La fonction de juger

Renaud Colson

▶ **To cite this version:**

Renaud Colson. La fonction de juger : Etude historique et positive. Fondation Varenne. LGDJ, pp.348, 2006, Fondation Varenne. halshs-00402659

HAL Id: halshs-00402659
https://shs.hal.science/halshs-00402659

Submitted on 8 Jul 2009

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Renaud COLSON

LA FONCTION DE JUGER
Étude historique et positive

Avant-propos de GUY CANIVET
Premier Président de la Cour de cassation

Préface de Loïc CADIET
Membre de l'Institut Universitaire de France
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Remerciements

Que soient particulièrement remerciés ceux qui m'ont accordé leur confiance et témoigné une intégrité bienveillante : M. Loïc Cadiet, professeur agrégé des facultés de droit à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), qui m'a offert l'exemple d'un directeur de thèse disponible et d'une grande rigueur intellectuelle ; M. François Ost, professeur ordinaire des Facultés universitaires Saint-Louis à Bruxelles, qui m'a initié à la philosophie du droit.

D'autres remerciements sont dus à Georges Hoffmann, professeur agrégé de lettres classiques, à Yvon Le Gall, professeur d'histoire du droit à l'Université de Nantes, et à Denis Moreau, maître de conférences en philosophie à l'Université de Nantes, pour leurs relectures attentives.

A Hélène et Raphaël

A mes parents

Sommaire

Avant-propos vii

Préface ix

Introduction 3

Première partie : L'INSTITUTION DU JUGE PAR LA LOI 7

Chapitre 1 : La primauté de la loi sur le pouvoir justicier 8

Section 1 : Le pouvoir de juger et la puissance souveraine 9

Section 2 : Le pouvoir de juger dans l'État souverain 38

Chapitre 2 : La centralité de la loi dans l'activité juridictionnelle 66

Section 1 : L'application de la loi, objet de l'activité du juge 67

Section 2 : Le juge en activité, sujet soumis à la loi 93

Deuxième partie : LA REALISATION DU DROIT PAR LE JUGE 123

Chapitre 1 : La découverte du droit par l'activité jurisprudentielle 124

Section 1 : L'interprétation jurisprudentielle de la loi 125

Section 2 : L'adaptation jurisprudentielle du droit 147

Chapitre 2 : La procéduralisation du droit et le pouvoir judiciaire 172

Section 1 : La judiciarisation du droit 173

Section 2 : La procéduralisation du judiciaire 208

Conclusion 245

Bibliographie 247

Avant-propos

Pour l'essentiel, la justice est une culture. Chaque système judiciaire construit au fil du temps sa philosophie du procès, sa dogmatique, son modèle du jugement, son architecture d'organisation, ses pratiques procédurales, ses savoirs professionnels, ses mœurs et son éthique collectifs, ses principes fondamentaux, tous éléments qui, constituant sa mémoire, évoluent avec le temps selon des influences contextuelles, politiques, économiques, sociales, culturelles, endogènes ou exogènes, et d'où se dégage, en définitive, pour ses acteurs comme pour les citoyens, une image précise et résistante comme un pli indélébile de la conscience collective.

L'organisation de la justice, ses procédures, ses techniques ne sont donc pas malléables à l'infini et à discrétion, au gré des initiatives législatives ou réglementaires, des séductions étrangères, des instrumentalisations de circonstance, des expérimentations hasardeuses. Elles ne sont évidemment insensibles ni à la volonté politique, ni à la modernisation, ni à l'universalisme, ni à l'efficience, ni au réalisme, mais elles ne les reçoivent pas sans acculturation, adaptation, transformation, mise en cohérence, selon des mécanismes lents, complexes, réactifs, pouvant aller jusqu'à la déformation ou au rejet de l'innovation indésirable.

Contrairement à ce que pensent certains juristes aujourd'hui, par une distraction utilitaire caractéristique de l'époque, la construction du droit, et spécialement du droit judiciaire, n'est pas un travail neutre, purement technique, affranchi de toute dimension philosophique. Faut-il alors rappeler qu'une meilleure observation de la tradition judiciaire et des finalités ordinaires du procès est le préalable nécessaire à toute réforme éclairée ?

