

POINT DE VUE SUR LES POUVOIRS

Le pouvoir des juges

VARIATIONS SUR UN THÈME ÉCULÉ

Au-delà de l'actualité, théories, idées, polémiques fusent — ou devraient fuser — sur les pouvoirs. Nous souhaitons qu'en quelques pages et sans souci de la conjoncture ces points de vue se confrontent librement au fil des numéros.

Les juristes français ne semblent plus guère intéressés par deux traits remarquables de la justice nationale : celle-ci, comme en bien d'autres pays, est la source essentielle du droit ; malgré cela — ou, peut-être, à cause de cela — elle s'est toujours trouvée dépendante à un degré, et dans des conditions, qui pourraient constituer une particularité française. On se contentera d'en évoquer ici les aspects indispensables à l'énoncé de quelques questions d'actualité. Encore raisonnera-t-on sur l'exemple de la justice judiciaire ; mais les observations qui suivent valent également pour sa sœur administrative.

Il semble acquis en droit comme en fait, que le juge français est non seulement une source, mais encore « LA » source essentielle des normes juridiques.

Il y a deux raisons à cela.

D'abord, lorsque le juge est appelé à appliquer une règle, il lui donne, et lui donne seul, son véritable sens. En effet des dispositions abstraites ne peuvent pas recevoir leur pleine signification avant d'être appliquées à des espèces concrètes ; jusqu'à l'instant de son application, la règle est une simple ébauche et l'acte qui la met en œuvre peut, seul, achever de la créer ; elle devient parfaite à cet instant seulement.

Ensuite, il est un point discuté, mais dont on ne devrait guère douter sérieusement : notre droit est contentieux par nature. En effet, la norme spécifiquement juridique n'est socialement utile qu'afin de prévenir ou

afin de résoudre des contestations — c'est-à-dire, toujours dans une atmosphère conflictuelle ; en l'absence de conflit, de simples normes techniques suffiraient à organiser les rapports sociaux. Par conséquent, la fonction juridictionnelle — consistant à trancher les contestations — est, par nature, la source fondamentale de notre droit ; en tant que réalité spécifique, ce droit n'existe que pour elle et par elle.

Le rapprochement de ces deux séries de faits rend inévitable — sinon l'institution d'un appareil de justice autonome — du moins, l'existence d'organes disposant d'une part déterminante des pouvoirs législatif et réglementaire qui est l'accessoire nécessaire de leur compétence proprement juridictionnelle.

En droit, en tout cas, les deux pouvoirs complémentaires de trancher les procès et de créer les normes indispensables à cette fin, ont été conférés ensemble aux tribunaux dans les premières années du XIX^e siècle. Ce fut le contrecoup de l'abandon du système établi par la loi des 16 et 24 août 1790 qui brisa la magistrature d'Ancien Régime. Cette loi, en interdisant les arrêts de règlement sous toutes leurs formes ; en refusant aux tribunaux de connaître des actes de l'administration ; enfin, en leur enlevant tout pouvoir d'interprétation, par l'institution du « référé » législatif, avait réussi à supprimer totalement l'autonomie de la fonction juridictionnelle.

Mais cette autonomie — au moins formelle — doit être, en fait, assez utile, puisque avant même que n'achève de se constituer une juridiction administrative, l'essentiel du pouvoir d'interprétation était rendu, en droit, aux juridictions judiciaires par le Code civil de 1804 (art. 4) ; puis sa totalité par une loi du 30 juillet 1828. C'était restituer à l'appareil judiciaire l'intégralité du pouvoir juridictionnel et, par conséquent, du pouvoir normatif qui en est l'accessoire naturel. En effet, par suite de l'abandon du « référé » sous ses diverses formes, les tribunaux judiciaires ont le monopole des décisions en matière contentieuse. Tout différend sur l'existence ou la portée d'une norme juridique, et qui ne trouve pas de solution amiable, doit être tranché définitivement par l'appareil de la justice et ne peut être valablement tranché que par lui. Ainsi, avec le dernier mot en matière juridique, cet appareil a la haute main sur la création du droit. Il ne reste, actuellement, du système éphémère de la loi de 1790, que l'interdiction faite au juge d'exercer son pouvoir normatif indépendamment de son pouvoir juridictionnel : c'est la seule portée réelle du principe exprimé à l'article 5 du Code civil.

