, 6^e éd., 2010.
- HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996.
- HAURIOU (M.), *Les éléments du contentieux administratif*, Rec. Législ. Toulouse, 1905.
- HERON (J.) ET LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, LGDJ, Lextenso, 6^e éd., 2015.
- JEULAND (E.), *Droit processuel général*, Montchrestien, 3^e éd., 2014.
- JOBARD-BACHELIER (M.-N.), BACHELIER (X.) ET BUK LAMENT (J.), *La technique de*

cassation, Dalloz, coll. « Méthode du droit », 8^e éd., 2013.

-JOURDAIN (P.) ET VINEY (G.), *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd., 2010.

-LEFORT (C.), *Procédure civile*, Dalloz, 5^e éd., 2014.

-LE TOURNEAU (P.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2014-2015.

-LEVENEUR (L.) ET LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Droit des assurances*, Dalloz, 13^e éd., Paris, 2011.

-MALAURIE (P.) ET MORVAN (P.), *Introduction au droit*, LGDJ, 6^e éd., 2016.

-MALINVAUD (P.), *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 16^e éd., 2016.

-MARTY (G.) ET RAYNAUD (P.), *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1972.

-MILLARD (E.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 2006.

-MOREL (R.), *Traité élémentaire de procédure civile*, 1^{re} éd., Sirey, 1932.

-OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Dalloz, Précis, 1999.

-PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, Montchrestien, Lextenso éditions, coll. « Domat droit privé », 15^e éd., 2012.

-PLANIOL (M.) ET RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 2^e éd., 1954.

-POTHIER (R.-J.), *Traité de la Procédure civile et criminelle*, t. 1, in Œuvres de Pothier. 5.

Œuvres posthume, 1787, Orléans et Paris, éd. Debure.

-PRADEL (J.), *Procédure pénale*, 13^e éd, Cujas, 2006.

-RIGAUDIERE (A.), *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Economica, 3^e éd., 2006.

-ROYER (J.-P.) et alii, *Histoire de la justice en France*, PUF, coll. « Droit fondamental », 5^e éd., 2016.

-STARCK (B.), ROLAND (H.) ET BOYER (L.), *Introduction au droit*, Paris, Litec, 5^e éd., 2000.

-ROUBIER (P.), *Les conflits de lois dans le temps (théorie dite de la non-rétroactivité des lois)*, Sirey, t. 1, 1929 et t. 2, 1933.

- *Théorie générale du droit*, (1951), préf. D. Deroussin, Dalloz, 2^e éd., 2005.

- *Le droit transitoire - Conflits des lois dans le temps*, 2e éd., Dalloz et Sirey, 1960, réimp. Dalloz 2008.

-SABATIER (M.), *Études et discours*, Paris, Librairie Hachette, 1911.

-SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, Sirey, 1961.

-TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, 10^e éd., 2015, Dalloz, coll. « Précis ».

-TERRE (F.), SIMLER (PH.) ET LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 2005.

-VERGES (E.), VIAL (G.) ET LECLERC (O.), *Droit de la preuve*, PUF, Thémis, 2015.

-ZENATI (F.) ET REVET (T.), *Les biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 2008.

III. Thèses et mémoires

-ASCENSI (L.), *Du principe de la contradiction*, préf. L. Cadiet, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2006.

-AKAOUI (R.), *L'exécution provisoire devant la cour d'appel : les pouvoirs du premier président. Historique et droit contemporain*, Th. Paris I, 1989.

-ALBERT (J.-C.), *Les coûts de justice incombant aux justiciables : des facteurs dissuasifs aux mécanismes favorables à ester en justice*, Th. Paris 10, 2015.

-ALBIGES (C.), *L'équité en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000.

-AMRANI-MEKKI (S.), *Le temps et le procès civil*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2002.

-ANDRE (G.), *Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles*, Th. Paris, 1910.

-BAKOUICHE (D.), *L'excès en droit civil*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2005.

-BALIAN (S.), *Essai sur la définition dans la loi*, Th. Paris II, 1986.

-BARNAUD (C.), *L'efficacité des clauses relatives au litige*, Th. Versailles-Saint-Quentin en Yveline, 2010.

-BASILE-BASHINI (G.), *La prévention des contrariétés de jugements en droit judiciaire privé*, ANRT, 2001.

-BAUGARD (D.), *La sanction de la requalification en droit du travail*, préf. Couturier (G.), IRJIS éditions, 2011.

-BELAID (S.), *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, préf. M. Villey, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, 1974.

-BEN MERZOUK (N.), *La sécurité juridique en droit positif français*, Th. Paris II, 2003.

- BERANGER (F.), *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, préf. C. Atias, PUAM, 2003.
- BERNABE (B.), *La récusation des juges : étude médiévale, moderne et contemporaine*, préf. J. Krynen, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2009.
- BERTHIER (L.), *La qualité de la justice*, Th. Limoges, 2011.
- BLANCHARD (C.), *La dispense en droit privé*, préf. P. Conte, Éditions Panthéon Assas, Thèses, 2010.
- BLERY (C.), *L'efficacité substantielle des jugements civils*, préf. P. Mayer, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000.
- BOHL (L.), *L'équité dans la jurisprudence administrative*, Th. Paris XI, 2000.
- BOLARD (V.), *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé : principes pour un exercice rationnel et légitime du pouvoir de juger*, Th. Paris I, 2006.
- BOSQUET-DENIS (J.-B.), *La distinction du droit pénal général et du droit pénal spécial*, LGDJ, Bibliothèque de sciences criminelles, 1977.
- BOUCARON-NARDETTO (M.), *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, préf. J.-B. Racine, PUAM, 2013.
- BOUCOBZA (I.), *La fonction juridictionnelle, Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Dalloz, Nouvelles bibliothèque de thèses, 2005.
- BOURSIER (M.-E.), *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003.
- BOULMIER (D.), *Preuve et instance prud'homale*, LGDJ, Bibliothèque de droit social, 2002.
- BROUILLAUD (J.-P.), *Le juge amiable compositeur*, Presses universitaires du Septentrion, 1995.
- BRUNET (C.), *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Th. Paris II, 1973.
- BRUNET (F.), *La normativité en droit*, préf. E. Picard, 2012, Mare & Martin, coll. « Bibliothèque des thèses ».
- BUISSON (S.), *Le délai raisonnable du procès dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Th. Aix-Marseille, 2001.
- CAGNOLI (P.), *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficultés*, LGDJ, 2002.
- CAPDEPON (Y.), *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préf. J.-C. Saint-Pau, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des Thèses, 2013.
- CARPENTIER (M.), *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, Institut Universitaire Varenne, Collection des thèses, 2014.
- CARTIER (E.), *Le vide juridique. Phénomène et problématique en droit public*, Mémoire Paris II, 1998.
- CAYROL (N.), *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, préf. F. Grua, Economica, coll. Droit civil, 2001.
- CERVEAU (B.), *L'assurance de protection juridique : un moyen moderne d'accès au droit et à la justice*, préf. J. Bigot, L'Argus, 1991.
- CESARO (J.-F.), *Le doute en droit privé*, préf. B. Teysié, éd. Panthéon Assas, 2003.
- CHAPUS (R.), *Responsabilité publique et responsabilité privé*, préf. Waline (M.), LGDJ, 1957.
- CLAY (T.), *L'arbitre*, préf. P. Fouchard, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2001.
- CLUZEL-METAYER (L.), *Le service public et l'exigence de qualité*, préf. J. Chevallier, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006.
- COCURAL (M.), *Études rhétorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuve en droit civil français*, Th. Toulouse, 1933.
- COLSON (R.), *La fonction de juger, étude historique et positive*, préf. L. Cadiet, Les presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2006.
- CONNIL (D.), *L'office du juge administratif et le temps*, préf. D. de Bechillon, 2012, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses.
- CORBION (L.), *Le déni de justice en droit internationale privé*, préf. Y. Lequette, PUAM, 2004.
- COURTIER (N.), *Le sort des frais et dépens de l'instance pénale*, Th. Aix-Marseille, 1993.
- CROZE (H.), *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, Th. Lyon III, 1981.
- CUIN (J.), *Les jugements par défaut devant les tribunaux civils*, Th. Toulouse, 1937.
- DALBIGNAT-DEHARO (G.), *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, préf. L. Cadiet, LGDJ, 2004.
- D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préf. Wierderkehr (G.), LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1994.

- DEFFERRARD (F.), *La suspicion légitime*, préf. F. Bussy, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000.
- DE GASTINES (L.), *Les présomptions en droit administratif*, préf. L. de Gastines, Bibliothèque de droit public, LGDJ, 1991.
- DEGUERGUE (M.), *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 171, 1994.
- DEIRMENDJIAN (E.), *La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile*, Th. Toulon, 2004.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 1977.
- DELON (D.), *La jurisprudence, source de droit*, Th. Paris II, 1980.
- DEMARCHI (J.-R.), *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, préf. C. Ambroise-Castérot, LGDJ, 2012.
- DESPREZ (F.), *Rituel judiciaire et procès pénal*, préf. D. Thomas, L.G.D.J., Bibliothèque des sciences criminelles.
- DEUMIER (P.), *Le droit spontané*, préf. J.-M. Jacquet, Economica, 2002.
- DEVEZE (J.), *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Th. Toulouse, 1980.
- DROUOT (G.), *La rétroactivité de la jurisprudence. Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, préf. C. Brenner, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Droit Privé, LGDJ, 2016.
- DUFOUR (G.), *Sécurité juridique et règles de droit – illustration en droit des contrats*, Th. Lille 2, 2005.
- DUPUIS (F.), *L'excès de pouvoir en procédure pénale*, Th. Toulouse 1 Capitole, 2013.
- FABREGUETTES (P.), *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, LGDJ, 1914.
- FAUVARQUE-COSSON (B.), *Libre disposition des droits et conflits de lois*, préf. Y. Lequette, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1996.
- FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964.
- FERRIEU (S.), *La place de l'équité dans la justice*, Mémoire de DEA de Sociologie du Droit, Paris II, 1995.
- FEVRIER (J.-M.), *Recherches sur le contentieux administratif du sursis à exécution*, préf. J.-A. Mazères, L'Harmattan, 2000.
- FISCHER (J.), *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préf. P. le Tourneau, PUAM, 2004.
- FLEURT-LE GROS (P.), *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, préf. L. Bach et P. Mayer, postface de J. Petit, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), *Généralités sur le principe du contradictoire : droit processuel*, LGDJ, Lextenso, 2014.
- FROSSARD (S.), *Les qualifications juridiques en droit du travail*, préf. J.-M. Béraud, LGDJ, Bibliothèque de droit social, 2000.
- GALLARDO (E.), *La qualification pénale des faits*, Th. Université d'Aix-Marseille III, 2011.
- GAUDEMET (Y.), *Les méthodes du juge administratif*, préf. G. Vedel, LGDJ, Anthologie du droit, 2014.
- GEONGET (S.), *La notion de perplexité à la Renaissance*, Droz, Genève, 2006, Travaux d'Humanisme et Renaissance.
- GORPHE (F.), *L'appréciation des preuves en justice, Essai d'une méthode technique*, Librairie du Recueil Sirey, 1947.
- GUILLERMET (C.-J.), *La motivation des décisions de justice. La vertu pédagogique de la justice*, préf. H. Lécuyer, L'Harmattan, 2006.
- GUITIERREZ (P.), *Défense juridique et philosophie de l'équité. Essai sur la Notion d'Équité pour le progrès du droit international*, Th. Toulouse, 1972.
- HEINICH (J.), *Le Droit face à l'imprévisibilité du fait*, préf. J. Mestre, PUAM, 2014.
- HOFFSHIR (N.), *La charge de la preuve en droit civil*, préf. S. Amrani-Mekki, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2016.
- IVAINER (T.), *L'interprétation des faits en droit. Essai d'une mise en perspective cybernétique des "lumières du magistrat"*, LGDJ, 1988.
- JACQUES (P.), *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. Chabas, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des Thèses, 2005.
- JEAMMAUD (A.), *Des oppositions de normes en droit privé*, Th. Lyon, III, 1975.
- KERNALEGUEN (F.), *L'extension du rôle des juges de cassation*, Th. Rennes I, 1979.
- KUTY (F.), *L'impartialité du juge en matière pénale : de la confiance décrétée à la confiance justifiée*, préf. P. Martens et M. Preumont, Larcier, Collections des thèses, Bruxelles, 2005.

- LAFAY (F.), *La modulation du droit par le juge*, Étude de droit privé et sciences criminelles, PUAM, 2006.
- LAGARDE (X.), *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1994.
- LAHER (R.), *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, Mare et Martin, Bibliothèque des thèses, 2017.
- LAMOUREUX (M.), *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants*, Recherche sur un possible imperium des contractants, préf. Mestre, 2006, PUAM.
- LANZARA (D.), *Les méthodes de la Cour de cassation dans la création du droit : étude à la lumière du droit des obligations*, Th. Nice, 2014.
- LAVERGNE (B.), *Recherche sur la soft law en droit public français*, préf. N. Jacquinet, LGDJ, PUT Capitoile, 2013.
- LE BALCH (V.), *Les présomptions en droit social*, A.N.R.T., 1999.
- LE BALLE (R.), *Des conventions sur le procédé de preuves en droit civil*, Th. Paris, 1923.
- LEBEAU (M.), *De l'interprétation stricte des lois*, Th. Paris II, 2003.
- LECLERC (C.), *Le renouvellement de l'office du juge administratif français*, préf. Y. Laidié, L'Harmattan, 2015.
- LE FICHANT (F.), *L'obligation de négocier en droit privé*, Th. Paris I, 1992.
- LEGEAIS (R.), *Les règles de preuve en droit civil, Permanences et transformations*, préf. R. Savatier, Paris, LGDJ, 1955.
- LELLIG (W.), *L'office du juge administratif de la légalité*, Th. Montpellier, 2015.
- LE NINIVIN (D.), *La juridiction gracieuse dans le nouveau Code de procédure civile*, Th. Rennes, 1983, Litec, n° 353.
- LESTRADE (E.), *Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. F. Mélin-Soucramanien, l'Harmattan, Logiques juridiques, 2015.
- LEVEL (P.), *Essai sur les conflits de lois dans le temps - Contribution à la théorie générale du droit transitoire*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1959.
- LIEVREMONT (C.), *Le débat en droit processuel. Contributions à une théorie générale du débat*, préf. H. Croze, PUAM, 2001
- LOQUIN (E.), *L'amiable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*, Litec, Librairie technique, 1980.
- LOUIS (D.), *La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé*, Th. Montpellier, 2014.
- MAKOWIAK (J.), *Esthétique et droit*, préf. M. Pieur, LGDJ, Bibliothèque du droit de l'urbanisme et de l'environnement, 2004.
- MALAURIE (P.), *L'ordre public et le contrat*, préf. P. Eismen, éd. Matot-Braine, 1953.
- MALHIÈRE (F.), *La brièveté des décisions de justice*, préf. D. Rousseau, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2013.
- MALPEL-BOUYJOU (C.), *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité*, préf. V. Larribau-Terneyre, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses, 2014.
- MARTY (G.), *La distinction du droit et du fait, essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Sirey, 1929.
- MARZAL YETANO (A.), *La dynamique du principe de proportionnalité : Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Th. Paris I, 2013.
- MATSUMOTO (E.), *La juridiction consulaire dans la justice de l'Ancien Régime*, Th. Paris II, 2002.
- MENETREY (S.), *L'amicus curiae, vers un principe commun de droit procédural*, préf. C. Kessedjian, Avant-propos S. Guillemard, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2010.
- MINIATO (L.), *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préf. B. Beignier, Th. Toulouse Bibl. dr. privé, LGDJ, 2008.
- MOTULSKY (H.), *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préf. P. Roubier, 1948, rééd. présentée par M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2002.
- MULLER (Y.), *Le contrat judiciaire en droit privé*, Thèse Paris I, 1995.
- MUZNY (P.), *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, préf. F. Sudre, PUAM, 2005.
- NAGOUAS-GUERIN (M.-C.), *Le doute en matière pénale*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2002.
- NASAH KUATE (M.), *La légitimité du juge*, Th. Strasbourg, 1998.
- NORMAND (J.), *Le juge et le litige*, préf. R. Perrot, LGDJ, 1965.

- OTERO (C.), *Les rébellions du juge administratif. Recherches sur les décisions juridictionnelles subversives*, Institut Universitaire Varenne, Collection des thèses, préf. G. Quintaine, Avant-propos J. Caillosse, 2014.
- OUSMANOU (S.), *Les conventions relatives au procès. Contribution à l'étude de la contractualisation de la justice*, Th. Rennes I, 1997.
- PACTEAU (B.), *Le juge de l'excès de pouvoir et les motifs de l'acte administratif*, préf. J.-M. Auby, Travaux de recherches de la faculté de Droit et de Science politique de l'Université de Clermont I, 1977.
- PAULIN (C.), *La clause résolutoire*, préf. J. Devèze, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1996.
- PENNEC (L.), *L'adage "jura novit curia" dans le procès civil, Emergence et évolution contemporaine*, Th. Toulon, 2010.
- PETIT (J.), *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2002.
- PIAZZON (T.), *La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, 2009, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat
- PIERRE-MAURICE (S.), *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Th. Strasbourg, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2003.
- PINAT (C.-S.), *Le discours de l'avocat devant la Cour de cassation. Étude de théorie du droit*, Th. Montpellier, 2015
- RACHED (A. A.), *De l'intime conviction du juge : Vers une théorie scientifique de la preuve en matière criminelle*, Th. Paris, A. Pedone, 1942.
- RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard, essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, thèse, L.G.D.J., Paris, 1980.
- RIGAUX (F.), *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, préf. J. de la Balle, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de Louvain, Bruylant, 1966.
- ROUMIER (W.), *L'avenir du jury criminel*, préf. A. Decocq, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, 2003.
- SAADOUN AL-AMIRI (S.), *Le pouvoir discrétionnaire du juge pénal*, Th. Montpellier, 2013.
- SALOMON (E.), *Le juge pénal et l'émotion*, Th. Paris II, 2015.
- SALUDEN (M.), *Le phénomène de la jurisprudence-Etude sociologique*, Th. Paris II, 1983.
- SALVAT (O.), *Le revirement de jurisprudence. Étude comparée de droit français et de droit anglais*, Th. Paris II, 1983.
- SIORAT (L.), *Le problème des lacunes en droit international*, préf. P. Couzinet, LGDJ, Bibliothèque de droit international, 1959.
- SORRENTE (J.-Y.), *La responsabilité de l'arbitre*, Th. Lyon 3, 2007.
- STRICKLER (Y.), *Le juge des référés, juge du provisoire*, Th. Strasbourg, 1993.
- TASCHER (M.), *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, Th. Université de Franche-Comté, 2011.
- TERRE (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, 1957, LGDJ, n° 685.
- THERY (P.), *Pouvoir juridictionnel et compétence*, Th. Paris II, 1981.
- TOURNIER (C.), *L'intime conviction du juge*, préf. R. Bernardini, PUAM, 2003.
- VARNEK (A.), *Le juge des requêtes, juge du provisoire*, Th. Strasbourg, 2013.
- VAUTROT-SCHWARZ (C.), *La qualification juridique en droit administratif*, préf. D. Truchet, LGDJ, Bibliothèque de droit public.
- VERGES (E.), *Les principes directeurs du procès judiciaire. Étude d'une catégorie juridique*, Th. Aix-Marseille, 2000.
- VIEU-PLANCHON (M.-H.), *Le principe de proportionnalité devant la cour de justice et le tribunal de première instance des communautés européennes*, Th. La Réunion, 2010.
- WALINE (M.), *La notion judiciaire de l'excès de pouvoir*, Th. Paris, Dalloz, 1926.
- WALTER (J.-B.), *L'espérance légitime*, préf. J.-P. Marguenaud, Institut universitaire Varenne, 2011.
- WEILLER (L.), *La liberté procédurale du contractant*, préf. J. Mestre, 2004, PUAM.
- WOLMARK (C.), *La définition prétorienne, Étude en droit du travail*, préf. G. Borenfreund, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2007.
- ZAGORI (A.), *La volonté dans la gestion des conflits*, Th. Paris-Saclay, 2015.