Pour comprendre l'institution judiciaire, en discerner les valeurs, la logique et les évolutions et peut-être pour les anticiper, voire les provoquer, il est indispensable d'étudier en profondeur le système dans sa fonctionnalité anthropologique, ses origines historiques, ses moteurs philosophiques, sa dimension politique, ses enjeux économiques et sociaux. C'est ce que fait avec talent et sûreté la thèse de Renaud Colson. Analysant la fonction de juger à partir d'un canevas historique et doctrinal distinguant, dans un mouvement dialectique parfait, l'institution du juge par la loi et la réalisation du droit par le juge, elle explique, tout à la fois, avec pertinence et lucidité, les mutations de l'appareil juridictionnel, le retour de la jurisprudence comme source de droit, la fondamentalisation de la procédure, les paradoxes actuels de l'institution entre indépendance et service public, la crise de confiance et de légitimité à laquelle elle est exposée et finalement la nouvelle image du procès et du juge.

Dans sa progression logique et sa problématique claire, justement inspirée de l'histoire et de la science du droit, la recherche de grande qualité dont rend compte Renaud Colson permet de répondre à une question essentielle aujourd'hui : qu'est-ce qu'un juge ? Que s'en inspirent les réformateurs !

Guy CANIVET
Premier Président de la Cour de cassation

Préface

C'est avec un plaisir réel et une vive satisfaction que je livre cette préface à la thèse que Renaud Colson a soutenue le 22 mars 2003 devant un jury composé, outre le signataire de ces lignes, de Geneviève Giudicelli-Delage, Jacques Caillosse, Yvon Desdevises, Jacques Krynen et Alain Supiot. La diversité des talents réunis pour examiner le travail de Renaud Colson est déjà un indice de la singularité de la recherche présentée par l'auteur au terme de cinq années d'un travail imposant, cinq années nourries par la lecture, l'analyse et la restitution critique de plus de 400 ouvrages et 1200 articles, cinq années pour rendre compte, en moins de 400 pages, de dix siècles de représentations savantes de la fonction de juger, en une sorte d'histoire de la pensée juridique relative au rôle du juge.

L'excellence du parcours universitaire de Renaud Colson l'autorisait à s'engager dans cette entreprise. Son master de théorie du droit obtenu auprès de François Ost (mention *Summa cum laude*, major de promotion) et son DEA de droit privé, obtenu à Nantes (mention *Bien*, major de promotion) avaient révélé de remarquables aptitudes à la recherche de haut niveau, qu'avait du reste signalé la transformation des deux mémoires, rédigés lors de ces formations, en articles publiés à la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, sur la légalisation de la désobéissance à la loi[1], et à la *Revue de recherche juridique*, sur la genèse du concept de jurisprudence[2].

L'idée de la thèse soutenue par Renaud Colson est née d'une interrogation sur la pertinence du discours contemporain, d'origine judiciaire plus qu'universitaire, encensant considérablement la figure du juge, cette montée en puissance du juge, nourrie de références au système américain, étant présentée comme un phénomène nouveau et irrésistible, marquant l'irruption de la modernité dans un système juridique, le système français, largement taxé d'archaïsme. Que penser de cette thèse de la rupture épistémologique entre la figure du juge d'hier, asservi, et la figure du juge d'aujourd'hui, éminent ? L'hypothèse de travail consistait à mettre en perspective historique les débats contemporains sur la justice à travers une analyse de la fonction de juger saisie, non pas dans son histoire institutionnelle ou normative, mais à partir de ses représentations successives dans les discours savants, les débats actuels étant de nature essentiellement idéologique. Cette recherche devait être de nature, en réinscrivant la promotion contemporaine du juge dans le temps long de l'histoire, à relativiser le caractère souvent péremptoire de quelques discours

[1] « La légalisation de la désobéissance à la loi : le cas du droit de grève et de l'état de nécessité », *RIEJ* 1996, n° 36, pp. 125-169.
[2] « Genèse du concept de revirement de jurisprudence », *RRJ* 2000-3, pp. 991-1008.

contemporains célébrant le juge comme le nouveau grammairien des rapports sociaux et la justice comme le nouvel épicentre de la démocratie.