Finalement, le pouvoir du juge français ne consiste pas seulement à créer, pour partie, des décisions concrètes, par application des règles de droit écrit. Il ne se borne pas davantage à achever le travail normatif ébauché par les organes législatif et exécutif de l'Etat. En réalité, dans le cadre contentieux, ce juge est littéralement le maître des lois : il dispose du pouvoir de modifier sans appel les règles voulues par les autres organes — si bien que lois et règlements ne disent que ce qu'il accepte de leur faire dire ; il dispose également du pouvoir de compléter souverainement le corps de ces règles — au point que, dans les faits, on ne puisse guère dis-

tinguer ces deux aspects de sa fonction : modifier et compléter les règles existantes.

Il devrait être superflu d'ajouter que la justice française use effectivement de ces grands pouvoirs — dont nul auteur ne songe à contester la réalité. C'est, au contraire, un lieu commun que d'observer comment la jurisprudence fait « évoluer » le droit sans intervention du législateur ; que de montrer comment elle en a créé des pans entiers, dont le législateur se préoccupe après coup — lorsqu'il s'y intéresse ; que de constater enfin, l'incohérence où sombrerait ce droit, si la jurisprudence ne résolvait pas les contradictions nombreuses qui déparent les textes.

Dans ces conditions, on comprend mal, à première vue, qu'une doctrine très largement dominante persiste à nier la validité d'un pouvoir dont elle reconnaît unanimement l'effectivité, et dont les fondements juridiques sont pourtant évidents. La thèse de l'absence d'une véritable compétence normative des tribunaux est cependant difficile à défendre. Ne mène-t-elle pas les meilleures plumes à soutenir que l'autorité de la jurisprudence est simplement « de fait » ? Ainsi, les règles du droit administratif ou du droit international privé dont la source est, parfois, exclusivement jurisprudentielle, n'auraient pas d'autorité « de droit »...

Surtout, on observe, avec curiosité, le soin mis par le juge lui-même à dissimuler l'existence de son propre pouvoir normatif : contre toute évidence, et parfois au mépris d'une bonne administration de la justice — par exemple, lorsqu'il donne un effet rétroactif aux revirements de sa jurisprudence — il feint d'être juridiquement tenu de respecter en tous points la volonté du législateur, alors qu'il est, tout au plus, libre de lui obéir. Tout se passe comme si, terrifiés d'être si puissants — en droit — les tribunaux voulaient persuader le justiciable de leur irresponsabilité et, comme s'ils étaient, là-dessus, encouragés par la doctrine. Il est tentant de voir, dans cette timidité, un aspect de l'asservissement d'une justice dont l'indépendance n'a jamais été que formelle — en dépit des principes.

Jamais, en effet, la bourgeoisie française n'est parvenue à résoudre élégamment cette contradiction inhérente au système libéral : la justice y est intégrée à l'appareil d'Etat ; cependant, elle perdrait son efficacité spécifique si elle était seulement un organe de répression au service direct des gouvernants. Il lui faut donc jouir d'une certaine indépendance, au sein même de l'Etat.

Or, la justice française manque de cette indépendance ; elle a toujours été assez étroitement assujettie par une classe dirigeante timorée. Mais sa dépendance se manifeste sous des formes assez nettement distinctes.

L'extrême prudence avec laquelle notre justice remplit sa fonction en temps « ordinaire » et en matière « banale » — c'est-à-dire dans l'indifférence du personnel proprement politique — en constitue un premier aspect. Certes, les tribunaux usent largement de leur compétence normative ; mais ils mettent leur point d'honneur à heurter le moins possible sinon la volonté, du moins l'autorité du législateur du moment — ne serait-ce qu'en lui attribuant fictivement le mérite de leurs moindres arrêts. Ainsi,

le discours jurisprudentiel qui nie la réalité du pouvoir normatif des juges exprime la révérence politique des fonctionnaires de justice envers les représentants élus du peuple souverain, comme envers le Gouvernement responsable devant ces élus. Pourtant, l'extrême platitude de ce discours — comme ses inconvénients pratiques — ne sont justifiés par aucune nécessité apparente : les tribunaux avoueraient l'existence de leur pouvoir, qu'ils n'en seraient ni plus ni moins fondés à l'exercer comme ils le font. Les raisons de la comédie qu'ils donnent sont donc, à première vue, mystérieuses.