IV. Articles de périodiques, articles issus de monographie, recueils d'articles

- ALCARAZ (H.), « Le mariage entre personnes de même sexe dans la jurisprudence constitutionnelle étrangère », RFDA 2013, p. 986.
- AMBROISE-CASTEROT (C.), « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité », AJ pénal 2005, p. 261.
- AMRANI-MEKKI (S.) et *alii*, « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », RTD Civ. 2005, p. 293.
- « Le principe de célérité », Revue française d'administration publique, 2008/1, n° 125, p. 43.
 - « La déjudiciarisation », Gaz. Pal., 5 juin 2008, n° 157, p. 2.
 - « La convention de procédure participative », D. 2011, p. 3007.
 - « Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky ? Les droits de la défense », Procédures, mars 2012, n° 3, doss. 6.
 - « Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal, administratif) », in M. Mekki, L. Cadiet et C. Grimaldi (dir.), *La preuve, regards croisés*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2015, p. 111.
- AMSELEK (P.), « Norme et Loi », ADP 1985, p. 89.
- « À propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit », APD 1988, p. 283.
 - « La teneur indéterminée du droit », RDP 1991, n° 5, p. 1200.
- ANCEL (P.), « L'encadrement de la juridiction par le contrat », in Ancel (P.) et Rivier (M.-C.) (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p.12.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice ? », RFDA 2003 p. 85.
- ARENS (C.), « L'application du droit de la concurrence par la cour d'appel de Paris », AJCA 2016. 104.
- ASSIER-ANDRIEU (L.), « Le juge, la loi et le citoyen », in P. Mbongo (P.), *La qualité des décisions de justice*, Les études de la CEPEJ, 2007, p. 13.
- ATIAS (C.), « Au plaisir du juge...! (*Audiatur*) », D. 1999, n° 19, Dernière actualité, p. 1.
- « Crise de la motivation judiciaire », Cycle de conférence Droit et technique de cassation 2004-2005, organisé à la Cour de cassation, le 17 mai 2005.
- AUBENQUE (P.), « La loi selon Aristote », APD, 1985, p. 156.
- AUBERT (J.-L.), « Le formalisme (Rapport de synthèse) », Journée J. Flour, Defrénois, 2000, n° 15-16, art. 37213.
- « Faut-il "moduler" dans le temps les revirements de jurisprudence ?... J'en doute ! », RTD civ. 2005, p. 302.
- AYNES (L.), « Motivation et justification », RDC 2004, p. 555.
- AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.) et TERRE (F.), « Antithèse de "l'entité" », D. 1997, p. 229.
- BACH (L.) « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », RTD Civ. 1969, p. 405.
- BACHELLIER (X.), « Le pouvoir souverain des juges du fond », BICC, n° 702, 15 mai 2009, 18.
- BACHELIER (X.), JOBARD-BACHELIER (M.-N.), « Les revirements de jurisprudence », RTD civ. 2005, p. 304.
- « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », RTD civ. 2005, p. 304.
- BADINTER (R.), « Une si longue défiance », Pouvoirs, n°74, Les juges, sept. 1995, p. 7.
- BAILLY (P.), « Indemnisation et aléa judiciaire », D. 1992, chron., p. 202.
- « La collégialité est-elle morte ? », Gaz. Pal. 5 mars 1996, p. 209.
- BARANES (W.) ET FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le souci de l'effectivité du droit », D. 1996, p. 301.
- BARBIN (E.) ET MAREC (Y.), « Les recherches sur la probabilité des jugements de Simon-Denis Poisson », Histoire et Mesure, 1987, vol. 2, n° 2, p. 39.
- BARDOUT (J.-C.), « Expériences étrangères. Droit et pratiques comparées des pensions alimentaires pour enfant », Dr. fam. 2010. Dossier 2.
- « Le juge et les comptes tout faits de M. Barrême. Autorité, limites et conditions d'emploi des barèmes dans le procès civil », JCP G 2011, doctr. 1332.

- BARDOUT (J.-C). ET LORTHIOS (I.), « La table de référence des contributions aux frais d'éducation et d'entretien », JCP G 2010, prat. 860.
- BAREÏT (N.), « Un projet oublié : la codification du droit transitoire », RTD civ. 2015, p. 551.
- BARTHELEMY (H.), « Une justice dépendante », Revue Projet, n° spécial, *La justice contestée*, Mai 1972, p. 524.
- BARTHOUIL (T.), *Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé*, RRJ 1992-2, p. 343.
- BATTIFOL (H.), « Le déclin du droit. Examen critique », APD 1963, p. 43.
- « Questions de l'interprétation juridique », APD 1972, p. 9.
- BEGUIN (J.), « Nul ne peut se faire justice à soi-même », Trav. Assoc. Henri Capitant, t. XVIII, 1966, p. 41.
- BEIGNER (B.), « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », Revue d'histoire des Facultés de droit et de science juridique, n° 5, 1987, p. 87.
- « Les arrêts de règlements », Droits, n° 9, 1989, p. 45.
- BELLET (P.), « Intervention », in *La logique judiciaire*, Colloque des Instituts d'Études Judiciaires, PUF, 1969, p. 120.
- « Grandeur et servitudes de la Cour de cassation », RID Civ. 1980, p. 293.
- BENABENT (A.), « Observations finales », in M. Mekki, Cadiet et Grimaldi (dir.), *La preuve, regards croisés*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2015, p. 279.
- BENHAMOU (Y.), « Réflexions sur le sentiment corporatiste dans la magistrature, esquisse d'une approche sociologique et historique du corporatisme judiciaire », Gaz. Pal. 14-15 août 2002, p. 8.
- « Plaidoyer pour le retour en grâce des juges - Contribution à l'étude critique de la fonction de juger », D. 2009, p. 1040.
- BERBOUCHE (A.), « Le duel : la preuve et la réparation par les armes », Rev. hist. droit, 2009, p. 571.
- BERGEL (J.-L.), « Introduction générale », in G. Dracy, M. Doat et V. Labrot (dir.), *L'office du juge*, Colloque du Sénat, le 29 et 30 septembre 2006, Les colloques du Sénat, 2008, p. 12.
- « Et ferez bonne justice... », in *Justice et qualité*, RRJ, 2002, Cahiers de méthodologie juridique, n° 17, p. 2203.
- BERMANN (G. A.), « Le rôle respectif des cours et des arbitres dans la détermination de la compétence arbitrale », APD 2009, t. 52, *L'arbitre*, Dalloz, p. 121.
- BERNABE (B.), « Redécouvrir l'office créateur du juge », Les cahiers de la justice, 2013, n° 3, p. 27.
- « L'office du juge et la liturgie du juste », Cahiers philosophiques, 4/2016, p. 48.
- BESSON (A.), « Les sociétés de défense en justice devant la jurisprudence », RGAT 1951, p. 365.
- BEZZINA (A.-C.), « 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC ! », RFDA 2014, p. 735.
- BIGOT (J.), « Clair obscur sur l'assurance des frais de défense », JCP G 2011, doct. 62.
- BLANCHARD (F.), « Vers une théorie de la qualification juridique. Les socles épistémologiques de la catégorisation », in D. Boursier et P. Mackay (dir.), *Lire le droit, Langue, Texte, Cognition*, coll. Droit et Société, LGDJ, 1992, p. 22.
- BLERY (C.), « De la contractualisation à la réglementation unilatérale », Procédures 2012. Alerte 5.
- « Office du juge : entre activité exigée et passivité permise – Réflexions à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du Code de procédure civile », Procédures n° 11, Novembre 2012, étude 6.
 - « Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de Bobigny : un exemple à suivre ? », JCP 2012, 1109.
 - « Protocole relatif à la mise en état devant le tribunal de commerce de Lyon : un exemple qui interroge », JCP 2012. 1357.
 - « Convention interbarreaux de la cour d'appel de Toulouse du 20 mars 2013 : et un protocole de plus ! », JCP 2013, 556.
 - « Les fondements historiques de la motivation des sanctions », in C. Chainais, D. Fenouillet et G. Guerlin (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 2, Dalloz, coll. L'esprit du droit, 2013p. 5.

- BLONDEL (P.), « Le juge et le droit », in *Le Nouveau Code de procédure civile vingt ans après*, Colloque de la Cour de cassation, 11 et 12 déc. 1997, 1998, La Documentation française, p. 103.
- BOLARD (G.), « Les principes directeurs du procès civil », JCP 1993. I. 3693.
- « La qualification de l'objet de la demande, le devoir du juge de requalifier les faits », JCP 1997, II, 22944.
 - « L'obligation de négocier préalable au procès », Gaz. Pal., 1997, p. 1125.
 - « Les principes directeurs du procès arbitral », Rev. arb. 2004, p. 511.
 - « De la responsabilité pénale du juge », JCP G 2005, doctr. 190.
 - « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », JCP G 2008, doctr. 156.
 - « L'impartialité du juge au risque de la loi ? », JCP G 2015, 1085.
- BOLARD (V.), « Preuve et vérité : rapport luxembourgeois », Ann. dr. luxembourgeois, 2013.
- BOLARD (G.) ET DRAI (P.), « Justice hâtive, justice rapide - Quand une justice hâtive retarde l'issue du procès », JCP G n° 45, 5 Novembre 1997, doctr. 4061.
- BOLARD (G.) ET FLECHEUX (G.), « L'avocat, le juge et le droit », D. 2005, p. 221.
- BOLARD (G.) ET GUINCHARD (S.), « Le juge dans la cité », JCP G 2002, I 137, n° 13.
- BOLZE (A.), « Le délibéré ou les mystères de la fabrication du droit », Gaz. Pal. 18 févr. 2003, n° 47.
- BOLZE (CH.), « Le transfert du contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la cour d'appel de Paris », D. 1988, chron.169.
- BONNEAU (T.), « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirements », D. 1995, chron. p. 24.
- BORDONABA (L.), « Le génie du juge », Cahiers philosophiques, 4/2016 (n° 147), p. 89 s., spéc. p. 91.
- BORE (L.), « La motivation des décisions de justice et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme », JCP 2002. I. 104.
- BOULANGER (F.), « Remarques critiques sur une possible généralisation du critère de proportionnalité dans la jurisprudence », AJ fam. 2016, p. 250.
- BOULOC (B.), « Le robot et l'homme (à propos des procès-verbaux automatisés) », D. 2005, p. 2889.
- BOURDIEU (P.), « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », Actes de la recherche en sciences sociales, n° 64, Paris, 1986.
- BOURDOISEAU (J.), « Le secret de la délibération », in *La délibération*, colloque organisé par l'Université de Tours, Procédures, n° 3, Mars 2011, dossier 6.
- BOURETZ (P.), « Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation : l'énigmatique légitimité du juge », Pouvoirs, n° 74, Les Juges, 1995, p. 71.
- BOURCIER (D.), « L'acte de juger est-il modélisable ? », APD 2011, n° 54, *L'E-Justice. Dialogue et Pouvoir*, p. 37.
- BRAUD (J.), « Un juge des procès civils : le temps », JCP 1968, I, 2143.
- BREDIN (J.-D.), « L'amiable composition et le contrat », Rev. arb. 1984, p. 259.
- « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », Justices n° 3, 1996, p. 161.
 - « Le doute et l'intime conviction », Droits, n° 23, *La preuve*, 1996, p. 161.
 - « Qu'est ce que l'indépendance du juge ? », Justices, n° 3, janv./juin, 1996, p. 166.
- BREMONDY (F.), « Genèse de la délibération chez Aristote », in *La délibération*, colloque organisé par l'Université de Tours, Procédures, n° 3, Mars 2011, dossier 6.
- BRETON (A.), « L'arrêt de la Cour de cassation », Annales univ. Toulouse, 1975, p. 30.
- BRETZNER (J.-D.) ET BARRAL (G.), « Les clauses relatives aux litiges dans la réforme du droit des contrats », AJCA 2016, p. 415.
- BRINKMANN (M.), « The synthesis of common and civil law standard of proof formulae » in *the ALI/UNIDROIT principles of transnational civil procedure*, Rev. dr. unif. 2004-4, p. 875.
- BRISSET (J.), « Quelques perspectives historiques sur la règle « Nul ne peut se faire justice à soi-même » », APD 1976, p. 205.
- BROUILLAUD (J.-P.), « Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition judiciaire », D. 1997, p. 234.
- BRUNET (P.), « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », Droit et société, 2015/3, p. 545.

- « Analyse réaliste du jugement juridique », Cahiers Philosophiques, 2016/4, n° 147, p. 9.
- BRUNET-COLIN (L.), « La littérature au service du droit : l'exemple du "procès" de Kafka », LPA 21 juill. 2006, p. 4.
- BRUNIN (L.) ET EPINEUSE (H.), « Vers une meilleure connaissance des facteurs d'influence dans le processus de décision judiciaire ? », Les Cahiers de la justice, *Des juges sous influence*, 2015/04, p. 501.
- BRUTRUILLE-CARDEW (C.) « Qu'est-ce que le droit collaboratif ? », Cah. just. 2009, p. 153.
- BUREAU (D.), « L'application d'office de la loi étrangère. Essai de synthèse », JDI 1990, p. 317 et s., spéc. p. 346 et s.
 - « L'accord procédural à l'épreuve », Rev. crit. DIP, 1996, n° 9, p. 594.
- BURGELIN (J.-F.), « Le juge et son secret », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Secrets professionnels*, Autrement, 1999, p. 190.
 - « Les petits et grands secrets du délibéré », D. 2001. Chron., p. 2755.
 - « La Cour de cassation en question », D. 2001, p. 932.
 - « Préface », in *La légitimité des juges*, 2004, IFR, coll. Actes de colloque, Université Toulouse I, p. 9.
- CADIET (L.), « Jurisprudence administrative et jurisprudence judiciaire en matière sociale : le jeu des influences », Dr. soc. 1991, p. 200.
 - « Le juge unique en question », in L. Cadiet, J.-P. Gridel et J. Héron, *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, XXI^e Colloque des Instituts d'études judiciaires, 19 et 20 mai 1995, Toulon, organisé par l'Institut d'études judiciaires de Toulon, Dalloz p. 5.
 - « L'équité dans l'office du juge civil », Justice, n° 9, 1998, p. 87.
 - « Liberté contractuelle et clauses relatives au règlement des litiges », LPA, 5 mai 2000, n° 90, p. 30.
 - « Les accords sur la juridiction dans le procès », in Ancel (P.) et Rivier (M.-C.) (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001 p. 57.
 - « L'économie des conventions relatives au litige », in Deffains (B.) (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002, p. 331.
- « Feu l'exécution immédiate des jugements ? Regrets de la France du milieu », JCP G 2002, I, 346.
- « Rapport introductif », in O. Boskovic (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare et Martin, coll. Droit privé et science criminelle, 2012, p. 9 s.
- « Les pouvoirs du juge dans le cours de la procédure civile et de la procédure pénale », Les cahiers de la justice, 2013, n°3, p. 63.
- « Justice et paix civile », Atelier *Justice et paix civile*, Colloque de l'AHJUCAF, 17 et 18 nov. 2014.
- « Le principe de loyauté devant le juge civil et le juge commercial », in *La loyauté de la preuve en matière civile, commerciale, pénale et administrative*, colloque organisé par le Tribunal de grande instance, le 15 octobre 2015, Procédures, n° 12, déc. 2015, dossier 10.
- « J 21, suite et (presque) fin », Procédures, déc. 2016, repère, p. 1.
- CANIVET (G.), « La conception française de la déontologie des magistrats », Esprit, nonv. 2003, p.5.
 - « Economie, droit et justice », Gaz. Pal. 9-10 mars 2005, n° 68.
 - « Pour une modulation dans le temps des revirements de jurisprudence ? », Colloque organisé par la Cour de cassation et le laboratoire de sociologie de l'Université du Panthéon-Assas, le mercredi 12 janvier 2005.
 - « Une vision humaniste de la jurisprudence », in *Le doyen Carbonnier et la jurisprudence*, Colloque organisé par la Cour de cassation et l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, le 30 nov. 2005, Lamy droit civil, 2006, n° 26.
 - « Activisme judiciaire et prudence interprétative », APD 2007, *La création du droit par le juge*, Tome 50, n° 1, p. 7.
 - CANIVET (G.) ET JOLY-HURARD (J.), « La responsabilité des juges, ici et ailleurs », RIDC 2006-4, p. 1050.
 - CANIVET (G.) ET MOLFESSIS (N.) (Entretien), « Les revirements de

- jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? », JCP G 2004.I.189.
- CAPSHEN (G.), « Petites histoires à propos de la juste distance pour juger... », D. 2004, n° 41, Point de vue, p. 2939.
 - CARATINI (M.), « Le contrat de procédure : une illusion ? », Gaz. Pal. 1985, doct. p. 639.
- CARBONNIER (J.), « L'hypothèse du non-droit », APD, 1963, p. 55.
- « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 99.
- CARTUYVELS (Y.), « Les paradigmes du droit pénal moderne en période "post-moderne" », in M. Massé, J.-P. Jean et A. Guidicelli, *Un droit pénal post-moderne ?*, PUF, coll. « Droit et justice », 2009, p. 77.
- CASILE (J.-F.), « Retour sur les conditions d'existence du revirement de jurisprudence en droit privé », RRJ. 2004-2, p. 639.
- CASSIA (P.), « Filtrer l'accès au juge de cassation ? », D. 2015, p. 1361.
- CASTILLO-WYSZOGRODZKA (S.), « La motivation des décisions de justice : perspectives comparatistes », D. 2014, p. 1839.
- CAYLA (O.), « La qualification, ou la vérité du droit », Droits, 1993-18, p. 6.
- CAYROL (N.), « Réalisme et prudence du juge des référés », D. 2011, p. 904.
- « La répartition des frais en procédure civile française », in M. Reimann (dir.), *Cost and fee allocation in civil procedure*, Springer, 2012, p. 137.
- CEARD (J.), « Les noms propres du Tiers Livre », in *Rabelais et le Tiers-Livre*, Colloque de Nice, 2-3 février 1996, textes réunis par É. Kotler, CNRS, C.I.D. Diffusion, Paris, 1996, p. 90.
- CHAINAIS (C.), « Le juge, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », Revue de l'arbitrage, 2010, p. 3.
- « Rapport de synthèse. Le destin d'une pensée visionnaire », in *Qu'est devenue la pensée d'Henri Motulsky ?*, Actes du colloque de Caen, 20 janvier 2012 Procédures n° 3, Mars 2013, dossier 14, n° 12.
 - « Avant-propos », in *Le temps*, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2014, La documentation française.
- « À la recherche d'un modèle pluraliste de cassation "à la française" », JCP G, n° spécial suppl, janv. 2016.
- CHAINAIS (C.) ET GUERLIN (G.), « La motivation des sanctions prononcées en justice, entre transparence et soupçon. Présentation et conclusions de la recherche collective », in C. Chainais, D.Fenouillet et G.Guerlin (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, Vol. 2, La motivation des sanctions prononcées en justice*, Dalloz, Coll. L'esprit du droit, 2013, p. IX-XLI.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.) ET TROPER (M.), « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorzczuk, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 11.
- CHARITE (M.), « Réflexions sur la modernisation du mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel », Revue générale du droit, Etudes et réflexions 2017, numéro 1.
- CHARRUAULT (C.), « À la frontière du pouvoir souverain : le contrôle léger », in N. Molfessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004, p. 125.
- « La souveraineté du juge du fond à l'épreuve de quelques faits », BICC 2009, p. 24.
 - « Compléter l'article 5 du Code civil », JCP G. 2007, numéro historique, Hors série/Cahier n° 2.
- CHARTIER (F.), « L'arbitre », Gaz. Pal. 1992, 1, doct. 135.
- CHARVET (D.), « Les magistrats français et la déontologie : une problématique à clarifier », D. 2008, p. 1634.
- CHATAIN-AUTAJON (L.), « Les obligations – catastrophe », Bull. Joly 2008, p. 347.
- CHAUVIN (P.), « La saisine pour avis », Bull. inf. C. cass., 1993, p. 53.
- CHAZAL (J.-P.), « Raisonnement juridique : entre évolution pragmatique et (im)posture dogmatique », D. 2016, p. 121.
- CHAZAL DE MAURIAC (R.), « Débat », Gaz. Pal., 27 novembre 2007, n° 331, p. 20.
- CHENEDE (F.), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », D. 2016, p. 796.
- CHEVILLARD (A.), « La notion de disposition la plus favorable », Dr. soc. 1993, p. 363.
- CIULEI (G.), « Les rapports de l'équité avec le droit et la justice dans l'œuvre de Cicéron »,

Revue historique de droit français et étranger, Paris, Sirey, 1968, p. 646.