Jusque là, le phénomène contemporain de la montée en puissance du juge, qu'il inquiète ou non, avait certes stimulé la réflexion doctrinale et suscité une intense production éditoriale. Pourtant, en dépit de la qualité des travaux produits, le sujet résistait à la synthèse, à quelques rares exceptions[1]. Le tableau des multiples transformations de la fonction de juger restait à peindre pour répondre à la question, aujourd'hui remise sur le métier, de la définition du juge. La doctrine éprouve de l'embarras pour systématiser le devenir du juge, la tâche étant compliquée par l'intrication des mutations de la justice comme institution et de celles, plus générales, affectant un droit désormais mondialisé. Cependant, ainsi que l'explique Renaud Colson, le juriste désireux de penser la justice, alors qu'il est confronté à la complexité du présent et à l'opacité du futur, n'est pas complètement démuni. D'une part, il hérite d'une mémoire, la tradition juridique, somme de représentations agrégées autorisant l'intelligence du droit. D'autre part, il dispose d'un passé dont l'étude historique, en exhumant les événements anciens qui retentissent encore, permet d'induire une explication des institutions.

C'est en croisant ces deux dimensions du savoir juridique, en écrivant l'histoire d'une tradition toujours vivante, que Renaud Colson s'est proposé de faire le point sur la signification, aujourd'hui brouillée, de la fonction de juger. A la jonction de l'histoire de la justice[2] et de la science du droit[3], la thèse de M. Colson s'inscrit ainsi dans une démarche herméneutique enveloppant, d'un même mouvement, compréhension et explication des représentations savantes de la fonction de juger. Le *corpus* doctrinal, lieu d'interprétation par excellence, est le cadre de cet exercice qui consiste à expliquer le devenir historique de l'office du juge pour en comprendre le sens contemporain. Une observation attentive a permis à Renaud Colson d'apercevoir comment, en un mouvement dialectique, la tradition juridique française donne à voir la fonction de juger dans le déploiement de deux thématiques distinctes. La première, révélatrice d'une conception du droit dominée par la figure légale, s'observe dans les discours qui, depuis huit siècles, ont systématiquement présenté la juridiction comme le fruit de *l'institution du juge par la loi*. Ce jeu de représentations commence à se déployer sous la royauté médiévale, forme étatique embryonnaire conceptualisée, notamment dans sa dimension justicière, à l'aide d'éléments puisés aux sources savantes du *ius commune*. Un certain rapport à la hiérarchie et au texte juridique s'y exprime, qui est progressivement consolidé, puis répété, par les juristes de l'Ancien Régime jusqu'à nos jours. Cette conception

[1] V., chez les juristes, D. d'Ambra, L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges, préf. G. Wiederkehr, LGDJ, 339 p., et, en théorie du droit, les travaux de F. Ost, spéc. « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », *in* F. Ost, M. van de Kerchove et Ph. Gérard, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, FUSL, 1983, p. 1.

[2] Pour un bilan historiographique sur la justice française, attestant par son silence de la faiblesse quantitative des travaux d'histoire des représentations en la matière, v. J.-C. Farcy, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours*, Paris, PUF, 2001, pp. 13-59.

[3] Entendue comme « *activité cognitive visant à donner une représentation du phénomène juridique conforme au paradigme scientifique adopté* » : F. Ost, *V°* Science du droit, *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993.

s'observe dans les problématiques doctrinales relatives à l'autorité du magistrat, à l'organisation de son pouvoir et à l'exercice de son activité, autant d'objets théoriques qui donnent lieu, pendant plus de huit siècles, à la déclinaison du thème de *l'institution du juge par la loi* (première partie). S'il est toujours opératoire, cette trame conceptuelle perd de sa netteté à mesure qu'apparaissent des discours porteurs d'un nouveau regard sur la fonction juridictionnelle. La seconde thématique, qui s'épanouit alors à partir du XIX^{e} siècle, est le résultat de multiples ajustements de perspective qui replacent l'activité judiciaire au cœur du système juridique et insistent sur *la réalisation du droit par le juge*. L'élaboration de théories célébrant le pouvoir normatif des juridictions, la conceptualisation d'une fonction de juger polyvalente, la valorisation de la dimension procédurale du système juridique contribuent à redessiner l'image de la justice. Combinées au reflux de l'ordre légal et à son internationalisation, ces évolutions fragmentaires laissent deviner, à qui les saisit dans la longue durée, une recomposition des représentations dogmatiques mettant l'accent sur *la réalisation du droit par le juge* (deuxième partie).