Un autre aspect de son assujettissement est l'attitude de la justice française à l'égard du Gouvernement : il s'agit de sa complaisance, qui devient d'ailleurs servilité, en période difficile ou, simplement, lorsqu'une affaire intéresse l'exécutif. Toujours escomptée, soigneusement organisée, cette complaisance a été inscrite volontairement dans les divers statuts successivement imposés aux magistrats depuis l'aube des temps républicains. L'usage est de jeter un voile sur ces choses, de présenter isolément, comme autant d'exceptions, certaines seulement de leurs manifestations les plus flagrantes ou les plus hideuses. Dans la réalité, de très rares gestes d'indépendance jalonnent la morne et constante histoire, sans cesse renouvelée de régime en régime, des services toujours sordides et très souvent sanglants, que la justice n'a pu refuser au pouvoir en place.

Mais il est déjà temps de récapituler : la justice, qui dispose, en droit, d'une compétence normative étendue — l'essentiel du pouvoir proprement juridique — et qui l'exerce effectivement, se garde bien d'avouer l'existence de ce pouvoir. Assujettie au pouvoir « politique » au point de ne savoir rien lui refuser de ce qu'il exige — tout en s'efforçant de le ménager lorsqu'il demeure passif — elle proclame hautement, non point sa servilité, mais une soumission aux règles écrites, qui n'a aucun fondement juridique.

Tout se passe donc comme si, en agitant ostensiblement cette soumission fictive, elle cherchait à donner le change à la fois sur sa servitude véritable et sur son pouvoir réel. Cependant, l'important est précisément ce qu'elle veut cacher — et qu'il faut bien examiner. Surgissent alors les questions auxquelles la doctrine juridique omet généralement de proposer des réponses : c'est à peine si elle les pose. On en énoncera au moins trois.

D'abord, nous savons que les tribunaux créent, au moins en partie, les règles en vertu desquelles ils tranchent les procès. Mais l'imprécision relative de la jurisprudence est un phénomène bien connu : d'une espèce à l'autre, les mêmes règles changent de sens, et pas toujours subrepticement ; ainsi, la cohérence du système juridique — qui doit tout au pouvoir normatif des tribunaux — n'existe guère que dans le cadre limité de chaque jugement, de chaque arrêt, individuellement considéré, et non au niveau de la jurisprudence, prise dans son ensemble. Voici de quoi nourrir un très grossier soupçon : dans quelle mesure la justice fait-elle ses règles à la tête du client ? Dans quelle mesure n'est-ce pas cela qu'elle cherche à dissimuler en proclamant si haut un attachement fictif aux règles

écrites par les autres organes de l'Etat, mais qui demeurent rigides et mortes au-dessus des têtes ?

Ensuite, l'histoire démontre que les tribunaux ne savent que bien rarement se dérober aux pressions du pouvoir proprement politique. Mais alors ne devrait-on pas se demander qui — en fait — est en mesure d'exercer, à travers le juge, les redoutables compétences dont celui-ci s'évertue à nier l'existence ? Le cas échéant, la justice ne sert-elle pas d'écran à une discrète redistribution des rôles — non prévue dans les manuels ?

Enfin, divers symptômes récents paraissent manifester un profond malaise de l'appareil de justice — à quoi répond l'inquiétude des autorités politiques. Le glaive qui tremble dans des mains serves serait-il aujourd'hui inapte à ses fonctions ? Peut-être faudrait-il étudier de près les formes qu'est en train d'adopter la vieille incapacité de la bourgeoisie française, à s'accommoder d'une justice.

Géraud de GEOUFFRE DE LA PRADELLE,
Professeur de droit privé à Paris X-Nanterre.