-CLAY (T.), « Petite chronique judiciaire : la faute du magistrat », D. 2001, p. 2420.

- « Le modèle pour éviter le procès », in T. Revet (dir.), *Code civil et Modèles - Des modèles du Code au Code comme modèle*, LGDJ, 2004, p. 51.

-CLEMENT (M.), « Les juge doivent-ils craindre l'arrivée de l'intelligence artificielle », D. 2017, Entretien, p. 104.

-COMMAILLE (J.), « Éthique et droit dans l'exercice de la fonction de justice », Sociétés contemporaine, *Éthique professionnelle*, 1991, p. 87.

-COMMARET (D.-N.), « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », D. 1998. Chron. p. 262.

-CONSTANT (J.), « Voltaire et la réforme des lois pénales », RDPC 1958-1959, 535.

-CONTE (P.), « L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur », JCP 1988, I, 3343.

-COSTE (F.-L.), « Le sexe, la loi pénale et le juge ou l'évolution d'un principe séparateur instituant l'altérité », D. 1997, chron. p. 179.

-COULON (J.-M.), « Le juge unique : progression ou progrès », in L. Cadiet, L. Richer (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Colloque, Paris, Sorbonne, 24 et 25 janvier 2002, Paris, PUF, 2003, p. 142.

-COUPET (C.), « Les normes d'origine privée », RTD com. 2015, p. 437.

-COURROY (J.), « Réflexions sur quelques aspects de l'assurance de protection juridique », D. 1992, chron. p. 169.

-COUTURE (E.), « Le procès comme institution », RIDC 1950, p. 276.

-CROZE (H.), « La bataille de l'amiable », Procédures, févr. 2011, repère 2.

- « Napoléon reviens, ils sont devenus fous ! », Procédures 2012, repère 11.

-DAMIEN (A.), « Pouvoir judiciaire et vertu. Les trois tentations du magistrat », APD, 1997, p. 233.

-DARCY (G.), « Le juge administratif et la preuve », in C. Puigelier (dir.), *La preuve*, éd. Economica, coll. « Etudes juridiques », 2004, p. 56.

-DARNANVILLE (H.-M.), « La saisine pour avis du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation », AJDA 2001, p. 416.

- « Le droit n'est plus le tennis. Un juge vous le dira », JCP G. 2016, I, 1405.

-COPPENS (P.), « La sécurité juridique comme expression de la normativité », in L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainen, *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2007, p. 153.

-CORNU (G.), « Rapport de synthèse », in *Les rôles respectifs du juge et des techniciens dans l'administration de la preuve*, X^e colloque des IEJ, Poitiers, 26 et 28 mai 1975, PUF, 1976, p. 120.

- « Le juge arbitre », Rev. arb. 1980, p. 378.

- « Rapport de synthèse », in *La vérité et le droit*, Actes des conférences Journées canadiennes à Montréal, 1987, éd. Association H. Capitant, Economica, 1989, p. 6.

- « La bonté du législateur », RTD Civ 1991, p. 283.

- « Droit et esthétique. Présentation », APD 1995 n° 40, p. 12.

- « La légalisation de la correctionnalisation judiciaire », Droit pénal, Mars 2007, Etude, p. 7.

-DAUCHY (S.), « La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1806 », in L. Cadiet et G. Canivet (dir.), *De la commémoration d'un Code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Litec, 2006, p. 83.

-DAURY-FAUVEAU (M.), « Déni de justice (au sens de l'article 4 du Code civil) et juge pénal », in *Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code napoléonien*, 2004, Litec, p. 159.

-DE FONTMICHEL (M.), « Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français », Rev. sociétés 2012, p. 27.

-DE GOUTTES (R.), « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité », RSC 2003, p. 63.

-DEHARO (G.), « L'articulation du savoir et du pouvoir dans le prétoire », Gaz. Pal., 21-22 sept. 2005, doct., p. 4.

-DE LA VAISSIERE (F.), « Quelques réflexions simples sur le "juge unique" », Gaz. Pal., 5-6 janvier 2000, p. 86.

- « Les risques de la mise en œuvre de l'exécution provisoire avant l'issue de la procédure », Droit et patrimoine, 2013, n° 231.

-DE MENETREY (S.), « Financement du procès par les tiers. À propos du rapport du Club des juristes », JCP G. 2014, 836.

-DEPADT-SEBAG (V.), « Les conventions sur la preuve », in C. Puigelier (dir.), *La preuve*, éd. Economica, coll. « Etudes juridiques », 2004p. 13.

-DEROUSIN (D.), « Saleilles : le droit, la méthode et la postérité », in *Raymond Saleilles*

- « La formation de la jurisprudence vue par elle-même », RTD Civ. 2006, p. 522.
- « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », RTD Com. 2006, p. 510.
- « Évolution du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », RTD Civ. 2007, p. 76.
- « Identification d'un revirement de jurisprudence : de l'évolution presque prévisible au vrai faux revirement », RTD civ. 2009, p. 493.
- « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », D. 2015, p. 2022.
- « Accès à la Cour de cassation et traitement des questions jurisprudentielles », D. 2015, p. 1720.

-DEUMIER (P.) ET ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? », RTD civ. 2005, p. 83.

-DE VERGOTTINI (G.), « *Controllo incidentale* et Constitution vivante », Constitutions, 2014, p. 429.

-DION (N.), « Le juge et le désir du juste », D. 1999, p. 195.

-DISSAUX (D.), « Littérature et procès », D. 2017, p. 65.

-D'ORS (A.), « Le droit ? Tout ce qu'approuvent les juges », Droits 1989, n° 10, p. 51.

-DRAGO (R.), « De l'injuste au juste dans la loi », in Frison-Roche (M.-A.) et Baranes (W.), *De l'injuste au juste*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 1997, p. 57.

-DRAI (P.), « Être juge...et juger », RFDA 1990, n°6 sept-oct.

- « Le rôle et la place du juge en France aujourd'hui », RRJ, 1991-3, p. 595.
- « Allocution d'ouverture », in *La Cour de cassation et la Constitution de la*

et au-delà, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2013, p. 171.

-DESCORPS-DECLERE (F.), « Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation », D. 2007, p. 2822.

-DEUMIER (P.), « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », in *La création du droit par le juge*, APD, Tome 50, 2006, p. 49.

République, Actes du colloque des 9 et 10 déc. 1994, PUAM, p. 8.

- « Le juge ? », Revue des deux mondes, 1995.
- « Lettre à mes collègues », Bull. Inf. C. cass, n° 434 du 15 juillet 1996.

DREAN-RIVETTE (I.), « L'article 132-24 alinéa 2 : une perte d'intelligibilité de la loi pénale ? », AJ pénal 2006, p. 117.

DREYER E., « L'évolution du contrôle de cassation en matière pénale », Dr. pénal 2016, étude 24.

- « Un contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation », Gaz. Pal. 4 oct. 2016, p. 67.

-DUFOUR (O.), « Nouveau statut des magistrats : indépendance et responsabilité », LPA 17 décembre 1999, n° 251, p. 3.

-DUGUIT (L.), « L'acte juridictionnel et l'acte administratif », RDP 1906, p. 450.

-DUMUR (J.-P.), « L'éviction du juge par le contrat : les techniques contractuelles alternatives de règlement des différends », AJDI 2016, p. 180.

-DU RUSQUEC (E.), « À propos du contrat de procédure », JCP 1994, I. 3774.

-DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.) ET ODINET (G.), « Contrôle de conventionalité : *in concreto veritas* ? », AJDA 2016, p. 1398.

-EFTHYMOS (P.), « Les pouvoirs d'office du juge dans la procédure civile française et dans la procédure civile grecque », R.I.D.C. 3-1987, p. 705.

-EJAN (M.), « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », RID éco. 1986, p. 43.

-ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), « La recevabilité d'une expertise scientifique aux Etats-Unis », RIDC, 3-1999, p. 621.

- « L'analyse économique est-elle une source du droit ? », RTD civ. 2006, p. 505.

-ESMEIN (P.), « Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité », D. 1964, p. 295.

-ESTOUP (P.), « Le contrat de procédure : illusions et réalités », *Gaz. Pal.* 1985, doct. p. 680

- « Le contrat de procédure en appel », *D.* 1985, chron. p. 195.
- « L'amiable composition », *D.* 1986, *Chron.* p. 221.
- « Une institution oubliée : l'arbitrage judiciaire », *Gaz. Pal.* 1986, p. 620.
- « Informatique, droit processuel et professions judiciaires », *JCP G* 1988, I, 3368.

-EVEILLARD (G.), « Sécurité juridique et dispositions transitoires », *AJDA* 2014, p. 492.

-FATTACCINI (C.), « L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation) », *D.* 2015, p. 1734.

-FERRAND (F.), « La Cour de cassation dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *JCP G.* 2016, I, 1407.

-FERRE-ANDRE (S.), « Le technicien dans la procédure participative », *AJ fam.* 2013, p. 543.

-FONTMICHEL (A.), MARTIN (D.) ET MEYNIEL (A.), « Vue d'ensemble du régime juridique du délibéré arbitral en droit français de l'arbitrage », *Cahiers de l'arbitrage*, 2014, n° 2.

-FORIER (P.), « Réflexions sur l'équité et la motivation des jugements », in Centre national de recherche et de logique, *La pensée juridique de P. Forier*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 231.

-FOSSIER (TH.) ET LEVEQUE (F.), « Le « presque vrai » et le « pas tout à fait faux » : probabilités et décision juridictionnelle », *JCP G* 2012, doct. 427, n° 21.

-FRANÇOIS (C.), « Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 506.

-FREYRIA (C.), « La direction du procès en responsabilité par l'assureur », *JCP* 1954. I. 1196.

-FRICERO (N.), « L'excès de pouvoir en procédure civile », *RGDP* 1998, p. 17.

- « La convention de procédure participative : un nouveau règlement amiable assisté par avocat », *Dr. et patr.* 2011, n° 202, p. 30.
- « Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, juin 2013.

- « Rendre la justice civile plus lisible et plus proche du justiciable », l'adapter aux évolutions de la société. Entretien, *JCP* 2008, I, 162.

-FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », in J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche (dir.), *Le temps dans la procédure*, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 1996, p. 13.

- « L'impartialité du juge », *D.* 1999, *Chron.* p. 53.
- « La responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée », *JCP G* 1999. I. 174.
- « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », in D. d'Ambra, F. Benoît-Rohmer et C. Grewe (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Actes du colloque de Strasbourg, 31 mai-1^{er} juin 2002, Bruylant, coll. « Justice », t. 49, 2003.
- « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 15.
- « La responsabilité des magistrats comme mise à distance », in S. Gaboriau et H. Pauliat, *La responsabilité des magistrats*, PULIM, 2008, Actes du colloque organisé à Limoges, le 18 nov. 2005, p. 238.

-FRYDMAN (B.), « Le projet scientifique de François Génay », in J. Vanderlinden et P. Jestaz (dir.), *François Génay, mythe et réalités 1899-1999. Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Dalloz, Bruylant et éd. Y. Blain, Montréal Paris, 2000, p. 213.

- « L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice », in Mbongo (P.) (dir.), *La qualité des décisions de justice*, Les études de la CEPEJ, 2007, p. 21.
- « Raison et passion dans les jugements en droit », in *Pensée rationnelle, pensée émotionnelle*, Colloque international du Centre Perleman de Philosophie du Droit, 23-25 avril 2015.

-FULCHIRON (H.), « Le juge judiciaire et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH.) », *D.* 2015, p. 2365.

- « Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité », D. 2016. p. 2496.
 - « Flexibilité de la règle, souplesse du droit », D. 2016, p. 1376.
- GABORIAU (S.), « Libre propos sur la responsabilité des magistrats », in *La responsabilité des magistrats*, Actes du colloque organisé à Limoges le 18 novembre 2005, Entretiens d'Aguesseau, PULIM, 2008, p. 9.
- GAGET (M.), « Le contrat de procédure du TI de Lyon, un moyen d'améliorer le fonctionnement de la justice », *Gaz. Pal.* 1987, I, 498.
- GAGNON (P.) ET BRUNEL (G.), « Assurance juridique ou de protection juridique : regards croisés sur les perspectives d'évolution en France et au Québec », *Gaz. Pal.*, 14 décembre 2013 n° 348, p. 11.
- GALLAND (H.), *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis d'Amérique*, Paris, Sirey, 1932.
- GARAPON (A.), « Entre procédure et vertu, la prudence », in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP), *Le for intérieur*, PUF, 1995 p. 215.
- GAUDEMAR (H. DE), « La preuve devant le juge administratif », *Dr. adm.* 2009, Etude, 12.
- GAUDEMET (Y.), « Sécurité du droit et jurisprudence », *Entretien de Nanterre*, 16-17 mars 1990, *JCP Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 48, 29 septembre 1990, Supplément 6, n° 47, p. 17.
- GAUTIER (P.-Y.), « Éloge du syllogisme », *JCP G* 2015, p. 902.
- « Contre la “balance des intérêts” : hiérarchie des droits fondamentaux », D. 2015, p. 2189.
 - « Intervention », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, *JCP* 2016, suppl.
 - « L'amitié en droit : Montaigne à la Cour de cassation », D. 2017, p. 208.
- GERBAY (PH.), « Les clauses de remboursement des frais de recouvrement judiciaire », D. 1978. Chron. 93.
- GILLET (J.L.), « Le préjugé, regard du magistrat », in B. Durand, P.H. Antonmattei, Y. Mausen et P. Vielfaure (dir.), *Juger et préjugés*, Acte du colloque international du 2 et 3 octobre 2014 organisé par l'École doctorale Droit et Science politique, Montpellier, 2016, p. 181.
- GIRARDET (A.), « L'équité du juge : si on levait le voile ? », *Justices* n° 9, Janvier/Mars 1998, p. 1.
- GIVERDON (C.), « La réforme de la procédure par défaut » D. 1959. Chron., p 201.
- GJIDARA (S.), « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA* 26 mai 2004, p. 3.
- « Les règles de répartition des frais en procédure civile », *RIDC* 2010-2, sp. p. 339.
- GLEIZAL (J.-J.), « Le sursis à exécution des décisions administratives. Théorie et politique jurisprudentielle », *AJDA*, p. 392 s.
- GOHIN (O.), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? », *Droits, La fonction de juger*, n° 9, 1989, p. 93.
- GRANDJEAN (P.), « La durée de la mission des arbitres », *Rev. arb.* 1995, p. 39.
- GRIDEL (J.-P.), « Le doyen Carbonnier et la jurisprudence : une analyse du droit en action », in *Le doyen Carbonnier et la jurisprudence*, colloque organisé par la Cour de cassation et l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, le 30 novembre 2005, *Lamy droit civil*, avril 2006, n° 26.
- GRIMALDI (M.), « Ouverture des travaux », in *La motivation*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Actes du colloque, Limoges, 1998, *LGDJ*, 2000, p. 2.
- GRUA (F.), « Les divisions du droit », *RTD Civ.* 1993, p. 59.
- « La fée et l'horloge », *RTD Civ.* 2001, p. 319.
- GRZEGORCZYK (C.), « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », in M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorzczuk, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, *LGDJ*, 2005, p. 35.
- G'SELL MACREZ (F.), « L'incertitude portant sur l'existence de la causalité dans les faits », *Incertitude et causalité*, Cycle Risques, assurances, responsabilités, 2005.
- « Vers la justice participative ? Pour une négociation “à l'ombre du droit” », D. 2010, p. 2450.
- GUENARD (F.), « La liberté et l'ordre public : Diderot et la bonté des lois », *Revue de Métaphysique et de Morale* 2005/1, n° 45, p. 109-125.
- GUERY (A.), « De la difficulté pour le juge pénal d'appeler un chat, un chat (requalification “stricte” ou “élargie”) ».

Devoirs et pouvoirs du tribunal correctionnel », Dr. pénal 2005. Chron. 6 et 7.

-GUERY (C.), *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Dalloz action, 2015.

-GUINCHARD (S.), « Le procès équitable, droit fondamental ? », AJDA 1998. 191.

- « Vers une démocratie procédurale ? », *Justices*, 1999, n° 1, p. 91.
- « La responsabilité des magistrats », *Gaz. Pal.* 7-8 avr. 2006. 2.
- « Indépendance et impartialité du juge. Les principes de droit fondamental », in J. van Compernelle et G. Tarzia (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Étude de droit comparé*, Bruylant, 2006, p. 3.

- « La gestion des conflits d'intérêts du juge : entre statut et vertu »n *Pouvoirs*, 2013/4, p. 79.

-GUIOMARD (F.), « Sur les communiqués de presse de la Chambre sociale de la Cour de cassation », *RDT* 2006, p. 222.

-GUTMANN (M.), « Le juge et l'équité. Enjeux philosophiques », *Revue d' Histoire de la Justice*, n° 11, 1998, p. 141.

-HACHTEL (B.), « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge », *D.* 2015, p. 1378.

-HAFTTEL (B.), « Libres-propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge », *D.* 2015, p. 1378.

-HAGE-CHAHINE (F.), « Dans L'équité ou les équités. Confrontation Occident et monde arabe », *Société de législation comparée*, 2004, p. 239.

-HALARD (G.) ET AUDUREAU (K.), « Contribution à la connaissance des jurys criminels », *RSC* 2012, p. 523.

-HALPERIN (J.-L.), « *Lex posteriori derogat priori, lex specilis derogat generali* – Jalons pour une histoire des conflits de normes

-HISPALIS (G.), « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs* 2005, n° 114, p. 101.

-HO DINH (A.-M.), « Le “vide juridique” et le “besoin de loi”. Pour un recours à l'hypothèse du non-droit. », *L'Année sociologique* 2/2007 (Vol. 57), p. 419.

-HOONAKKER (P.), « L'exécution immédiate ou la protection renforcée du perdant », *LPA*, 11 décembre 2002 n° 247, p. 13.