Pour autant, l'évolution la plus récente n'a pas chassé la plus ancienne. J'adhère totalement, pour ma part, aux conclusions auxquelles M. Colson est parvenu. Si le juge « *tend désormais à s'imposer dans les représentations dogmatiques comme une figure centrale* », « *en passe de remplacer la loi comme figure paradigmatique de la juridicité* » (n° 527), brouillant ainsi la conception légicentrique de la fonction de juger, cette conception ne s'y substitue pas complètement car, « *outre que l'idée de la loi n'a pas fini d'exercer son emprise sur nos façons occidentales de penser, le juge demeure une institution de l'Etat et les représentations savantes du judiciaire restent, à ce titre, solidement arrimées à l'épistémè juridique moderne* » (n° 531).

Cette pensée ferme, qui n'exclut ni la souplesse ni la subtilité, est fortement servie par de rares qualités d'écriture. Les membres du jury de thèse n'avaient d'ailleurs pas manqué de s'accorder sur la précision de la langue, la limpidité du style, le parfait agencement de l'exposé, comme un long fil que l'on déroulerait sans accroc. Renaud Colson, a-t-on dit lors de la soutenance, donne à lire un ouvrage transparent, où ne figure que la ligne générale d'une argumentation exigeante et toujours maîtrisée, où la réflexion obéit à une structure d'une rigueur peu banale et d'un classicisme presque intimidant.

Il me reste donc à former le souhait que ce travail marque le point de départ du réinvestissement, par la recherche universitaire, d'un territoire jusque là dominé, très largement, par le discours des praticiens de la justice eux-mêmes et je me réjouis que ce soit un jeune juriste de droit privé, parfaitement au fait des réalités contemporaines de l'activité judiciaire, qui ré-arrime ainsi le présent au passé, en oxygénant le droit judiciaire grâce à une ouverture intelligente et judicieuse à l'histoire et à la théorie du droit, aucun discours sérieux sur la justice ne pouvant aujourd'hui se contenter d'analyses sectorielles et purement positivistes. L'entreprise était bien sûr risquée et il se peut que les spécialistes de chaque champ disciplinaire n'y trouvent pas complètement leur compte tant l'auteur a poussé loin l'art de la synthèse, la frustration pouvant parfois naître de l'extrême concision du propos, singulièrement à propos de la justice administrative. Il me semble cependant que le risque valait d'être assumé. D'abord, l'abondance des références choisies et

raisonnées qui jalonnent la thèse est une invitation permanente, et guidée, à l'approfondissement du propos. Surtout, bravant le « bris de clôture », Renaud Colson donne l'exemple de l'opportunité d'un type de recherche auquel répugnent habituellement les juristes publicistes ou privatistes, autant que les historiens du droit, qui sont ordinairement, ainsi que l'avait signalé un membre du jury, les victimes plus ou moins consentantes de l'éclatement des savoirs.

La thèse de Renaud Colson n'est pas passée inaperçue[1]. Proposée pour les prix et subventions, elle a été distinguée par la Fondation Varenne, ce qui lui vaut d'être accueillie aujourd'hui dans la collection de cette fondation aux *Presses universitaires de Clermont* et à la *Librairie générale de droit et de jurisprudence*. Elle pourra ainsi bénéficier de la diffusion qu'elle pouvait légitimement espérer.

Loïc CADIET
Membre de l'Institut Universitaire de France
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

[1] V. D. Gutman à la *RTD civ.* 2004, pp. 177-178.

« Il se peut qu'on soit rebuté par cette entreprise. Dans notre milieu professionnel, il est plus sage de s'en tenir à une unique spécialité ; et sur un point microscopique, de "servir l'avancement de la science", de devenir un bon "technicien". En nous offrant au rôle de pont entre deux disciplines hostiles, en mêlant la technique certaine du juriste aux problèmes du philosophe, en visant des synthèses trop vastes, et certainement "prématurées", nous manquons aux règles habituelles de la méthode scientifique. Mais à chaque question son degré de certitude. Le mépris pour les connaissances approximatives est le début de la "barbarie scientifique" contemporaine. »

Michel Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 20-21.

Introduction

1. Hausse des contentieux, extension des compétences du juge et accroissement des pouvoirs juridictionnels constituent les signes les plus visibles d'une crise de croissance de l'institution judiciaire. Diagnostiqué depuis plusieurs années par la doctrine, le mouvement inquiète ou rassure[1] ; il stimule en tout cas la réflexion et suscite une importante production éditoriale. Pourtant, le sujet résiste à la synthèse[2]. Le tableau des transformations de l'administration de la justice reste à peindre pour répondre à la question, aujourd'hui remise sur le métier, de la définition du juge[3].

2. Certains points sont acquis néanmoins. On s'accorde ainsi à voir dans le juge l'archétype du tiers impartial et désintéressé[4]. Quant à la fonction de juger, elle est définie comme une « mission d'ensemble qui englobe celle de dire le droit dans l'exercice de la juridiction contentieuse (…), les missions de contrôle, liées à l'exercice de la juridiction gracieuse, et les fonctions associées à l'une ou à l'autre de ces deux compartiments principaux de la fonction juridictionnelle »[5]. La rigueur de la définition ne doit cependant pas dissimuler la difficile conceptualisation des transformations contemporaines de la fonction de juger, la tâche étant compliquée par l'intrication des mutations de la justice comme institution et de celles, plus générales, affectant un Droit désormais mondialisé[6]. La doctrine rend compte de ces recompositions, mais faute d'en fournir le plan, l'éclatement des missions judiciaires entre l'application d'une loi désormais incertaine et la mise en œuvre de droits toujours plus nombreux rend illisible l'office du juge[7].

---

[1] Comp. la vision alarmiste de Foyer (J.), « La judiciarisation en délire ou de l'abus du droit en un nouveau sens », *in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF / Dalloz / Juris-Classeur, 1999, p. 749, et la conception plus optimiste de Cadiet (L.), « Le spectre de la société contentieuse », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 29.

[2] V. néanmoins les travaux de Ost (F.), not. « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », *in* Ost (F.), Van de Kerchove (M.) et Gérard (Ph.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, FUSL, 1983, p. 1.

[3] Wiederkehr (G.), « Qu'est-ce qu'un juge ? », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 575.

[4] Pour une définition du phénomène juridique comme « intervention d'un tiers impartial et désintéressé, qui s'effectue nécessairement lors d'une interaction entre deux êtres humains », v. Kojève (A.), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981, p. 25.

[5] Cornu (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige / PUF, 2001, *V°* Juridictionnel, p. 495.

[6] Sur cette question, v. not. les travaux de Delmas-Marty (M.), par ex. « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999, chron. 43. Plus généralement, sur les mutations contemporaines du droit, v. Clam (J.) et Martin (G.), dir., *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998.

[7] Frison-Roche (M.-A.), « Les offices du juge », *in Jean Foyer, auteur et législateur. Leges tulit, jura docuit - Écrits en hommage à Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 463.

3. Confronté à la complexité du présent et à l'opacité du futur, le juriste désireux de penser la justice n'est pas complètement démuni. D'une part, il hérite d'une mémoire, la tradition juridique, somme de représentations agrégées autorisant l'intelligence du droit[1]. D'autre part, il dispose d'un passé dont l'étude historique, en exhumant les événements anciens qui encore retentissent, permet d'induire une explication des institutions[2]. C'est en croisant ces deux dimensions du savoir juridique, en écrivant l'histoire d'une tradition toujours vivante, qu'on se propose de faire le point sur la signification, aujourd'hui brouillée, de la fonction de juger.

4. La chaîne ininterrompue des discours savants mettant en mots l'institution de la justice s'impose en effet comme mode d'accès à la compréhension de l'office du juge. A l'instar de l'action de dire le droit, *jurisdictio*, et de l'acte de juger, *judicium*, dont l'histoire du lexique atteste l'ancienneté[3], l'*officium judicis* s'enracine dans une culture millénaire qui s'étire de l'histoire ancienne au « présent historique »[4]. Transmises, sélectionnées, recomposées par des générations de juristes, ces figures conceptuelles composent la matière de notre recherche. L'histoire de leurs transformations en constitue le propos. Quant au dessein de la thèse, il réside dans la description des représentations de la figure du juge dans la tradition juridique française.