- « L'arrêt de l'exécution provisoire de droit enfin consacré par le législateur ! », *D.* 2004, p. 2314.

-HUGLO (J.-G.), « La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique », *Cahiers du*

contrée sur ces solutions concurrentes », *Revue d'Histoire du Droit*, 80, 2012, p. 353.

-HASCHE (D.), « Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international », *RCADI* (1999), vol. 279, p. 155.

-HALPERIN (J.-L.), « La preuve judiciaire et la liberté du juge », in *Communications*, 2009, *Figures de la preuve*, num. dirigé par R. Mandressi, p. 21.

-HAUTEREAU-BOUTONNET (M.), « Quelle place pour le risque de la preuve en droit de l'environnement ? », in M. Mekki, L. Cadiet et C. Grimaldi (dir.), *La preuve, regards croisés*, *Thèmes et commentaires*, Dalloz, 2015, p. 85.

-HEBRAUD (P.), « Commentaire de la loi du 23 mai 1942 (sur l'exécution provisoire des jugements) », *D.1942, Législation*, p. 61.

- « L'exécution des jugements civils », *RIDC*, 1957, p. 170.
- « Rapport Introductif », in *La logique judiciaire*, Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, *La logique judiciaire*, PUF, 1969, p. 26.
- « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1973, p. 379.
- « La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge », *Annales univ. sciences sociales de Toulouse*, tome XXXVI, 1988.

-HERVIEU (A.), « Observations sur l'insécurité juridique de la règle jurisprudentielle », *RRJ*, 1989, p. 257.

-HEUZE (V.), « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP G.* 2005, I, 130.

Conseil constitutionnel, Le principe de sécurité juridique, n° 11, déc. 2001.

-HUNOUT (P.), « La psychologie sociale des décisions de justice : une discipline émergence », *Déviante et société*, 1987, vol. 11, n° 11-3, p. 271.

-IVAINER (TH.), « L'interprétation des faits en droit », *JCP G* 1986, I, 3235.

-JAMIN (C.), « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e et XX^e siècle », *RTD Civ.* 1994, p. 815.

- « François Géný, d'un siècle à l'autre », in J. Vanderlinden et P. Jestaz - (dir.), *François Géný, mythe et réalités*

- 1899-1999. *Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Dalloz, Bruylant et éd. Y. Blain, Montréal Paris, 2000.
- « Un siècle de revue trimestrielle de droit civil », RTD civ. 2002, p. 646.
 - « Un modèle original : la construction de la pensée juridique française », BICC du 15 avril 2004 n° 596.
 - « Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », RIEJ 2006, p. 56.
 - « Contrôle de proportionnalité : Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », conférence du 30 mars 2015 à la Cour de cassation, (en ligne sur le site internet de la Cour).
 - « Juger et motiver », RTD civ. 2015, p. 263.
 - « Motivation (suite) : quelle tradition civiliste défendre ? », Édito, D. 2016, n° 19.
- JANICOT (L.), « Les silences du jugement », RDP 2012, n° 4, p. 1064.
- JAUFFRET-SPINOSI (C.), « L'élaboration de la décision de justice », RIDC 1998-3, p. 757.
- JEAN (J.-P.), « La qualité des décisions de justice au sens du Conseil de l'Europe », in P. Mbongo (dir.), *La qualité des décisions de justice*, Les études de la CEPEJ, 2007, p. 37.
- JEULAND (E.), « Preuve judiciaire et culture française », Droit et culture, 2005-2, p. 149.
- KALINOWSKI (G.), « Des divers sens du terme "jugement" », APD, *Le procès*, 1994, p. 123.
- KERNALEGUEN (F.), « Les solutions conventionnelles des litiges civils », in L. Cadet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987p. 66.
- « L'excès de pouvoir du juge », *Justices*, 1996, p. 151.
- KEROMNES (G.), « La saisine pour avis de la Cour de cassation – Examen des conditions de recevabilité des demandes », *Gaz. Pal.*, 1997, doct., p. 1571.
- KHAIRALLAH (G.), « Le raisonnable en droit privé français, développements récents », RTD Civ. 1984, p. 444.
- KIES (N.), « "De fol juge breve sentence" : parole du juge, parole facétieuse. L'exemple des discours bigarrés », in *Juges et criminels*
- JESTAZ (P.), « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des Beaux-Arts », RTD Civ. 1979, p. 480.
- « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », D. 1989, chron. p. 153.
 - « La qualification en droit civil », *Droits, La qualification*, 1993, n° 18, p. 46.
 - « Sources délicieuses (Remarques en cascade sur les sources du droit) », RTD Civ. 1993, p. 73.
 - « Le beau droit », APD, 1995, n° 40, p. 14.
 - « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », RTD Civ. 1996, p. 299.
 - « Une image française de la loi et du juge », in J. Vanderlinden et P. Jestaz (dir.), *François Gény, mythe et réalités 1899-1999. Centenaire de Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Montréal Paris, 2000, p. 37.
 - « Synthèse », in P. Ancel et M.-C. Rivier, *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 61.
- JESTAZ (P.) et JAMIN (C.), « L'entité doctrinale française », D. 1997, chron. p. 167.
- JESTAZ (P.), MARGUENAUD (J.-P.) ET JAMIN (C.), « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014, p. 206.
- JOLY-HURARD (J.), « La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats », RID comp. 2006, p. 449.
- dans la narrations brève du XVI^e siècle, Actes du colloque organisé les 25 et 26 février 2010, CEREDI, ANR, 2010.
- KIRAT (T.), « La qualité des décisions de justice au prisme de la science économique », in Mbongo (P.) (dir.), *La qualité des décisions de justice*, Les études de la CEPEJ, 2007, p. 84.
- KRIEGK (J.-F.), « Le délai raisonnable : office du juge et office de l'autorité publique », LPA, 26 juin 2003, p. 4.
- « La culture judiciaire : une contribution au débat démocratique », D. 2005, p. 1592.
 - « Le délai raisonnable en droit positif européen ou français », LPA, 6 janv. 2012, n° 5, p. 6.

- KRIMMER (I.), « La gestion de la concurrence par la cour d'appel de Paris : un nouvel ordre juridictionnel ? », JCP, éd. E, 1991.I.82.
- KRYNEN (J.) ET RAIBAUT (J.), « La légitimité des juges », 2004, Actes du colloque des 29-30 octobre 2003, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. « Mutation des normes juridiques ».
- KUBIAK (C.), CHEVAL (P.) ET FORNO (J.-L.), « La collégialité ? », RRJ, 2002, *Justice et qualité*, Cahiers de méthodologie juridique n° 17, p. 2197.
- LACHIEZE (C.), « La densification normative autour du consommateur », in C. Thibierge et alii., *La densification normative*, Mare et Martin, 2013, p. 631.
- LAGARDE (X.), « Jurisprudence et insécurité juridique », D. 2006, p. 678.
- « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », APD, t. 50, 2007, p. 77.
 - « Modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence : l'assemblée plénière de la Cour de cassation confirme », JCP 2007, II, 10111.
- LAINGUI (A.), « Lois, juges et docteurs dans l'Ancien droit pénal », Cahiers de philosophie politique et juridique, Caen, 1988, p. 73.
- LAMBOLEZ (F.), « La nomenclature : un outil d'uniformisation des jurisprudences civile et administrative », Gaz. Pal., 27 déc. 2014, n° 361, p. 16.
- LAMEYRE (X.), « Actualité et acte de juger : éthique d'une poétique du procès », LPA, 13 juillet 2005, n° 138, p. 18.
- LAMOUREUX (M.), « Les limites des clauses de preuve », RLDC mai 2010, suppl. au n° 71, p. 19.
- LANDAIS (C.) ET F. LENICA (F.), « L'abrogation implicite dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », AJDA 2006, p. 357.
- LAPANNE-JOINVILLE (J.), « La direction de la procédure devant les tribunaux administratifs », AJDA 1965, p. 324.
- LARDEUX (G.), « Commentaire du titre IV bis nouveau du livre III du Code civil intitulé "De la preuve des obligations" ou l'art de ne pas réformer », D. 2016, p. 850.
- LARDEUX (G.), « *Specialia generalibus derogant* ou la simplicité apparente des fausses évidences », RDC 2008, p. 1251.
- LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale », Dr. fam. 2012. Chron., p. 13.
- LASSERRE (V.), « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », D. 2006, p. 2279.
- LASSERRE-KIESOW (V.), « L'ordre des sources ou Le renouvellement des sources du droit », D. 2006 p. 2279 et s.
- LATASTE (S.), « Le protocole sur la mise en œuvre des principes de concentration et de structuration des écritures est un guide de bonnes pratiques pour les avocats », Gaz. Pal. 2-3 mars 2012, p. 5.
- LAURENT (J.-C.), « La correctionnalisation (les problèmes de fond) », JCP 1950, I, 852.
- LAURENT THIROUIN (M.), « Pascal et l'art de conférer », Cahiers de l'Association internationale des études françaises, 1988, vol. 40, n° 1, p. 199.
- LAURIN (Y.), « Le secret du délibéré », D. 2007. Chron., p. 856.
- LE BOURHIS (K.), « L'assurance de protection juridique : vers une "privatisation" de l'accès à la justice », in D. Lochak, *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, PU Paris Ouest, 2007, p. 149.
- LECLERC (H.), « L'intime conviction du juge : norme démocratique de la preuve », in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP), *Le for intérieur*, PUF, 1995, p. 206.
- LEVEL (P.), « L'amicable composition dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage », Rev. arb. 1980, p. 651.
- LIBCHABER (R.), « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », RTD Civ. 1997, p. 792.
- « Retour sur une difficulté récurrente : les justifications du caractère rétroactif ou déclaratif de la jurisprudence », RTD civ. 2002, p. 176.
 - « Les incertitudes du sexe », D. 2016, p. 20.
 - « Une motivation en trompe l'œil : les cailloux du Petit Poucet », JCP G. 2016, doct. 632.
- LINANT DE BELLEFONDS (X.), « L'utilisation d'un système expert en droit comparé », RIDP, 1994-2, n° 46, p. 711.
- LINDON (R.), « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », JCP G 1975, I, 2681.
- LOBIN (Y.), « L'exécution provisoire », Gaz. Pal. 14-15 sept. 1984, p. 11.

- LOCHOUARN (D.), « Les spécificités de l'amiable composition », *Rev. huiss.* 1999, p. 244.
- LOMBARD (F.), « Les citoyens-juges : la réforme de la cour d'assises ou les limites de la souveraineté populaire », *RSC* 1996, p. 773.
- LOQUIN (E.), « La responsabilité civile des arbitres en cas de dépassement du délai de l'arbitrage », *RTD com.* 2006, p. 299.
- « Le calendrier de l'arbitrage », *RTD com.* 2006, p. 305.
- LORIES (D.), « Kant et la liberté esthétique », *Revue philosophique de Louvain*, 1981, vol. 79, n° 44, p. 484.
- LOUVEL (B.), « Entretien », *JCP G* 2015, act. 1122.
- « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326.
- LOYER-LAHER (C.), « L'exécution provisoire. Analyse de la jurisprudence des cours d'appel d'Angers et de Rennes », *Gaz. Pal.* 1982. 1. Doctr. 151.
- LYON (J.), « *Revolution in Progress : Third-Party Funding of American Litigation* », *UCLA L. Rev.* 2010, p. 571.
- MAGENDIE (J.-C.), « L'amiable composition », *RJDA* 1996, p. 727.
- « Le nouveau contrat de procédure civile : objectifs, exigences et enjeux de la réforme parisienne », *Gaz. Pal.* 4-5 avr. 2001, n° 94-95, p. 2.
 - « La responsabilité des magistrats », *D.* 2003, p. 1177.
 - « La responsabilité des magistrats : contribution à une réflexion apaisée », *D.* 2005, p. 2414.
 - « La contradiction, exigence majeure d'une justice de qualité », *Gaz. Pal.* 10-12 déc. 2006, p. 2.
- MAGNIER (V.), « La notion de justice impartiale », *JCP G.* 2000, I, 252.
- MALAURIE (P.), « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le *judge made law* à la manière européenne », *JCP* 2016. 318.
- MALGAUD (W.), « Les antinomies en droit, à propos de l'étude de G. Gavazzi », in C. Perelman, *Les antinomies en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1965, Bruylant, p. 8.
- MAMOUDY (O.), « D'AC ! à M6 en passant par Danthony, 10 ans d'application de la jurisprudence AC ! - Bilan et perspectives », *AJDA* 2014, p. 501.
- « Les avis et recommandations du collège de déontologie de la juridiction administrative », *RFDA* 2015, p. 368.
- MARGUENAUD (J.-P.), « L'obligation de motiver les décisions de justice dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTD civ.* 1998, p. 516.
- MARTENS (P.), « La tyrannie des apparences », *RTDH* 1996, p. 640.
- MARTIN (D.), « Le droit de l'indivision », *D.* 1977, chron. p. 221.
- MARTIN (R.), « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP* 1974. I. 2625.
- « La règle de droit adéquate dans le procès civil », *D.* 1989, chron., p. 163.
 - « Le juge devant la prétention », *D.* 1987, chron. p. 35.
 - « La règle de droit adéquate dans le procès civil », *D.* 1990, chron. p. 163.
 - « Désinflation législative ? », *RTD Civ.* 1993, p. 551.
 - « Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier ? », *D.* 1994, chron., p. 308.
 - « Un autre procès est-il possible ou est-ce interdit de rêver ? », *RTD Civ.* 1994, p. 557.
- MARTIN-LAPRADE (B.), « Le filtrage des « pourvois » et les « avis » contentieux », *AJDA* 1988, p. 85.
- MARTY (G.), « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile », *RTD civ.* 1939, p. 685.
- MAZIAU (N.), « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité », *D.* 2011, p. 529.
- MEKKI (M.), « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1re partie) », *RDC*, 2006 n° 4, p. 1051.
- « Le risque de preuve et le droit des contrats (1^{re} partie) », *RDC* 2008, p. 681.
 - « Le risque de preuve et le droit des contrats (2^e partie) », *RDC* 2009, p. 469.
 - « La gestion contractuelle du risque de la preuve (2e partie) », *RDC* 2009, p. 453.
 - « Le risque de la preuve », in *Droit et économie du procès civil*, LGDJ, 2010, p. 195.

- « Vérité et preuve », in *Droit de la preuve : entre injustice et désordre*, Actes de colloque, Université de Montréal, 2014.
- « Regard substantiel sur le risque de la preuve. Essai sur la notion de charge probatoire », in *La preuve : regards croisés*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2015, p. 7.
- MERCADAL (B.), « La légitimité du juge », RIDC 2002, n° 54, p. 277.
- MESTRE (J.), « De la notion de clause pénale et de ses limites », RTD civ. 1985, p. 372.
- MEYER (B.), « Récusation des jurés : comment vider un droit de sa substance ou la lui rendre... », AJ pénal 2006, p. 238.
- MICHAUD (F.), « Le rôle créateur du juge selon l'École de la "Sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », RIDC 1987, p. 343.
- MICHEL (V.), « Brèves observations sur l'application des principes de sécurité juridique et de confiance légitime », Gaz.Pal., 12 février 2009, n°43, p.43.
- MICHON (C.), « L'*epieikeia* aristotélicienne comme correctif de la loi », Annuaire de l'Institut Michel Villey, II, 2011, p. 35.
- MILLARD (E.) (dir.), « Une théorie empiriste du droit est-elle possible ? », Droit et Société, , vol. 50, 2002.
- MINIATO (L.), « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », D. 2007. Chron., p. 1035.
- MONEGER (J.), « La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : libre propos et images marines », RTD. Civ. 2005, p. 323.
- « L'éviction du juge par la loi », AJDI 2016, p. 170.
- MONNIER (F.), « Dénier de justice », Droits, 2002, p. 91.
- MOREAU (A.), « L'exécution provisoire, un avantage dangereux pour le créancier poursuivant », D. 2006, p. 524.
- MORET-BAILLY (J.), « Les stipulations de constatation », RRJ 2001, p. 489.
- MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD (A.-M.), « La saisine pour avis de la Cour de cassation », JCP 1992, I, 3576.
- MORON-PUECH (B.), « La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle et les personnes intersexuées », D. 2016, p. 2353.
- MORVAN (P.), « En droit, la jurisprudence est source de droit », RRJ 2001, p. 98.
- « Le revirement de la jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », D. 2005, p. 247.
- MOTULSKY (H.), « À propos de l'arbitrage », JCP 1954. I. 1194 et 1957. I. 1383.
- « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, chron., p. 235.
- « La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès », JCP 1966, I, 1996.
- « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile ; la consécration des principes directeurs du procès par le décret du 9 septembre 1971 », D. 1972. Chron. 91, spéc. p. 93, n° 6.
- *Écrits, Études et notes de procédure civile*, Dalloz, préf. G. Bolard, rééd. 2010.
- MOULY (C.), « Les revirements de jurisprudence », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1994, p. 123.
- « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », LPA, 4 mai 1994, n° 53 ; « Le revirement pour l'avenir », JCP 1996 I 3776.
- MOUSSERON (J.-M.), « La gestion des risques par le contrat », RTD civ. 1988, p. 481.
- MOUZET (P.), « La désuétude en droit constitutionnel », RDP 2009, n° 5, p. 1381.
- MUIR-WATT (H.), « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 37.
- « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », in N. Molfessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004, p. 53.
- NICOLAS-VULLIERME (L.), « Le délai raisonnable ou la mesure du temps », LPA, 3 janv. 2005, p. 3.
- NIVET (F.), « Équité et légalité », Justices n° 9, Janvier/Mars 1998, p. 192.
- NORMAND (J.), « Le relevé d'office des moyens touchant au droit substantiel. Obligation ou faculté ? », RTD civ. 1991, p. 152.
- « Le domaine du principe de motivation », in *La motivation*,