5. A la jonction de l'histoire de la justice[5] et de la science du droit[6], cette recherche s'inscrit dans une démarche herméneutique enveloppant, en un seul geste, compréhension et explication des représentations savantes du judiciaire[7]. Le *corpus* juridique, lieu d'interprétation par excellence, est le cadre de cet exercice qui consiste, selon la formule de Paul Ricœur, à « expliquer plus pour comprendre mieux »[8], expliquer le devenir historique de l'office du juge pour en comprendre le sens contemporain.

---

[1] Sur la notion de tradition juridique, v. Atias (C.), « Présence de la tradition juridique », *RRJ*, 1997, p. 387.

[2] Hilaire (J.), « Le système juridique et l'avenir de son histoire », *in* Université Panthéon-Assas (Paris II), *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, not. p. 816 ; Rappr. Gaudemet (J.), *Sociologie historique du droit*, Paris, PUF, 2000, p. 2.

[3] Plus particulièrement sur le *judicium*, v. Jacob (R.), « *Judicium* et le jugement. L'acte de juger dans l'histoire du lexique », *in* Cayla (O.) et Renoux-Zagamé (M.-F.), dir., *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, 2002, p. 35.

[4] Selon l'expression de Nora (P.), « De l'histoire contemporaine au présent historique », *in* Institut d'histoire du temps présent, *Écrire l'histoire du temps présent*, Paris, CNRS, 1993, p. 44.

[5] Pour un bilan historiographique sur la justice française, attestant par son silence de la faiblesse quantitative des travaux d'histoire des représentations en la matière, v. Farcy (J.-C.), *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours*, Paris, PUF, 2001, pp. 13-59. Du même auteur, v. également les précieuses *Notices bibliographiques. Deux siècles d'histoire de la justice en France*, Paris, CNRS, CD-ROM, 1996.

[6] Entendue comme « activité cognitive visant à donner une représentation du phénomène juridique conforme au paradigme scientifique adopté », conformément à la définition qu'en donne Ost (F.) dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, « Science du droit », p. 540.

[7] Pour une problématisation de cette posture, v. Ricœur (P.), « L'herméneutique et la méthode des sciences sociales », *in* Amselek (P.), *Théorie du droit et science*, dir., Paris, PUF, 1994, p. 15.

[8] *Ibid.*, p. 25.

6. On pourra lire ce travail comme un essai sur les formes successives de « la Référence souveraine, qui garantit la pertinence des énoncés juridiques »[1], comme une tentative de dévoilement de quelques mythes fondateurs de l'ordre juridique français[2] ou, plus prosaïquement, comme une histoire des usages conceptuels dans le champ doctrinal[3]. Mais ces qualifications, utilisées *a posteriori* pour donner sens à notre discours, ne doivent pas masquer la démarche qui a présidé à son élaboration. Celle d'une archéologie des « choses dites » qui conduit de l'étude de l'archive juridique à sa réécriture ; « c'est-à-dire dans la forme maintenue de l'extériorité, une transformation réglée de ce qui a été déjà écrit »[4].

7. Cette approche suppose le repérage, au sein du *corpus* juridique pris dans toute son épaisseur historique, des schèmes conceptuels à partir desquels la fonction de juger a été décrite, organisée et justifiée. Elle implique ensuite l'identification du « réseau théorique »[5] qui gouverne l'articulation, synchronique et diachronique, de ces images savantes de la justice. Elle s'incarne enfin dans le cadre normé d'un plan biparti qui, par ses vertus pédagogiques[6], est une scène propice à la représentation de ces montages dogmatiques.

8. S'agissant d'une synthèse, en forme de bilan historique et contemporain, du discours juridique portant sur le juge, la thèse repose sur un matériau bibliographique diversifié. Outre la consultation de nombreux articles et ouvrages, historiques et juridiques, relatifs à l'administration de la justice, on a fait retour aux œuvres des légistes de la monarchie, aux traités des praticiens et aux harangues des juges royaux qui ont pensé la fonction de juger sous l'Ancien Régime. Les écrits des philosophes des « lumières » et le discours des acteurs de la Révolution française ont été scrutés afin d'évaluer l'évolution de ces représentations au tournant du XVIII^{e} siècle. Enfin, pour la période des XIX^{e}–XX^{e} siècles, les travaux de la doctrine universitaire, siège du discours savant sur l'institution judiciaire, ont particulièrement retenu notre attention.