- Travaux de l'Association Henri Capitant, Actes du colloque, Limoges, 1998, LGDJ, 2000, p. 17.
- OPPETIT (B.), « L'hypothèse du déclin du droit », *Droits*, 1986, p. 9.
- « Le droit international privé, un droit savant », *RCADI* 1992, III, tome 234, p. 331.
 - « Droit et économie », *APD*, T. 37, 1992, p. 17.
- ORIANNE (P.), « Les standards et les pouvoirs du juge », *RRJ* 1988, n° 4, p. 1066.
- OST (F.) ET VAN DE KERCHOVE (M.), « Le "jeu" de l'interprétation en droit. Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique », *APD* 1982, p. 395.
- « Interprétation », *APD, Vocabulaire fondamental du droit*, Tome 35, 1990, p. 165.
- OUTIN-ADAM (A.) ET REITA-TRAN (A.-M.), « Excès et dérives dans l'art de légiférer », *D. 2006. Chron.*, p. 2919.
- PELLE (S.), « La réception des correctifs d'équité par le droit », *D. 2011, chron.*, p. 1230.
- PELLETIER (F.), « Diffusion de la jurisprudence sur internet au Canada et protection des identités », *LPA* 2005, n° 194, p. 37.
- PELOUZE (F.), « Le financement de contentieux par un tiers est avant tout un moyen privilégié d'accès à la justice », *JCP G* 2013, entretien 164.
- PERELMAN (C.), « Raisonnement, règle et logique juridique. La logique du droit », *APD* 1966, n° 11, p. 59.
- « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *APD* 1978, p. 42.
- PERROT (R.), « Le régime procédural des ordonnances sur requête, dans Les ordonnances sur requête dans la pratique judiciaire française », *Colloque de Lille*, mai 1964, 1967, *Litec*, p. 33.
- « Rapport de synthèse », in *La logique judiciaire*, Colloque des Instituts d'Études Judiciaires, PUF, 1969, p. 138.
- « Le rôle du juge dans la société moderne », *Gaz. Pal. 1977, Doct.*, p. 92.
 - « Le juge unique en droit français », *RIDP*, 1977, p. 659.
 - « La fonction de juger », in *Annales de l'Université catholique de Louvain*, 1985, vol. XLV, fasc. 4, p. 258.
- « La qualification des faits : faculté ou obligation ? », *Procédures* n° 3, Mars 2008, comm. 71.
- PHILIPPE (A.), « Quand les médias influencent les décisions de justice », *Gaz. Pal.* 22 novembre 2016, p. 9.
- PIASTRA (R.), « Trop de lois en France... » *D. 2006*, p. 1060.
- PIGNARRE (G.), « L'effet pervers des lois », *RRJ* 1994, p. 1097.
- PIERRE (P.), « La mise en œuvre amiable des assurances de responsabilités. Rapport français », in *Colloque du GRERCA, La socialisation de la réparation : fonds d'indemnisation et assurances*, Bruylant, 2013.
- PINSOLLE (PH.), « Le financement de l'arbitrage par les tiers », *Rev. arb.* 2011, p. 385.
- PITCHERS (CH.), « L'équité dans la décision pénale », *Justices* n° 9, 1998, p. 136.
- PITOU (F.), « Justice, morale et politique à la fin du XVII^e siècle », *Histoire, économie et société*, 2003, vol. 22, n° 4, p. 537.
- POIVEY-LECLERCQ (H.), « Autre mode de règlement alternatif des litiges : la procédure participative », *AJ fam.* 2010, p. 257.
- PONSARD (L.), « Cartel des farines : la cour d'appel de Paris exclut la restriction de concurrence par l'objet », *AJCA* 2015, p. 28.
- PONTIER (J.-M.), « Pourquoi tant de normes ? », *AJDA* 2007, p. 769.
- PORTIER (J.), « La notion d'arbitraire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Les cahiers de la justice*, 2016/03, p. 521.
- PRADEL (J.), « Le jury en France, une histoire jamais terminée », *International Review of Penal Law*, vol. 72, 2001, p. 175.
- PUIG (P.), « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *RTDC* 2010 p. 517.
- « L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », *RTD civ.* 2016, p. 70.
- QUENILLET (M.), « Droit et intelligence artificielle : mythes, limites et réalité », *LPA*, 3 juin 1994, n° 66, p. 11.
- QUENILLET-BOURRIE (M.), « Le système-expert nationalité », in *Système experts et droit*, CRID, Namur, Ed. Story Scientia, 1988.
- « L'émergence des systèmes experts juridiques », in *Dialogo sobre la informatica juridica*, Presses de

- l'université autonome de Mexico, 1989, Mexique, p. 379.
- « L'indemnisation du préjudice corporel, un droit à la dérive ? », JCP G 1994, I, 3770.
- QUENTIN (B.), « L'impartialité du juge : un enjeu pour l'institution judiciaire », JCP 2015, I, 548.
- RADBRUCH (G.), « La sécurité en droit d'après la théorie anglaise », APD. 1936, p. 86.
- « La théorie anglo-américaine du droit vue par un juriste du continent », ADP 1936, p. 41.
- RADE (C.), « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », D. 2005, p. 988.
- RADE (C.) ET S. TOURNAUX (S.), « Retour sur le "phénomène" Magnaud et l'influence d'un magistrat hors norme sur l'évolution du droit du travail », Droit social 2015, p. 596.
- RANOUIL (P.-C.), « L'intime conviction », in R. Martinage et J.-P. Royer, *Les destinées du jury criminel*, L'espace juridique, 1990, p. 90.
- RAYNAUD (P.), « La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine en droit civil », RTD Civ. 1936, p. 791.
- REBEYROL (V.), « Une réforme pour la Cour de cassation ? », JCP G 2015, doctr. 954.
- REGIS (N.), « Juger, est-ce interpréter ? », Cahiers philosophiques, 2016/4, n° 147, p. 26
- REMBAUVILLE-NICOLLE (P.), « Du bon usage des dispositions de l'article 700 du NCPC », Gaz. Pal. 8-12 avr. 2007, doctr., p. 846, spéc. p. 851 et 852.
- REMY (P.), « Éloge de l'exégèse », Droits, n° 1, p. 115.
- RENOUX (T.), « La liberté des juges », Pouvoirs, n° 74, 1995, p. 62.
- « Le pari de la justice », Pouvoirs, n° 99, 2001, p. 87.
- RENUCCI (J.-F.), « Intime conviction, motivation des décisions de justice et droit au procès équitable », D. 2009, p. 1059.
- RENET (T.), « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », RDC 2004, p. 579.
- RIALS (S.), « L'office du juge », Droits, 1989, in *La fonction de juge*, p. 3.
- « Sieyès ou la délibération sans la prudence, Éléments pour une interprétation de la philosophie de la Révolution et de l'esprit du légicentrisme », Droits, 1991, p. 124.
- RICOEUR (P.), « Le juste entre le légal et le bon », Esprit, sept. 1991, p. 5.
- « L'herméneutique et la méthode des sciences sociales », in P. Amsalek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 15.
- RIEG (A.), « Rapport français, droit civil et commercial », in *L'interprétation par le juge des règles écrites*, Travaux de l'association H. Capitant, Tome XXIX, 1978, p. 70.
- « Discussions », in *Le rôle du juge*, Trav. ass. Capitant 1949, Dalloz, 1950, p. 78.
- RIVERO (J.), « Apologie pour les faiseurs de systèmes », D. 1951, chron., p. 99.
- « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », AJDA 1968, p. 15.
- RIVIER (M.-C.), « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », in Ancel (P.) et Rivier (M.-C.) (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 24.
- ROBBE (J.), « Le report dans le temps de la règle jurisprudentielle nouvelle. Etat des lieux, perspectives », RFDA 2016 p. 913.
- ROBERT (C.-N.), « Naissance d'une image : la balance de l'équité », Justices n° 9, Janv. / Mars 1998, p. 53.
- ROBERT (J.), « La bonne administration de la justice », AJDA 1995, n° spécial, p. 118.
- « La nation et ses juges », RDP n°3-2006, p. 550.
- ROBINEAU (M.), « Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac des préjudices », JCP G 2010, doctr. p. 612.
- ROCHETEAU (F.), « Ce que révèlent les cas d'ouverture à cassation en matière pénale », Gaz. Pal. 4 oct. 2016, p. 74.
- ROME (F.), « Autres présidents, autre lettre... », D. 2007, p. 1713.
- ROUVIERE (F.), « Apologie de la casuistique juridique », D. 2017, p. 118.
- ROTMAN (E.), « Le sens de l'individualisation judiciaire », RSC 1977, p. 437.
- ROUSSEAU (D.), « La légitimité du juge en question », in *L'office du juge*, Acte du colloque au Palais du Luxembourg, les 29 et 30 septembre 2006.
- ROY-LOUSTAUNAU (C.), « CDD. Pouvoir de requalification du juge. Motif de recours différent de celui inscrit au contrat », Droit social 2001, p. 540.
- RUDE-ANTOINE (E.), « L'interprétation des faits en droit, l'approche de Jean Carbonnier.

Réflexions sur le processus de l'acte de juger », in R. Verdier (dir.), *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre*, Presses universitaires Paris-Ouest, 2012, pp. 407 s.

-SAINT-BONNET (F.), « Le contrôle *a posteriori* : les parlements de l'Ancien Régime et la neutralisation de la loi », *Cahiers du droit constitutionnel*, n° 28, 2010, p. 23.

-SAINT-PAU (J.-C.), « Le revirement d'interprétation », in *Histoires et méthodes d'interprétation en droit criminel*, XXI^e Congrès de l'Association française de droit pénal, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2015, p. 175.

-SALAS (D.), « L'Équité ou la part maudite du jugement », *Justices* n° 9, Janvier/Mars 1998, p. 109.

- « *Le juge aujourd'hui* », *Droits*, vol. 34, 2001, p.61 et s.
- « Une relecture de l'individualisation de la peine », in R. Ottenhof (dir.), *L'individualisation de la peine. De Salleilles à aujourd'hui*, Toulouse, ERES, Coll. Criminologie et sciences de l'homme, 2001, p. 197.
- « La part "politique" de l'acte de juger », *Les cahiers de la justice* 2011/2, p. 113.

-SALIN (TH.), « La Fontaine, ses fables, le droit », *La vie judiciaire*, 1977.

-SALEILLES (R.), « Allocution » in *Les méthodes juridiques. Leçons faites au Collège libre des sciences sociales*, ouvrage collectif, Paris, Giard et Brière, 1911, p. XXII.

-SANTUCCI (M.-R.), « Les divergences jurisprudentielles dans l'Ancien droit », in P. Ancel et M.-R. Rivier, *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 27.

-SAUPHRANOR (S.), « La convention de procédure participative : aspects pratiques », *Gaz. Pal.* 16-18 janv. 2011, p. 10.

-SAUVEL (T.), « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, n° 71, p. 5.

-SAYN (I.), « Les barèmes dans le fonctionnement du droit et de la justice », in *Le droit mis en barèmes ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2014, p. 1.

-SCHOETTL (J.-E.), « Ce fut AC ! », *AJDA* 2014, p. 116.

-SERRA (Y.), « *Tsunami* sur la clause de non-concurrence en droit du travail », *D.* 2002, p. 2491.

-SILANCE (L.), « La motivation des jugements et la cohérence du droit », in C. Perelman et P. Foriers (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1978, p. 221.

-SIMONEL (L.-X.), « Le juge et son précédent », *Gaz. Pal.* 1999, n° 345, p. 2.

-SOLUS (H.) « Le rôle du juge dans l'administration de la preuve », *Travaux de l'association Henri Capitant, Études sur le rôle du juge*, Dalloz, 1949, p. 130.

-SOMMER (J.-M.), « L'excès de pouvoir du juge dans la jurisprudence de la Cour de cassation, 1990-2010. Étude empirique », in L. Cadiet et D. Loriferne (dir.), *La réforme de la procédure d'appel*, éd. IRJS, 2011p. 108.

-SOTTO (J. DE), « La notion de juridiction », *D.* 1956, chron. p. 45.

-SOULEAU (P.), « La logique du juge », in *La logique judiciaire*, Colloque des Instituts d'Études Judiciaires, PUF, 1969, p. 58.

-SPITZ (E.), « L'acte de juger », *R.D.P.* 1995, n° 2, p. 293.

-SUEUR (J.-J.), « Le fait, le droit, la valeur », in M. Lei et L. Yboud, *De la mobilisation du fait à la réalisation du droit*, L'Harlattan, coll. « Droit privé et sciences criminelles », 2016, p. 19.

-TEIXIER (P.), « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », in *La motivation, journées nationales, actes du colloque*, Limoges, 1998, Trav. de l'asso. H. Capitant des amis de la culture juridique française, tome 3, 1998, LGDJ, 2000, p. 5.

-TERRE (F.), « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », *APD* 2007, t. 50, *La création du droit par le juge*, p. 305.

-THERY (P.), « La dispense en droit privé », *Droits*, n° 25, 1997, p. 59.

- « Cours suprêmes : essai - manqué - de typologie et de définition », *D.* 2016, p. 1731.

-THIBERGE (M.), « L'exécution provisoire du jugement et l'équilibre des intérêts des parties », *D.* 2011, p. 610.

-THIEREAU (J.-L.), « Le bon juge chez les juristes français du XVI^e siècle », in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, 1999.

-THOMAS (Y.), « L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue », in J.-C. Passeron et J. Revel, *Penser par cas*, Enquêtes, éd. de l'EHESS, 2005, p. 45.

- THOURET (S.), « Les dispositions de la réforme du droit des obligations relatives à la preuve : applications en droit de la famille », *AJ fam.* 2016, p. 479.
- TOUFFAIT (A.) ET TUNC (A.), « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de Cassation », *RTD civ.* 1974, p. 487.
- TOURNAFOND (O.), « Transposition de la directive de 1999 sur la garantie des consommateurs », *D.* 2003. Point de vue, p. 427.
- TOURNON (A.), « Un silence signé Rabelais », in *Rabelais*, Actes de la journée d'étude du 20 octobre 1995, Paris, « Cahiers Textuel », n° 15, 1996, p. 85.
- TRAVIER (B.) ET GUICHARD (R.), « Les protocoles sur les écritures judiciaires. Justice coutumière ou justice moderne ? », *JCP* 2012, 692.
- TROPÉ (M.), « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, *La justice*, 1981, n° 16, p. 9.
- « La liberté de l'interprète », in G. Darcy, V. Labrot et M. Doat (dir.), *L'Office du juge*, Les colloques du Sénat, vendredi 29 et samedi 30 septembre 2006, p. 37.
 - « Une théorie réaliste de l'interprétation », in C. Béal (dir.), *Philosophie du droit. Norme, validité et interprétation*, Vrin, 2015, p. 345.
- TUNC (A.), « La Cour suprême idéale », *RIDC* 1978, p. 437.
- « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », in *L'hypothèse du non-droit*, 30^e séminaire organisé à Liège les 21 et 22 oct. 1977, Liège, 1978, p. 295.
- VALICOURT DE SERANVILLIERS (H. DE), « La preuve par l'ADN et l'erreur judiciaire », l'Harmattan, 2009.
- VASSOGNE (J.), « L'amiable composition et le contrat », *Rev. Arb.* 1984, Débats, p. 278.
- VERDUN (G.), « Arrêts par défaut et arrêts réputés contradictoires, ou la recherche de l'objet non identifié », *Bull. avoués* 1994, 3, p. 86.
- « Décret du 28 déc. 2005 relatif à la procédure civile : réflexions et commentaires », *Gaz. Pal.* 22-23 févr. 2006, p. 19.
- VERGES (E.), « Droit de la preuve : une réforme en trompe-l'œil », *JCP* 2016, I, 486.
- VIALLA (F.), « Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle : changement de la mention de sexe à l'état civil », *D.* 2016, p. 2351.
- VIGNEAU (B.), « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017, p. 123.
- VILLA (F.), « Le financement de contentieux par des tiers (« Thirs party funding ») », *Anwakts Revue de l'avocat*, 2014-5, p. 207.
- VILLEY (M.), « Modes classiques de l'interprétation en droit », in *L'interprétation dans le droit*, *APD* 1972, p. 71.
- « De la dialectique comme art de dialogue et sur ses relations au droit », *APD* 1982, p. 270.
- VITU (A.), « Le tribunal correctionnel à juge unique », in L. Cadiet, J.-P. Gridel et J. Héron, *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, XXI^e Colloque des Instituts d'études judiciaires, 19 et 20 mai 1995, Toulon, organisé par l'Institut d'études judiciaires de Toulon, Dalloz, 1996.
- VIVIEN (D.), « Essai sur l'art de juger », *Revue administrative*, n° 310, p. 358.
- WACHSMANN (P.), « La volonté de l'interprète », *Droits*, 1999, n° 28, p. 29.
- WAQUET (P.), « L'officieux et le "non-dit" », *Droit social*, n° 5, Mai 2009, p. 511.
- WEACHTER (B.), *Le jury criminel à l'épreuve de la souveraineté populaire*, LPA, 8 avril 1996, p. 6.
- WEIL (P.), « Le Conseil d'État statuant au contentieux, politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique », *Annales de la faculté de droit d'Aix*, n° 51, 1959, p. 289.
- WELLS (T. W.), « La sélection du jury aux Etats-Unis », *AJ pénal* 2006, p. 249.
- WIEDERKEHR (G.), « Droits de la défense et procédure civile », *D.* 1978. chron., p. 36.
- « Saisine pour avis de la Cour de cassation », *Justice*, n° 1, janvier/Juin 1995, chroniques d'actualité, p. 258.
 - « Les droits de la défense et le principe de la contradiction », in D. d'Ambra et F. Benoît-Rohmer et C. Grewe (dir.), *Procédures et effectivité des droits*, Bruylant, 2003, p. 159.
- WROBLEWSKI (J.), « La preuve juridique : axiologie, logique et argumentation », in Ch. Perelman et P. Foiriers (dir.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981.
- ZAGREBELSKY (G.), « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions* 2010 p. 9.

-ZAKI (M. S.), « Définir l'équité », APD 1990, p. 87.

-ZARKA (J.-C.), « A propos de l'inflation législative », D. 2005, p. 660.

-ZENATI (F.), « La saisine pour avis de la Cour de cassation », D. 1992, chron. 247.

- « La nature de la Cour de cassation », BICC du 15 avril 2003, p. 3.
- « La notion de divergence de jurisprudence », in P. Ancel et M.-R. Rivier, *Les divergences de jurisprudence*, Publications de

l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 53.

- « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », D. 2007, p. 1554.

-ZENATI-CASTAING (F.), « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », RTDC 2016 p. 511.

- « Regards sur la réforme de la Cour de cassation », JCP 2016, suppl. au n° 1-2.

V. Articles de mélanges

-AMSALEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in Mél. L. Favoreu, p. 983.

-AUBERT (J.-L.), « De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation », in Mél. P. Draï, Dalloz, 2000, pp. 7 s.

- « Le fait et la Cour de cassation », in Mél. P. Simler, Dalloz-Litec, 2006, p. 844.

-AUDINET (A.), « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? », in Mél. Brèthe de La Gressaye, 1967, Éditions Bière, pp. 99 s.

-BACH (L.), « La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source du droit ? (Tentative pour mettre fin à cette lancinante interrogation) », in Mél. J. Héron, LGDJ, 2008, p. 47.

-BEAUCHARD (J.), « La tendance au refoulement du fait dans le procès civil », in Mél. S. Guinchard, 2010, Dalloz, p. 587.

-BEGUIN (J.), « L'étonnante liberté de l'arbitre amiable compositeur », in Mél. G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, pp. 1 s.

-BEIGNIER (B.) ET PUIGELIER (C.), « *Sustine et abstine*. Existe-t-il des bons et des mauvais juges ? », in Mél. J. Foyer, 2010, Litec, pp. 51 s.

-BELLET (P.), « Le juge et l'équité », in Mél. R. Rodière, 1981, Dalloz, pp. 9 s.

-BENABENT (A.), « Un nouvel instrument jurisprudentiel : la gomme à effacer », in Mél. Ph. Le Tourneau, Dalloz, 2008, pp. 81 s.

-BERGEL (J.-L.), « La loi du juge : dialogue ou duel ? », in Mél. P. Kayser, PUAM, 1979, t. 1, p. 21.

- « Le juge et l'avocat », in Mél. P. Draï, Dalloz, 2000, pp. 22 s.

-BILLAU (M.), « Quel rôle pour la Cour de cassation au XXI^e siècle », in Mél. J. Normand, Litec, 2003, pp. 31 s.

-BLONDEL (PH.), « Le fait source de droit », in Mél. P. Draï, Dalloz, 2000, pp. 204 s.

-BOBBIO (N.), « Sur le positivisme juridique », in Mél. P. Roubier, t. 1, Dalloz-Sirey, Paris, 1961, pp. 53 s.

-BOLARD (G.), « Les juges et les droits de la défense », in Mél. P. Bellet, Paris, Litec, 1991, pp. 49 s.

- « Le nouveau code de procédure civile français », in Mél. J. Skapski, Cracovie, 1994, pp. 9 s.
- « Droit transitoire et procédure civile », in Mél. J. Foyer, 1997, Economica, pp. 439 s.
- « L'arbitraire du juge », in Mél. P. Draï, Dalloz, 2000, pp. 225 s.
- « Notre belle action en justice », in Mél. G. Wiederkehr, Dalloz, 2003, pp. 17 s.
- « Les faits tirés du dossier », in Mél. J. Normand, Litec, 2003, pp. 43 s.

-BORE (L.), « L'obscurité de la loi », in Mél. J. Boré, Dalloz, 2007, pp. 27 s.

- « Restitutions et responsabilités après anéantissement d'une décision de justice exécutoire », in Mél. S. Guinchard, Dalloz, 2010, pp. 607 s.

-BRAIBANT (G.), « Le principe de proportionnalité », in Mél. M. Waline, t. 2, LGDJ, 1974, pp. 297 s.

-BREDIN (J.-D.), « La loi du juge », in Mél. B. Goldman, 1982, Litec, pp. 19 s.

-BRUNET (A.), « Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la

Cour de cassation », *in* Mél. Normand, 2003, pp. 51 s.

-BUFFET (J.), « La sentinelle de la loi », *in* Mél. P. Julien, Édilaix, 2003, pp. 37 s.

-CADIET (L.), « Le procès est aussi une technique d'organisation... Sur quelques rapports du droit des affaires et du droit judiciaire privé », *in* Mél. J. Paillusseau, Dalloz, 2003, pp. 77 s.

« Efficience versus équité », *in* Mél. J. van Compernelle, 2004, Bruylant, pp. 25 s.

- « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », *in* Mél. J. Normand, Litec, 2003, pp. 71 s.
- « La sanction dans le procès civil », *in* Mél. J. Héron, LGDJ, 2008, pp. 125 s.
- « Carbonnier processualiste », *in* Mél. S. Guinchard, Dalloz, 2010, pp. 189 s.
- « Liens d'obligation, liens du procès : une introduction », *in* Mél. J. Beauchard, LGDJ, 2013, pp. 23 s.
- « Une justice contractuelle, l'autre », *in* Mél. J. Ghestin, LGDJ, Anthologie du droit, 2015, p. 177
- « Les conflits d'intérêts et les professions de justice », *in* Mél. F. Kernaeguen, PUF, 2016
- « Introduction à un cours de droit institutionnel de la justice », *in* Mél. Guidicelli-Delage, Dalloz, 2016, pp. 289.

-CANIVET (G.), « Comprendre le délibéré ? ou "Le Mystère de la chambre du Conseil" », *in* M. S. Guinchard, Dalloz, 2010, pp. 205 s.

-CANIVET (G.) ET MOLFESSIS (N.), « L'imagination du juge », *in* Mél. J. Buffet, Montchrestien, 2004, pp. 131 s.

- « La politique jurisprudentielle », *in* Mél. J. Boré, Dalloz, 2007, pp. 79 s.

-CATALA (P.), « Le juge et l'ordinateur », *in* Mél. R. Perrot, LGDJ, 1996, pp. 19 s.

-CAYROL (N.), « La saisine du juge », *in* Mél. G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, p. 99 s.

-CHAPUS (R.), « Qu'est ce qu'une juridiction ? La réponse de la juridiction administrative », *in* Mél. C. Eisenman, Cujas, 1975, pp. 265 s.

-CHARRUAULT (C.), « L'excès de pouvoir du juge civil », *in* Mél. Ph. Simler, Dalloz-LexisNexis, 2006, pp. 857 s.

-CHARTIER (Y.), « De l'an II à l'an 2000 : remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », *in* Mél. P. Draï, 2000, pp. 269 s.

-CORNU (G.), « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (Fragments d'un état des questions) », *in* Mél. P. Bellet, Litec, 1991, pp. 83 s.

- « Le règne discret de l'analogie », *in* Mél. A. Colomer, Litec, 1993, pp. 129 s.

-COTE (P.-A.), « Le souci de justice dans l'interprétation de la loi au Canada », *in* Mél. J.-L. Bergel, Bruylant, 2013, pp. 91 s.

-CROZE (H.), « Au-delà du droit processuel, Pour une théorie juridique de la décision », *in* Mél. J. Normand, Litec, 2003, pp. 125 s.

- « Pour une motivation pas trop explicite des arrêts de la Cour de cassation », *in* Mél. P. Malaurie, Defrénois, 2005, pp. 181 s.
- « Le juge doit-il dire le droit ? », *in* Mél. S. Guinchard, Dalloz 2010, pp. 225.

-DARCY (G.), « Le théoricien et le rêveur (réflexions sur les revirements de jurisprudence) », *in* Mél. M. Troper, *Economica* 2006, pp. 329 s.

-DEBBASCH (C.), « L'indépendance de la justice », *in* Mél. Dubouis, 2012, Dalloz, pp. 27 s.

-DE BECHILLON (D.), « Le juge et son œuvre, un an de fabrication du droit administratif au Conseil d'Etat », *in* Mél. M. Troper, *Economica*, 2006, pp. 359 s.

- « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », *in* Mél. P. Jestaz, Dalloz, 2006, pp. 29 s.

-DELEBECQUE (P.), « Les renoncements à recours », *in* Mél. Simler, Dalloz-Litec, 2006, pp. 563 s.

-DESDEVISES (Y.), « Quelques remarques sur la responsabilité des juges », *in* Mél. J. Normand, Litec, 2003, pp. 167 s.

- « Collégialité, impartialité et contradiction », *in* Mél. S. Guinchard, 2010, Dalloz, pp. 233 s.

-DICKINSON (J.), « Le problème du cas non prévu », *in* Mél. F. Gény, 1934, t. II, Sirey, pp. 503 s.

-DOUVRELER (O. ET L.), « Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes », *in* Mél. Robert, 1998, Montchrestien, pp. 32 s.

-DRAI (P.), « Le délibéré et l'imagination du juge », *in* Mél. R. Perrot, Dalloz, 1996, pp. 107 s.

-DUBOIS (P.), « L'intelligibilité de la loi », *in* Mél. P. Jestaz, Dalloz, 2006, pp. 135 s.

- DUPEYROUX (H.), « Sur la généralité de la loi », *in* Mél. Carré de Malberg, Sirey 1933, pp. 137 s.
- « La jurisprudence, source abusive de droit », *in* Mél. Maury, Dalloz, 1960, t. 2, pp. 349 s.
- DUPEYROUX (O.), « La jurisprudence, source abusive du droit », *in* Mél. J. Maury, Paris, Dalloz Sirey, 1960, tome II, pp. 349 s.
- EISENMANN (CH.), « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », *in* Mél. G. Marty, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 477 s.
- FAVOREU (L.), « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », *in* Mél. Waline, 2000, Dalloz, pp. 513 s.
- FERRIER (D.), « La preuve et le contrat », *in* Mél. M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, pp. 105 s.
- FLAUSS (J.-F.), « La collégialité à la Cour européenne des droits de l'homme », *in* Mél. S. Guinchard, 2010, Dalloz, pp. 453 s.
- FLECHEUX (G.), « Le droit d'être entendu », *in* Mél. P. Bellet, 1991, Litec, pp. 149 s.
- FOUCHARD (P.), « L'arbitrage judiciaire », *in* M. P. Bellet, 1991, Litec, pp. 167 s.
- FRICERO (N.), « Modes alternatifs de résolution des conflits et procès équitable », *in* Libertés, justice et tolérance, *in* Mél. Cohen-Jonathan, 2004, Bruylant, pp. 839 s.
- « L'impartialité des juges à travers la jurisprudence de la Cour de cassation sur la récusation », *in* Mél. J. Boré, Dalloz, 2007, pp. 181 s.
 - « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement... », *in* Mél. Guinchard, 2010, Dalloz, pp. 145 s.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le juge et son objet », *in* Mél. Mouly, t. 1, Litec, 1998, pp. 21 s.
- « Le modèle du bon juge Magnaud », *in* Mél. Wiederkehr (G.), Dalloz, 2009, pp. 335 s.
- GAILLARD (E.), « L'effet négatif de la compétence-compétence », *in* Mél. J.-F. Poudret, Berne, Stampfli 1999, pp. 387 s.
- GAUDEMET (E.), « L'œuvre de Saleilles et l'œuvre de Génny en méthodologie juridique et en philosophie du droit », *in* Mél. F. Génny, Sirey, 1934, pp. 1 s.
- GERVAIS (A.), « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », *in* Mél. Roubier (P.), Dalloz-Sirey, 1961, t. 1, pp. 241 s.
- GRIGNON (P.), « L'obligation de ne pas agir en justice », *in* Mél. C. Mouly, Litec, 1998, tome II, pp. 115 s.
- GROSSEN (J.-M.), « Le pouvoir modérateur de juge civil suisse », *in* Mél. G. Cornu, PUF, 1994, pp. 193 s.
- GUINCHARD (S.), « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? », *in* Mél. F. Terré, Dalloz, 1999, pp. 761 s.
- « Peut-on être bouddhiste ou chrétien ou juif ou libre penseur ou franc-maçon et juge ? Réponse impertinente à une question mal posée sur l'indépendance et l'impartialité des juges appartenant à la franc-maçonnerie », *in* Mél. P. Julien, Édilaix, 2003, p. 203.
 - « Le rapport d'obligation dans la théorie du procès », *in* Mél. J. Beauchard, 2013, pp. 335 s.
- HEBRAUD (P.), « Le juge et la jurisprudence », *in* Mél. Couzinet, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, pp. 329 s.
- « Observations sur l'arbitrage judiciaire », *in* Mél. Gabriel Marty, 1978, Université des sciences de Toulouse, pp. 635 s.
- HONNAKKER (P.), « Retour sur l'arrêt de l'exécution provisoire de droit : un espoir déçu », *in* Mél. Guinchard, Dalloz, 2010, p. 713.
- HUTCHENSON (J. C.), « Le jugement intuitif. La fonction du *hunch* dans la décision judiciaire », *in* Mél. F. Génny, Sirey, 1934, pp. 531 s.
- JAMIN (C.), « La doctrine : explication de texte », *in* Mél. P. Jestaz, Dalloz, 2006, pp. 225 s.
- « Deux questions préalables à l'instruction du procès de la prohibition des pactes de *quota litis* », *in* Mél. G. Viney, LGDJ, 2008, pp. 521.
- JULIEN (P.), « Principe de la contradiction et expertise en droit privé », *in* Mél. J. Buffet, 2004, LPA, pp. 293 s.
- KESSEDJIAN (C.), « Les effets pervers du caractère savant du droit international privé », *in* Mél. B. Oppetit, Litec, 2009, pp. 379 s.
- KINSCH (P.), « Entre certitude et vraisemblance, le critère de la preuve en

matière civile », in Mél. G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, pp. 455 s.

-KOVAR (R.), « La notion de juridiction en droit européen », in Mél. J. Waline, Dalloz, 2002, pp. 607 s.

-LABARTHE (F.), « Les conflits de qualification (Éléments de réflexion à partir de la distinction entre contrat d'entreprise et d'autres contrats) », in Mél. B. Bouloc, Dalloz, 2007, pp. 539 s.

-LAINGUI (A.), « L'image du juge et de l'accusé dans la littérature des adages », in Mél. J.-P. Royer, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2005, pp. 585 s.

-LAMARQUE (J.), « Le procès du procès », in Mél. J.-M. Auby, Dalloz, 1992, pp. 149 s.

-LALIVE (P.), « Le choix de l'arbitre », in Mél. J. Robert, Montchrétien, 1998, pp. 353 s.

-LARDEUX (G.), « Preuve civile et vérité », in Mél. J.-L. Bergel, Bruylant, 2013, pp. 911 s.

-LARGUIER (J.), « Mort et transfiguration du droit pénal », in Mél. M. Ancel, Pedone, 1975, t. 2, p. 138.

-LECUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », in Mél. F. Terré, PUF, 1999, pp. 643 s.

-LENOBLE (J.), « La question de l'application en droit au delà d'une approche herméneutique », in Mél. J. van Compernelle, 2004, Bruylant, pp. 323 s.

-LE FOYER DE COSTIL (H.), « Le vol d'aigle du juge des référés », in Mél. Bellet, Litec, 1991, p. 341.

-LOUIS-LUCAS (P.), « Traits distinctifs des conflits de loi dans le temps et des conflits de loi dans l'espace », in Mél. Roubier, 1961, t. 1, pp. 323 s.

-PARMENTIER (M.), « Personnalisation du rythme des affaires et rigidité des agendas », in Mél. P. Draï, Dalloz, 1999, pp. 439 s.

-MALAURIE (P.), « L'effet pervers des lois », Mél. G. Cornu, PUF, 1994, pp. 309 s.

- « La sobriété », in Mél. G. Champenois, Defrénois, Lextenso éditions, 2012, pp. 599 s.

-MAURY (J.), « Observations sur la jurisprudence en tant que sources du droit », in Mél. G. Ripert, t. 1, LGDJ, 1950, pp. 28 s.

-MAZEAUD (D.), « Liberté contractuelle et procès civil », in Mél. J. Beauchard, pp. 229 s.

-MERLE (J.-L.), « Les fondements idéologiques de la critique de la justice », in Mél. P. Kayser, t. 2, pp. 257 s.

-MIGUET (J.), « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et

points de droit (article 12 alinéa 4 du nouveau Code de procédure civile) », in Mél. P. Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, pp. 570 s.

-MOTULSKY (H.), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : respect des droits de la défense en procédure civile », in Mél. P. Roubier, tome II, 1961, Dalloz, pp. 190 s.

-MOURY (J.), « De quelques aspects de l'évolution de la *jurisdictio* (en droit judiciaire privé) », in Mél. R. Perrot, Dalloz, 1996, pp. 299 s.

-NORMAND (J.), « Le juge et le fondement du litige », in Mél. P. Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, pp. 595 s.

- « Les facteurs d'accélération de la procédure », in Mél. P. Draï, Dalloz, 2000, pp. 427 s.

-OPPETIT (B.), « Justice étatique et justice arbitrale », in Mél. P. Bellet, 1991, pp. 415 s.

-PELLETIER (C.), « Quinze ans après : l'efficacité des avis de la Cour de cassation », in Mél. Ph. Jestaz, 2006, Dalloz, pp. 429 s.

-PERROT (R.), « L'inversion du contentieux (ou les Prouesses de l'ordonnance sur requête) », in Mél. J. Normand, Litec, 2003, pp. 387 s.

- « L'astreinte à la française », in Mél. J. Van Compernelle, Bruylant, 2004, pp. 487 s.
- « Les métamorphoses de l'exécution provisoire », in Mél. Wiederkehr, 2009, pp. 611 s.

-PRADEL (J.), « Le rôle du juge dans la charge de la preuve. Approche comparée dans le système de *Common Law* et Romano-germanique », in Mél. G. Giudicelli-Delage, Dalloz, 2016, pp. 829 s.

-RASSAT (M.-L.), « Sexe, médecine et droit », in Mél. P. Raynaud, Dalloz, 1985, pp. 651 s.

-RAVANARI (G.), « Interrogations autour d'un droit fondamental : l'appel », in *Justice et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, in Mél. S. Guinchard, Dalloz, 2010, pp. 355 s.

-RAYNAUD (P.), « L'obligation pour le juge de respecter le principe du contradictoire. Les vicissitudes de l'article 16 », in Mél. P. Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, pp. 715 s.

-REVEY (T.), « La légisprudence », in Mél. P. Malaurie, Defrénois, 2005, pp. 377 s.

-REYMOND (C.), « Le président du Tribunal arbitral », in Mél. P. Bellet, Litec 1991, pp. 477 s.

- ROUHETTE (G.), « Une fonction consultative pour la Cour de cassation », *in* Mél. A. Breton et F. Derrida, Dalloz, 1999, pp. 343 s.
- SALMON (J.), « Le concept de raisonnable en droit international public », *in* Mél. P. Reuter, 1982, pp. 447 s.
- SAMUEL (G.), « Qu'est-ce que le raisonnement juridique », *in* Mél. J.-L. Bergel, Bruylant, 2013, pp. 449.
- SANHOURY (AL.), « Le standard juridique », *in* Mél. Gény, Sirey, 1934, t. 2, pp. 144 s.
- SCHOLASTIQUE (E.), « L'image d'une cassation : l'arrêt Metaleurop (Com. 19 avril 2005) », *in* Mél. Ph. Jestaz, Dalloz, 2006, pp. 503 s.
- SERIAUX (A.), « Le juge au miroir. L'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel contemporain », *in* Mél. C. Mouly, t. 1, Litec, 1998, pp. 171 s.
- SEUBE (J.-B.), « L'*electio juris* en droit interne ou la soumission volontaire des parties à un droit protecteur », *in* Mél. J. Calais-Auloy, 2004, Dalloz, pp. 1009 s.
- SIMON (J.), « Rétroactivité de la jurisprudence : sécurité juridique contre évolution du droit, vers la fin d'une hypocrisie ? », *in* Mél. G. Horsmans : Bruylant 2004, p. 1015.
- SOYER (J.-C.), « Une certaine idée du droit...de la sanction pénale », *in* Mél. A. Decocq, Litec, 2004, pp. 557 s.
- STONE (F.-F.), « Les cas non prévus par le droit en vigueur », traduit de l'anglais par R. de Menasce, *in* Mél. G. Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 1051 s.
- STORME (M.), « Le juge et son panier », *in* Mél. J. Héron, LGDJ, 2008, pp. 473 s.
- STRICKLER (Y.), « La loyauté processuelle », *in* Mél. J.-F. Burgelin, Dalloz, 2008, p. 335.
- « De l'interprétation ou de l'actualité de la pensée de Demolombe », *in* Mél. G. Wiederkehr, Dalloz, 2009, pp. 809 s.
- TARZIA (G.), « Les pouvoirs d'office du juge en matière de preuve », *in* Mél. R. Perrot, Dalloz, 1996, pp. 469 s.
- TERRE (F.), « L'image de la justice », *in* Mél. P. Draï, Dalloz, 2000, pp. 121 s.
- « Retour sur la qualification », *in* Mél. J. Buffet LGDJ, 2004, pp. 419.
- TOURNAFOND (O.), « Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement », *in* Mél. P. Jestaz, 2006, pp. 547.
- TROPER (M.), « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *in* Mél. C. Eisenman, 1977, Cujas, pp. 133 s.
- TULKENS (F.) ET LOTARSKI (L.), « Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* Mél. van Compernelle, 2004, Bruylant, pp. 731 s.
- VAN COMPERNOLLE (J.), « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », *in* Mél. F. Rigaux, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 495 s.
- « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable : les effectivités d'un droit processuel autonome », *in* Mél. J. Normand, Litec, 2003, pp. 471 s.
- VINCENT (J.), « Juridiction collégiale ou juge unique dans le procédure civile française », *in* Mél. L. Falletti, Annales de la faculté de droit et de sciences économiques de Lyon, 1971, II, pp. 561 s.
- WALINE (M.), « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *in* Mél. G. Scelle, 1950.
- WIEDERKEHR (G.), « Qu'est-ce qu'un juge ? », *in* Mél. R. Perrot, Dalloz, 1996, pp. 575 s.
- « La logique du procès. Propos introductifs », *in* Mél. Cohen-Jonathan, 2004, pp. 1751 s.
 - « De la légitimité de la justice », *in* Mél. J. Héron, LGDJ, 2009, pp. 585 s.
- XAVIER (C.), « La qualification des faits est-elle une question de fait ou de droit ? », *in* Mél. J. Boré, Dalloz, 2007, pp. 511 s.
- ZENATI-CASTAING (F.), « Pour un droit des revirements de jurisprudence », *in* Mél. J.-L. Bergel, Bruylant, 2013, pp. 501 s.