---

[1] Legendre (P.), *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999, p. 258 ; pour une problématisation de la « Référence souveraine » dans les termes d'une « anthropologie dogmatique », v. plus généralement la production pléthorique de cet auteur.

[2] Pour une théorisation de la dimension mythologique du droit, v. not. Atias (C.), *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1999, pp. 253-288. Comp., dans le domaine politique, Girardet (R.), *Mythes et mythologies politiques*, Paris, Seuil, 1986 ; et dans une perspective anthropologique plus fondamentale, les travaux de Eliade (M.), not. *Aspects du mythe*, Paris, Gallimard, 1990.

[3] Sur le renouvellement de l'histoire des concepts, mené pour l'instant sur le terrain des représentations politiques, mais qui pourrait trouver de pertinentes applications dans le domaine juridique, v. Guilhaumou (J.), « De l'histoire des concepts à l'histoire linguistique des usages conceptuels », *Genèses*, 2000, n° 38, pp. 105-118 ; et du même auteur, « L'histoire des concepts : le contexte historique en débat (note critique) », *Annales, Histoire, Sciences sociales*, mai-juin 2001, p. 685. Rappr. Spitz (J.-F.), « Comment lire les textes politiques du passé ? Le programme méthodologique de Quentin Skinner », *Droits*, 1989, n° 10, p. 133.

[4] Foucault (M.), *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1996, p. 183

[5] Foucault (M.), « Sur l'archéologie des sciences. Réponse au Cercle d'épistémologie », *Dits et écrits I, 1954-1975*, Paris, Gallimard, 2001, p. 744.

[6] Sur ces vertus pédagogiques, v. Vivant (M.), « Le plan en deux parties, ou de l'arpentage considéré comme un art », *in Le droit privé français à la fin du XX^{e} siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 969.

9. Les principaux textes légaux qui ont, hier ou aujourd'hui, structuré l'organisation juridictionnelle ou réglé la marche du procès, ont également été étudiés. Des établissements de Saint-Louis aux ordonnances de Louis XIV, du décret du 16 août 1790 sur l'organisation judiciaire au Code de procédure civile de 1804, du nouveau Code de procédure civile aux réformes de procédure les plus récentes, sans oublier les traités internationaux qui règlent l'ordre public procédural contemporain, le droit écrit édicté depuis le XII^{e} siècle et relatif à l'office du juge a été examiné à la lumière des conceptions savantes de la justice. Quant à la jurisprudence des cours et des tribunaux, puissante source d'inspiration des représentations doctrinales de la fonction de juger et révélateur privilégié de ces dernières, elle a également été prise en considération.

10. Le rideau se lève au XII^{e} siècle, temps fondateur des droits savants à prétention universelle sur lesquels s'édifie la tradition juridique occidentale et, partant, d'un savoir neuf sur l'office du juge. Il retombe au début du XXI^{e} siècle, alors que se profile un nouveau droit commun[1] et que la place du judiciaire dans les représentations dogmatiques se renforce en se transformant. Entre temps, l'État est devenu le fondement de l'autorité publique, le garant de la justice rendue et le référentiel des doctrines juridiques. Au cours de cette période, l'élaboration d'un vaste *corpus* par les juristes a donné lieu à la sédimentation de multiples théories relatives au fondement du pouvoir de juger, au statut institutionnel des magistrats, à l'essence du jugement et à l'exercice de la fonction juridictionnelle.

11. La matière doctrinale constitue la trame reliant entre eux ces objets de discours. Tissé d'une seule pièce, ce canevas résiste aux découpages thématique et chronologique tant s'y entremêlent les schèmes conceptuels. Une observation attentive permet, cependant, d'apercevoir comment, en un mouvement dialectique, la tradition juridique française donne à voir la fonction de juger dans le déploiement de deux thématiques distinctes. La première, révélatrice d'une conception du droit dominée par la figure légale, s'observe dans les montages théoriques qui, depuis huit siècles, ont systématiquement présenté la juridiction comme le fruit de *l'institution du juge par la loi* (première partie). La seconde, qui s'épanouit à partir du XIX^{e} siècle, est le résultat de multiples ajustements de perspective qui replacent l'activité judiciaire au cœur du système juridique et insistent sur *la réalisation du droit par le juge* (deuxième partie).