VI. Notes, observations, commentaires et conclusions

-ATIAS (C.), « *Juris dictio* : redire l'inédit », D. 1992, chron., p. 281.

- « Nul ne peut prétendre au maintien d'une jurisprudence constante, même s'il a agi avant son abandon », D. 2000, p. 595.

-BATTIFOL (H.), obs. ss. Civ. 1^{re}, 19 mars 1973, Rev. crit. DIP, p. 79.

-BEAUSSONIE (G.), « Vers un retour du "bon juge" en droit pénal. À propos de l'absence de sanction d'une soustraction de produits périmés », note ss. Crim., 15 déc. 2015, D. 2016, p. 644.

-BENABENT (A.), « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », D. 2016, p. 137, note ss. Civ. 3^e, 15 oct. 2015, n° 14-23.612.

-BOURSIER (E.), « Un "nouveau" principe directeur du procès civil : le principe de loyauté des débats », D. 2005, p. 2570, note ss. Civ. 1^{re}, 7 juin 2005, n° 05-60.044.

-CARBONNIER (J.), note ss. T civ. Lille, 18 mars 1947, D. 1947. 507.

-CAYROL (N.), D. 2016, p. 449, note ss. Civ. 1^{re}, 30 sept. 2015, n° 14-16.273.

-CHAUVIN (P.), « Contrôle de proportionnalité : « Une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne », Gaz. Pal. 2016, n° 43, p. 10.

-CHENEDE (F.), « De l'équité aux droits de l'homme », note ss. Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, AJ Famille 2013, p. 663.

-COHET-CORDEY (F.), « Dol par réticence dans la vente d'un bien immobilier en l'état », AJDI 2001, p. 1020, Obs. ss. Civ. 3^e, 29 nov. 2000, n° 98-21.224.

-COUSTET (T.), « La justice reconnaît la mention « sexe neutre » sur l'état civil », Dalloz actualité, le 16 octobre 2015.

-CROZE (H.), « Irrecevabilité de conclusions pour violation d'une convention de procédure », obs. sur Reims, 27 nov. 2012, RG n° 12/02121, JCP 2012. 1394 ;

-DESHAYES (O.), « L'office du juge à la recherche de sens. À propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 », D. 2008, p. 1102.

-DEUMIER (P.), « Les divergences de jurisprudence : nécessité de leur existence, nécessité de leur résorption », RTD civ. 2013.

557, note ss. Ass. plén., 15 févr. 2013, n° 11-14.637.

- « Une norme indicative : la table de référence pour fixer les pensions alimentaires », RTD civ. 2014, p. 77.

- « Roubier, plus fort que les dispositions transitoires ? », RTD civ. 2015, p. 569, obs. ss. Cass. avis, 16 février 2015, n° 14-70.011.

- « Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents », RTD civ. 2016, p. 65, obs. ss. Cass. avis, 4 janv. 2016, n° 15-70.004.

- « Une motivation plus explicite des décisions de la Cour de cassation », JCP G 2016, p. 554, obs. ss. Crim. 29 févr. 2016, avis, n° 15-70.005.

- « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », RTD civ. 2016, p. 578, obs. ss. CE, 31 mai 2016,

-DROSS (W.), « Les servitudes de lotissement et la Cour de cassation, ou quand la technique juridique s'abîme dans le pof-pof », RTD civ. 2016, p. 394, obs. ss. Civ. 3^e, 21 janv. 2016, n° 15-10.566.

-DUTHELLET DE LAMOTHE (L.) ET ODINET (G.), « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », AJDA 2016. p. 1398, obs. ss. CE, 31 mai 2016, n° 396848 .

-FRICERO (N.), « Procédure civile » (janv.-déc. 2012), chronique, D. 2013. 269.

-FRISON-ROCHE (M. A.), D. 1989, p. 609, note ss. Civ. 2^e, 4 nov. 1988, Bull. civ. II, n° 202, p. 111.

- « Les lenteurs procédurales excessives constituent un déni de justice engageant la responsabilité de l'Etat », D. 1998, Jur. p. 9, note ss. TGI Paris, 5 nov. 1997.

-HAFTEL (B.), « Autorisation d'une insémination *post-mortem*, une décision de circonstance ? », D. 2016, p. 2392, obs. TA Rennes, 11 oct. 2016, n° 1604451.

-HAUSER (J.), « L'intersexuation : faut-il créer un troisième sexe mixte ? », RTD civ. 2016, p. 77, note ss. TGI Tours, 2^e ch.civ., 20 août 2015.

-JEOL (M.), concl., D. 1996. 13, Ass. plén., 1er déc. 1995, préc.

-LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Quand l'ordre juridique peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionnalité *in concreto*

appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », JCP G. 2017, I, 46, obs. ss. Civ. 1^{re}, 9 nov. 2016, n° 15-25.068.

-LE BARS (T.), « Revirement de jurisprudence sur les clauses dites pénales en droit des libéralités », D. 2016, n° 10, p. 581, note ss. Civ. 1^{re}, 16 déc. 2015, n° 14-29.285.

-LE GAC-PECH (S.), « Vers la mention d'un sexe neutre », AJ fam. 2015, p. 613.

-LOQUIN (E.), « La responsabilité des arbitres pour dépérissement du délai d'arbitrage », RTD com. 2016, p. 76, obs. ss. Paris 31 mars 2015, n° 14/05436, préc.

-MARGUENAUD (J.-P.), « La rébellion de l'Assemblée plénière contre la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du sida », RTD civ. 1998, p. 518, obs. ss. Ass. plen., 6 juin 1997, n° 15-12.284.

-MAYAUD (Y.), « Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation *contra legem*... et *contra rationem* », D. 1998, chron. p. 212.

-MAYER-JACK (A.), « Les conséquences de l'exécution d'un arrêt ultérieurement cassé », JCP 1968. I. 2202, spéc. n° 15.

-MELIN (F.), Dalloz actualité, le 6 déc. 2016, obs. ss. Civ. 2^e, 24 nov. 2016, n° 16-01.646.

- Dalloz actualité, le 6 mai 2016, obs. ss. Civ. 2^e, 7 avr. 2016, n° 15-16.091.

-MOLFESSIS (N.), « L'équité n'est pas une source de droit », obs. ss. Soc. 6 déc. 1996, RTD Civ. 1999, p. 221.

-NOURISSAT (C.), « Pour une motivation explicite des arrêts de la Cour de cassation : *it missa est* », Procédures, 2016, repère 6, obs. ss. Com. 22 mars 2016, n° 14-14.218.

-PERROT (R.), « Exécution provisoire : critères d'appréciation des conséquences manifestement excessives », RTD civ. 1991, p.

169, obs. ss. Ass. plen., 2 nov. 1990, n° 90-12.698.

- RTD Civ. 2007. 178, obs. ss. Civ. 2^e, 12 oct. 2006, Bull. civ. II, n° 267.
- RTD Civ. 2006, p. 821, obs. ss. Civ. 2^e, 28 juin 2006, n° 04-17.224.
- RTD Civ. 2007, p. 386, obs. ss. Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 06-13.134.
- RTD civ. 2010, p. 375, obs. ss. Civ. 2^e, 4 févr. 2010, n° 09-10.745.
- RTD Civ. 2012, p. 774, obs. ss. Civ. 2^e, 28 juin 2012, n° 10-13.884.

-ROBERT (J.-H.), Dr. pénal, sept. 2002, Comm. n° 100, obs. ss. Crim., 6 mai 2002, Bull. crim., n° 101.

-ROUSSEL (M.), Dalloz actualité, le 25 nov. 2016, obs. ss. Soc. 9 nov. 2016, n° 15-10.203.

-SAINT-PAU (J.-C.), « Droit à la preuve versus droit au respect de la vie privée – Jean-Christophe Saint-Pau », D. 2016, p. 884, obs. ss. Civ. 1^{re}, 25 févr. 2016, n° 15-12.403.

-SIFREIN-BLANC (C.), « L'éviction d'une prestation compensatoire au nom de l'équité », AJ Famille, 2010, p. 492, note ss. Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 09-66.186.

-THERY (P.), « À propos d'un arrêt sur les revirements de jurisprudence ou comment faire une omelette sans casser les œufs », RTD civ. 2005, p. 176, obs. ss. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, n° 01-10.426.

- « Incompétence du juge de l'exécution et plénitude de juridiction de la cour d'appel : de l'intérêt de distinguer compétence et pouvoir... », obs. ss. Civ. 2^e, 8 avr. 2004 et 3 juin 2004, RTD civ. 2004, p. 544.

-VIRASSAMY (G.), obs. ss. Civ. 1^{re}, 8 nov. 1989, JCP. 1990, II, 21576.

-VOIRIN (P.), « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences (À propos de l'arrêt du 18 juin 1958) », JCP 1959, I, 146

Index alphabétique

(les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Abstention (du juge) : 465 s.
Accords de volontés : 445, 542 s.
Aléa judiciaire : 1, 6, 7, 590, 593.
Amicus Curiae : 305.
Analyse économique du droit : 65.
Appréciation :
- discrétionnaire : 38, 87, 273, 275, 357, 375, 383, 396, 400, 409, 465, 586.
- pouvoir d' - : 38, 96, 195, 409, 485, 549, 554, 586.
- souveraine : 38, 87, 92, 94, 103, 106, 109, 110, 114, 122, 134, 168, 275, 285, 299, 302, 538.
Arbitrage (sens juridictionnel) : 42, 59, 403, 521, 568, 575, 586.
Arbitrage judiciaire : v. pacte d'amiable composition
Arbitraire (définition) : 325.
Arbitraire du juge :
- aggravé : 339 s.
- critères : 326, 327, 333 s.
- nature : 599
- simple : 388 s.
Argent :
- v. frais de l'instance
Aristote : 39, 188, 191, 459.
- hasard : 47.
- prudence : 36.
Arrêt de principe : 252.
Arrêt de règlement : 252.
Art de juger :
- art d'appréhender les faits : 50 s.
- art d'appliquer le droit : 179 s.
- contingence : 47.
Art de la solution : 46, 323.
Assurance de protection juridique : 592.
Astreinte : 275.
Audace du juge : 259 s., 295, 413, 495.
- v. Magnaud (le bon juge-).
Audience : 356, 357, 361, 362, 375, 396, 397, 398, 399 s., 403,

- report d' - : 400 s.
Automatisation (jugement) : 470 s.
Autonomie : v. juge
Autoritarisme (du juge) : 405 s.
Autorité : 12, 13, 16, 57, 405, 407, 441, 492.
- v. puissance (du juge)
Autorité de la chose jugée (concentration des moyens) : 164, 378.
Autorités administratives indépendantes : 64.
Autorité judiciaire : 43, 297.
Avis : 465, 500, 501.

B

Balance des intérêts : 288 s., 295, 296, 298, 299, 303, 305, 306, 313, 314.
Barèmes : 485, 486.
Beau droit : 351.
Beau jugement : 48, 316.
Beccaria (Cesare) : 17.
Bridoye (juge) : 1, 2, 6, 204, 611, 612.

C

Calendrier de procédure : 577 s.
- arbitrage : 575.
- force contraignante : 579.
- mise en état : 578.
Carbonnier (Jean) : 154, 190, 244, 279, 308, 316, 611, 613.
Cas perplexes : 202, 203 s.
Casuistique : 209, 272, 294, 298, 299, 331, 332, 333, 383, 438.
Caution (garantie) : 411, 536, 538.
Clauses aménageant le droit d'agir : 544.
Clauses de compétence : 544.
Clauses de constatation : 554.
Clause défense-recours : 591
Clause d'electio juris : 573, 574.

Clause de remboursement des frais du procès : 596, 597, 598.

Clause résolutoire : 556.

Cohérence (vertu) : 413 s., 476 s.

Collégialité : 234, 402, 403, 461 s.

Common Law : 476.

Concentration des moyens : v. autorité de la chose jugée

Confiance légitime : 427 s.

Conflit de normes : 149, 203, 207, 217, 219.

- conflit dans le temps : 208 s.

- conflit entre normes de même degré : 215 s.

- conflit externe : 220 s.

- conflit interne : 201 s.

Conseil de prud'hommes : 62, 165, 466.

Conseil supérieur de la magistrature : 28, 332, 359, 361, 362, 368, 371, 372, 375, 403.

Contingence : 6, 11, 21, 47, 231.

Contractualisation de la justice : 543, 544.

Contradictoire (principe) : 518 s.

Contrat : 143, 144, 152, 163, 164, 166, 167, 254, 380, 542, 555, 556, 577, 586, 590, 592, 593.

- application de la loi dans le temps : 213.

Contrôle de proportionnalité : 287 s.

- balance des intérêts : 288 s.

- Conseil d'État : 294.

- contrôle du contrôle : 301.

- critiques (négatives) : 295.

- droits fondamentaux : 291, 292, 293, 294.

- généralisation : 292 s., 297 s.

- juge des référés : 299.

- légitimité : 297.

- motivation : 303 s.

- rapport avec l'équité : 289.

- rationalité (nécessité) : 300 s.

- syllogisme : 298, 307 s.

Conventions sur la preuve : 550 s.

Convention de procédure participative : 558 s.

Cornu (Gérard) : 39, 80, 601.

Correctionnalisation : v. qualification

Costume judiciaire : 4, 67.

Courage (de juger) : 5, 6, 55, 366, 611.

Créativité du juge : 46, 47, 48, 192, 205, 232, 240, 241, 246, 494.

D

Da mihi factum tibi dabo jus : 265, 380, 561.

Dauvin (arrêt) : 378.

Délais de l'instance : v. temps de l'instance

Délai raisonnable : 353, 356, 395.

Délibération : 36, 281, 361, 362, 390, 402, 403.

- v. prudence.

Déni de justice : 341 s., 380, 385.

- étranger à l'arbitraire du juge : 343, 344, 345.

- manifestant l'arbitraire du juge : 347 s.

Déontologie : 28.

Dépens : v. frais de l'instance

Dialogue des juges : 257 s.

Divergences : v. jurisprudence

Doute du juge : 114, 203, 260, 372, 516 s.

- scepticisme : v. cette entrée

Droit :

- « application » par le juge ? : 315.

- conception post-moderne : 308.

- imperfection : 183, 222, 230.

- lutte pour le droit : 316.

- naturel : 193, 203, 181, 448.

- pensée par cas (conception post-moderne) : 308.

- rajeunissement : 245 s.

Droits de la défense : 448, 518.

E

Effets légaux du contrat : v. contrat (application de la loi dans le temps)

Égalité :

- des justiciables : 301, 413, 428.

Équité : 40, 236, 238, 260, 383.

- correctrice : 280 s.

- créatrice : 194 s.

- modulatrice : 271 s.

- pacte d'amiable composition : 566, 567.

Erreur du juge : 113, 116, 161, 336, 378.

Esthétique du jugement : 48.

Éthique du juge : 600.

Étourderie (du juge) : 343.

Excès de pouvoir : 406.

Exécution (de la décision) : 408.
- Exécution provisoire : 409, 410, 411, **528 s.**

F

Facteurs d'influence de la décision : 23.
Faculté de modération : **278 s.**
Faculté de modulation : **269 s., 507 s.**

Faits litigieux :

- adventices : 72.
- ambiguïté : **141 s.**
- appréhension : **50 s.**
- appréciation : **53 s., 415 s., 479 s.**
- compréhension : **55 s., 549 s.**
- diversité : **133 s.**
- qualification : v. cette entrée

For intérieur : 37, 94, 97, 98, 100, 108, 112, 121, 371.

Formalisme : 1, 27, 447, 539.

Fourberie du juge : 379.

Frais de l'instance : 383, 384, 570, **585 s.**

- v. assurance de protection juridique
- v. clause de remboursement des frais de l'instance

Frais irrépétibles : v. frais de l'instance

G

Gény (François) : 118, 193, 246, 261, 288, 316, 601.

Glorieuse incertitude du droit : 603.

H

Hart :

- *hard cases* : 237.
- *open texture* : 232.
- proportionnalité : 288.

Hierarchie des normes : 215.

Holmes (juge) : 22.

- v. Réalisme juridique (doctrine).

Honoraires : 384, 530, 593.

Humanité :

- du juge : 40, **66 s.**, 77, 80, 131, 256, 260, 394, 437, 439, 470, 471, 605.
- du droit : 316, 603.

Hunch : 24.

I

Ignorance (du juge) : **382 s.**

Image des juges : 2.

Imperium : 275, 432, 551.

Indétermination du prix (arrêts) : **254 s.**

Individualisation de la règle :

- critère personnel : 273.
- critère situationnel : **274 s.**

Inflexion de la règle : 279, 425.

Imprévisibilité : v. prévisibilité

Instruction : 87, **90 s.**, 111, 170, 348, **358 s.**, 368, **394 s.**, 448, 453, 519, 533, 538, **558 s.**, 588, 591.

Interprétation du droit :

- acte de création : 240, 241.
- acte de volonté : 230.
- changement : **256 s., 423 s.**
- incohérence : **420 s.**
- juridictions de cassation (rôle) : **251 s.**
- liberté (du juge) : 238
- nécessité : 229, 230, 247.
- orientation : 233, **237 s.**
- part politique : **244 s.**
- théorie de l'arbre vivant : 248, 249.
- théorie des contraintes : v. cette entrée
- théorie réaliste de l'interprétation : 230, 539.

Intime conviction : 37, 69, **95 s., 100 s.**, 481.

J

Jhéring (Rudolf von) : 27, 317.

Juge :

- autonomie : 9, 20, 24, 31, 34, 38, 46, 48, 90, 180, 335.
- critères : **41 s.**
- légitimité : 297, 597.
- rejet du - : 3

Juge consulaire : 61.

Juge de la mise en état : 356, 396, 582.

Juge de paix : 57.

Juge de proximité : 58.

Juge des référés : **74 s.**, 294, 299, 322, 403.

Juge des requêtes : 526.

Juge d'instruction : 91, 92, 359, 360, 361, 368, 371, 372, 397, 538.

Jura novit curia : 159.

Juris dictio : 42, 376.

Jurisprudence :

- divergences : **256 s.**

- revirements : 252, 253, 262, 429, 495, 504, 505, 507, 510, 511, 512.

Jurys populaires : 68, 69, 70, 96, 175.

Jus singulare : 278.

Juste (le) : 279, 281, 284, 288, 290, 299, 302, 305, 307, 308, 318, 322.

Juste distance : 371, 439, 459 s.

Justice du XXI^e siècle : 29, 292, 302, 305, 558.

K

Kelsen (Hans) : 215, 230.

Kojève (Alexandre) : 5, 21.

L

Lacunes (du droit) : 181, 183, 186, 188, 189, 191, 193, 227, 247, 265, 281.

Langage du droit : 232, 332, 383, 490.

Legal realism

- v. réalisme juridique (doctrine)

Légitimité : 179.

Légitimité : v. juge

- caractère immanent : 607.

Lenteur du juge : **350 s.**

- dans la discussion : 356, 357.

- dans l'instruction : 358, 359, 360.

- dans la délibération : 361, 362.

Liberté (notion) : 9.

Liberté (du juge) : 15, 25, 31, 37, 49, 85, 87, 95, 97, 134, 143, 154, 172, 177, 181, 213, 227, 233, 238, 241, 244, 245, 247, 353, 384, 418, 479, 548, 604.

- neutralisation : 26.

- protection : 27.

Lien de causalité : 135.

Litigation funding : 593.

Littérature :

- v. image des juges

Logique : 18, 19, 22, 23, 24, 32, 50, 80, 227, 235, 241, 295, 300, 301, 314, 422, 472, 473, 605, 606.

Loyauté : 27, 400, 521, 522, 578.

Lumières (révolution) : 15.

Lumières du juge : **55 s.**

M

Magnaud (le bon juge -) : 260, 261.

Mesure (défaut de-) : **390 s.**, 515, 549.

Mesures d'instruction : v. preuves

Méthode (dans réalisation du droit) : 18, 236, 246, 271, 291, 292, 298, 299, 301, 605, 606, 607, 608, 609.

Mise en état : 358, 383, 558, 559, 578, 579, 580, 583, 588

Modulation dans le temps (revirement) : **507 s.**

Montesquieu : 15.

Motivation du jugement : 38, 87, 193, 260, 275, 298, 383, 396, 403, **455 s.**, **488 s.**

- contrôle de proportionnalité : 304.

- enrichie : **492 s.**, 499, 500, 501.

- externe : 495.

- *imperatoria brevitatis* : 490, 491.

- interne : 497, 498.

Motulsky (Henri) : 18, 19, 72, 84, 128, 233, 310, 316, 376, 378, 379, 447, 448, 477, 566, 601, 607.

Moyens (cassation) : 44.

v. relevé d'office

N

Neutralisation : v. faculté de modération

Neutralité (du juge) : v. juste distance.

O

Objectivité : 364, 371, 381, 397, **450 s.**, 596, 600.

Ordinateur : **471 s.**

Ordre juridique : 18, 32, 42, 183, 186, 199, 201, 205, 215, 227, 232, 258, 264, 265, 278, 297, 315, 427.

P

Pacte d'amiable composition : **566 s.**

Paix : 4, 57, 610, 187, 189, 321, 405, 610.

Partialité (du juge) : 70, **364 s.**

- amour : 372.

- argent : 371.

- colère : 375.

- ignorance : 382.

- relevé d'office : **377 s.**
- Pensée par cas** : v. droit
- Petit déjeuner** : 23.
- « **Plaisante justice qu'une rivière borne...** » : 79.
- Portalis** (Jean-Etienne Marie) : 181, 195, 238, 270, 272.
- Pouvoir d'appréciation** : v. appréciation
- Pragmatisme** (du juge) : 153, 176, 202, 207, 212, 222, 227, 235, 238, 322
- Précédents** : 499, 501,
- Précipitation du juge** : **392 s.**
- dans la délibération : **402 s.**

- dans la discussion : **399 s.**
- dans l'instruction : **394 s.**
- *De fol jure brevis sententia* : 394.
- Présomptions** :
 - présomptions judiciaires : **118 s.**
 - présomptions légales : 119, 480, 481
- Prévisibilité** : 32, 47, 82, 178, 196, 217, 270, 295, 302, 305, 316, 422, 424, 427, 428, 435, 441, 445, 471, 476, 480, 487, 498, 505, 567, 577, 580, 583, 603.
- imprévisibilité : 7, 32, 227, 542.
- Preuves** :
 - absence de - : 348.
 - administration de la - : **550 s.**
 - aveu : 109.
 - convention sur la preuve : v. cette entrée
 - contradiction : **101 s.**
 - faillibilité : **108 s.**
 - force probante : **94 s.**
 - *gatekeeper* : 115.
 - intime conviction : v. cette entrée
 - mesures d'instructions : 87.
 - pièces : 86
 - présomptions : v. cette entrée
 - production : **82 s.**
 - scientifiques : 112, 113, 114, 116.
 - système : 95, 96, 97, 105.
 - techniques : 111.
- Principe de légalité** : 17, 172, 238, 429.
- Principes directeurs du procès** : 378, 448.
- Procédure** (types) :
 - accusatoire : **83 s.**
 - inquisitoire : **90 s.**
- Procédure** (vertus) : 27, 444, 447.
- contraintes : 539.

- Procédure sur requêtes** : v. juge des requêtes
- Progrès du droit** : 258, 259, 263, 316, 427, 492.
- Prospective overruling** : 505.
- v. modulation dans le temps
- Proportionnalité** : v. contrôle de proportionnalité
- Protocole de procédure** : 582, 583.
- Prudence** : 17, 19, 24, 36, 40, 76, 88, 98, 121, 284, 305, 390, 396, 402, 411, 515.
- Publicité** (exigence) : **452 s.**, 568.
- Puissance** (du juge) : 12, 13, 15, 38, 177, 265, 326, 374, 391, 600.

Q

- Qualification des faits** : **128 s.**
- adaptation : **169 s.**
- erreur : **160 s.**
- casuistique : 134, 135.
- concours : **149 s.**
- convergences : **142 s.**
- correctionnalisation : 174, 175.
- fraude : **166 s.**
- pragmatisme du juge : 176, 177.
- requalification : **157 s.**
- standards : 136, 137, 138, 139.
- Qualité** (de la justice) : 580.
- « **Que Dieu nous garde de l'équité des parlement** » : 14.

R

- Rabelais** (François) : 1, 204, 350.
- Réalisation du droit** : 18, 27, 32, 39, 40, 46, 47, 128, 180, 246, 270, 271, 272, 273, 279, 285, 287, 298, 300, 308, 315, 316, 422, 539, 602, 603, 607.
- Réalisme juridique** (doctrine) : 22.
- Réalisme du juge** : 76, 145, 254, 308.
- Récusation** : 70, 465, **467 s.**
- Référés** : v. juge des référés
- Référé-liberté** : 533.
- Règles de droit** :
 - contradictions : **199 s.**
 - contrôle concret : **267 s.**
 - généralité : 40, 279, 281, 295, 316.
 - résultat excessif : **278 s.**
 - usure du temps : 244.

- virtualité : 46, 128, 136.
Relevé d'office (moyens) : v. partialité
Répudiation : 226.
Requêtes : v. juge des requêtes
Responsabilité du fait des choses : 241.
Responsabilité :
- de l'État : 353, 418,
- du juge : 386, 442, 575, 599, 600.
Retenue (exigence) : **515 s.**
Revirement de jurisprudence : v.
interprétation du droit
- effet déclaratif : 432.
- *in defavorem* : 429
- modulation dans le temps : v. cette entrée
- nocivité : 503.
- rétroactivité : 434, 435
Révolution : 16, 17, 179, 181, 186, 452,
456, 307, 308.
Risque :
- de la preuve : 549.
- financier : 585, 592.
Robe : v. costume judiciaire

S

Saint Augustin : 11.
Saint Thomas d'Aquin : 11, 40.
Saïlles (Raymond) : 273, 328, 601.
- v. individualisation de règle
Scepticisme : **71 s.**
v. doute du juge
Sécurité juridique : 32, 138, 208, 243,
246, 300, 305, 424, 427, 428, 471, 553.
- insécurité juridique : 98, 167, 270, 307,
505, 583.
Sensibilité du juge : 24, 25, 55, **66 s.**, 605.
Sexe neutre : 262, 263.
Société de financement de procès : 593.
Sociological jurisprudence :
- v. réalisme juridique (doctrine)
Soft law : 583.

Sort (recours au) : v. aléa judiciaire
Subjectivité (du juge) : 20, 24, 25, 40, 51,
55, 66, 67, 68, 79, 94, 95, 121, 122, 125,
131, 196, 197, 233, 261, 297, 298, 304,
305, 417, 455, 471, 472.
Sursis à statuer : 357.
Syllogisme : 22, 23, 24, 49, 50, 178, 183,
217, 229, 271, 291, 298, 314, 315, 474,
490, 603, 606, 607, 608.
- libre arbitre (contre) : 19.
- modèle : 18.
- redéfinition : **307 s.**
- régressif : 153, **234 s.**

T

Temps : 21, 34, **208 s.**, 244, 247, 352,
353, 357, **350 s.**, **394 s.**, 426, **503 s.**, 519,
520, 522, **572 s.**
Théorie de l'arbre vivant : v.
interprétation du droit
Théorie des contraintes : 539.
Théorie réaliste de l'interprétation : v.
interprétation du droit
TGI Tours : 263.
Transparence (exigence) : v. Publicité
Troper (Michel) : 230.
Turpitude du juge : 362.

V

Vérité judiciaire : 395, 397, 516, 552, **79 s.**
Versatilité (du juge) : 243, 389, **415 s.**,
480, 482, 486.
Vide juridique : v. lacunes du droit

Table des matières

(les numéros renvoient aux pages)

Remerciements	2
Liste des principales abréviations.....	3
Sommaire	5
Introduction	8
Première partie : L’art de juger ou les bienfaits du libre arbitre.....	57
Titre 1 : L’art d’appréhender les faits	61
Chapitre 1 : L’appréciation des faits.....	63
Section 1 : La compréhension des faits.....	63
§1. L’esprit de concorde	65
§2. Le savoir-faire	66
§3. L’expérience	69
§4. La sensibilité	71
§5. Le scepticisme.....	75
Section 2 : La recherche de la vérité judiciaire	79
§1. La faculté de provoquer la production de preuves.....	81
A. La production de preuves dans les procédures accusatoires.....	82
B. La production de preuves dans les procédures inquisitoires.....	87
§2. La détermination de la force probante	89
A. Le principe de l’intime conviction.....	90
B. L’utilité de l’intime conviction	95
1. La contradiction entre les preuves.....	95
2. La faillibilité des preuves	99
3. L’impossibilité d’établir la preuve : le recours aux présomptions judiciaires	107
Conclusion du chapitre 1 :	111
Chapitre 2 : La qualification des faits.....	113
Section 1 : L’établissement de la qualification	114
§1. L’appréhension de la diversité des faits.....	115
A. La casuistique de la qualification	115
B. Le recours aux standards.....	117
§2. L’appréhension de l’ambiguïté des faits	120
A. Les convergences de qualifications	121
B. Les concours de qualifications.....	125
Section 2 : Le changement de qualification	131
§1. La requalification par substitution : un remède aux mauvaises qualifications ..	131
A. La correction de l’erreur	132
B. La sanction de la fraude	136
C. L’adaptation à l’évolution des faits.....	138
§2. La requalification par distorsion : la négation de la qualification authentique...	140
Conclusion du chapitre 2 :	144
Conclusion du Titre 1 :	146

Titre 2 : L'art d'appliquer le droit	147
Chapitre 1 : La sélection des règles de droit.....	150
Section 1 : Le manque de droit.....	151
§1. La création de la règle dans le silence du droit.....	152
§2. Le recours à l'équité créatrice.....	156
Section 2 : L'excès de droit.....	159
§1. Le choix de la règle applicable en cas de conflit interne de normes.....	161
A. Les « cas perplexes ».....	162
B. Le pragmatisme du juge dans le choix de la règle.....	165
1. Le règlement des contradictions de normes dans le temps.....	165
2. Le règlement des contradictions de normes de même degré.....	172
§2. Le choix de la règle applicable en cas de conflit externe de normes.....	177
A. La sélection de la règle de conflit.....	178
B. Le rejet de la norme désignée par la règle de conflit.....	180
Conclusion du chapitre 1 :.....	183
Chapitre 2 : L'interprétation des règles de droit.....	184
Section 1 : L'établissement de l'interprétation.....	187
§1. L'orientation de la règle par l'interprétation.....	189
A. L'inversion du syllogisme.....	191
B. L'élasticité de l'interprétation.....	192
§2. La création de la règle par l'interprétation.....	197
Section 2 : Les changements d'interprétation.....	200
§1. Le changement d'interprétation émanant d'un même juge.....	201
A. La faculté de rajeunissement de la loi.....	202
1. Le mouvement nécessaire du droit.....	202
2. La théorie de l'arbre vivant.....	208
B. Le rôle des juridictions de cassation.....	210
§2. Le changement d'interprétation par rapport à un autre juge.....	217
A. L'expression d'un dialogue nécessaire des juges.....	217
B. Une expression de l'audace du juge.....	221
Conclusion du chapitre 2 :.....	227
Chapitre 3 : Le contrôle concret des règles de droit.....	230
Section 1 : L'adaptation des règles de droit.....	231
§1. L'ajustement de la règle aux spécificités de l'espèce.....	232
§2. L'individualisation de la règle.....	234
Section 2 : La neutralisation des règles de droit.....	242
§1. La prise en compte des conséquences excessives de la règle.....	243
§2. Le recours à l'équité correctrice.....	244
A. La fonction première de l'équité.....	245
B. Les manifestations de l'équité correctrice.....	246
1. L'équité correctrice expressément autorisée par la loi.....	246
2. Le contrôle de proportionnalité.....	250
a. La balance des intérêts en cause.....	250
b. Le mouvement de généralisation du contrôle de proportionnalité.....	255
c. Pour une généralisation du contrôle de proportionnalité.....	262
α. La légitimité du contrôle de proportionnalité.....	262
β. La conformité du contrôle de proportionnalité à la tradition juridique française.....	264
γ. La possible rationalité du contrôle de proportionnalité.....	269

Conclusion du chapitre 3 :	279
Conclusion du titre 2 :	283
Conclusion de la Partie 1 :	287
Seconde partie : L'arbitraire du juge ou les dérives du libre arbitre	292
Titre 1 : Les manifestations de l'arbitraire	297
Chapitre 1 : L'arbitraire aggravé	302
Section 1 : Le déni de justice	303
§1. Les cas de déni de justice sans lien avec l'arbitraire du juge.....	304
§2. Les cas de déni de justice manifestant l'arbitraire du juge	306
A. Le refus de statuer tiré de l'insuffisance des preuves	306
B. La lenteur excessive du juge	308
1. L'assimilation de la lenteur du juge au déni de justice	309
2. Les cas d'excès de lenteur manifestant l'arbitraire du juge	311
a. L'excès de lenteur dans la discussion	311
b. L'excès de lenteur dans l'instruction	313
c. L'excès de lenteur dans la délibération	314
Section 2 : La partialité	317
§1. La soumission de la volonté du juge à autrui.....	319
A. La soumission du juge à un tiers au litige.....	320
B. La soumission du juge à une partie.....	321
§2. La soumission des parties à la seule volonté du juge.....	324
A. La volonté de nuire aux plaideurs : le scandale de la partialité du juge	324
B. L'ignorance du juge	333
Conclusion du chapitre 1	338
Chapitre 2 : L'arbitraire simple	339
Section 1 : Le défaut de mesure	339
§1. La précipitation du juge	340
A. La précipitation dans l'instruction	341
B. La précipitation dans la discussion à l'audience.....	346
C. La précipitation dans la délibération.....	348
§2. L'autoritarisme du juge	352
A. L'autoritarisme étranger à l'arbitraire du juge.....	352
B. L'autoritarisme manifestant l'arbitraire du juge	353
Section 2 : Le défaut de cohérence.....	360
§1. L'incohérence dans l'appréciation du fait.....	361
§2. L'incohérence dans l'application du droit	365
A. Le caractère inattendu de l'interprétation retenue	366
1. La brutalité du changement d'interprétation	367
2. L'atteinte à la confiance légitime des plaideurs	370
B. L'effet déclaratif du changement dans l'interprétation du droit	375
1. L'application immédiate du changement	375
2. L'application rétroactive du changement	377
Conclusion du chapitre 2	379
Conclusion du titre 1	381

Titre 2 : La lutte contre l'arbitraire	383
Chapitre 1 : La lutte par la procédure	386
Section 1 : L'exigence d'objectivité.....	389
§1. L'impératif de transparence	389
A. La publicité	390
B. La motivation	392
§2. L'impératif d'une juste distance	394
A. La collégialité de la juridiction	396
B. Le remplacement du juge.....	397
1. Le remplacement du juge par un autre	398
a. L'abstention du juge.....	398
b. La récusation	400
2. Le remplacement du juge par une machine.....	403
Section 2 : L'exigence de cohérence.....	409
§1. L'impératif de cohérence dans l'appréciation des faits	410
A. La systématisation des appréciations.....	410
B. La convergence des appréciations	412
§2. L'impératif de cohérence dans l'interprétation du droit	416
A. La justification du changement d'interprétation.....	417
1. Une concision traditionnelle de la motivation.....	417
2. L'enrichissement nécessaire de la motivation.....	420
B. L'application dans le temps du changement d'interprétation	429
1. L'application pour l'avenir du changement d'interprétation	429
2. La modulation dans le temps des effets du changement d'interprétation	431
Section 3 : L'exigence de retenue	438
§1. La retenue dans la conduite de la discussion judiciaire	439
A. La retenue du juge en présence d'un débat entre les parties.....	440
B. La retenue du juge en l'absence de débat entre les parties	447
§2. La retenue dans l'octroi de l'exécution.....	450
A. L'interdiction de l'exécution provisoire	450
B. La sécurisation de l'exécution provisoire	454
Conclusion du chapitre 1	457
Chapitre 2 : La lutte par les accords de volontés	460
Section 1 : La maîtrise de la compréhension du litige	463
§1. La compréhension des faits.....	464
A. La maîtrise de l'administration de la preuve	465
B. La maîtrise des mesures d'instruction.....	469
§2. La compréhension du droit	471
A. La détermination de la règle applicable.....	472
B. Le pacte d'amiable composition	474
Section 2 : La maîtrise du déroulement de l'instance	477
§1. La maîtrise des délais de l'instance	479
A. La fixation d'une limite temporelle à l'intervention du juge.....	479
B. L'élaboration de calendriers de procédure.....	481
§2. La maîtrise des frais de l'instance.....	488
A. La répartition conventionnelle des frais de l'instance	489
B. La couverture des frais de l'instance	492
Conclusion du chapitre 2	496
Conclusion du titre 2	497

Conclusion de la seconde partie	498
Conclusion.....	504
Bibliographie	513
Index alphabétique.....	548
Table des matières.....	554

Mehdi KEBIR

Le libre arbitre du juge

Résumé en français

Envisagé comme le pouvoir d'imposer ses choix dans la résolution du litige dont il a été saisi, le libre arbitre du juge est une formule ambivalente.

D'un côté, il suscite un sentiment de rejet car il réveille une vieille peur, celle du gouvernement des juges, reçue en héritage des Parlements de l'Ancien Régime.

De l'autre, nul ne peut croire que la réalisation du droit par le juge peut se réduire à une activité mécanique ne laissant aucune place à la volonté de ce dernier.

Il résulte de cette appréhension contradictoire du libre arbitre du juge un problème tenant à la valeur qu'il convient de lui accorder. Ce libre arbitre est porteur de bienfaits : il est une composante de l'art de juger qui s'exerce dans la façon d'appréhender les faits et dans la façon d'appliquer le droit. Mais le libre arbitre du juge possède aussi une face plus sombre. Il est susceptible de dériver jusqu'à se muer en arbitraire. Les manifestations de l'arbitraire du juge mobilisent des instruments de lutte dont aucun ne parvient à éliminer la menace.

Le libre arbitre est ainsi placé au cœur d'une équation délicate qui témoigne de la complexité profonde de l'acte de juger.

Résumé en anglais

Considered as the power to impose his deliberate will in the settlement of a dispute brought before him, the judge's free will is an ambivalent formula. On the one hand, it triggers rejection because it reawakens the longstanding fear of the "government of judges" inherited from the monarchic culture. On the other hand, one cannot believe that the achievement of law through justice can be reduced to a mere mechanical activity leaving no room for the judge's will.

This contradictory apprehension of the judge's free will results in an issue related to the value this free will should be granted. It has benefits : as a component of the art of judging, it impacts both the way the facts are approached and the way law is applied. However, the judge's free will also has a darker side. It might shift and turn into arbitrary. The signs of the judge's arbitrary mobilise instruments for combating the threat, but none of them succeeds in eradicating it.

Hence, free will is at the heart of a delicate balance witnessing the complexity of the function of judging.