[1] Delmas-Marty (M.), *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994.

Première partie

L'INSTITUTION DU JUGE PAR LA LOI

12. De la renaissance de la science du droit en Occident au XII^e^ siècle à l'affaiblissement de la figure de l'État nation dans les dernières décennies du XX^e^ siècle, l'ordre juridique a inscrit le pouvoir de rendre la justice dans la dépendance des lois. La sécularisation de l'autorité politique, qui s'émancipe progressivement de son tuteur théologique, et la substitution de la raison à la tradition comme fondement théorique du droit[1], n'ont pas troublé cette image : qu'elles s'ancrent dans l'ordre céleste de la Chrétienté ou dans l'ordre social de la nation, la loi constitue l'horizon des définitions de l'office du juge. Contrastant avec la pérennité de cette figure théorique[2], les ruptures successives qui rythment l'histoire des idées ont rendu nécessaire l'ajustement des représentations de la fonction de juger aux cadres idéologiques de la raison politique. Mais, en deçà de ces *aggiornamentos*, l'inféodation du judiciaire au légal est martelée sans relâche par les juristes qui rappellent la primauté de la loi sur le pouvoir justicier (Chapitre 1) et la centralité de la règle dans l'activité juridictionnelle (Chapitre 2).

[1] Pour une présentation, fine et érudite, du mouvement par lequel le droit a été repensé à partir des certitudes de la raison individuelle, v. les travaux de Villey (M.) sur la modernité juridique, not. *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrestien, 1968, et plus particulièrement la partie consacrée à la jurisprudence humaniste, p. 507 et s.

[2] Sur la pérennité d'une « logique de la Loi » régissant l'ordre symbolique du pouvoir en deçà des ruptures théoriques qui scandent l'histoire des idées politiques, v. Legendre (P.), *L'amour du censeur*, Paris, Seuil, 1974, not. p. 102 et s. ; rappr. Chevallier (J.), « La dimension symbolique du principe de légalité », *in* Morand (Ch.-A.), dir., *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992, p. 55.

Chapitre 1

LA PRIMAUTE DE LA LOI SUR LE POUVOIR JUSTICIER

13. Des docteurs *in utroque* du bas Moyen Âge aux légistes de la monarchie, des magistrats des cours royales aux professeurs de la République, les juristes savants ont sans cesse mis l'accent sur la soumission du juge à l'autorité des lois. S'exprimant sous des formes variées, ce *leitmotiv* est le point d'ancrage à partir duquel le discours juridique pose la question de l'origine du pouvoir de juger et de son aménagement dans l'ordre des corps constitués. L'élaboration et la résolution de ces problématiques s'opèrent dans la référence constante à une autorité supérieure qui prend les traits, à partir du XVI^{e} siècle, de la souveraineté politique moderne. Plaçant la justice instituée sous la coupe de ce pouvoir suprême, le *corpus* juridique assoit la légitimité du juge et détermine sa position par rapport aux autres instruments de l'autorité publique. Les prérogatives des magistrats sont ainsi systématiquement rabattues sur une puissance qui les dépasse (Section 1) et organiquement rapportées à un montage étatique qui, tout à la fois, les englobe et les distingue (Section 2).

Section 1

Le pouvoir de juger et la puissance souveraine

14. Les importants développements consacrés à l'essence du pouvoir temporel dans certains traités médiévaux de procédure[1] soulignent les liaisons théoriques privilégiées qu'entretenaient au Moyen Âge puissance temporelle et exercice de la justice. La réflexion sur la souveraineté s'est progressivement émancipée des problématiques relatives à l'administration de la justice, mais la conceptualisation du pouvoir de juger est demeurée quant à elle dans la dépendance des représentations organisant l'autorité publique. Traitant la question judiciaire sous l'angle de la distribution du pouvoir institutionnel, le discours juridique a longtemps conservé au monarque le statut de source exclusive de la justice séculière rendue dans son royaume (§ 1). A cette conception ancrée dans la tradition a été substituée, à partir du XVIII^e^ siècle, une figure de la raison faite loi positive pour fonder en droit le pouvoir des juges (§ 2).

§ 1. LE SOUVERAIN ROYAL, SOURCE TRADITIONNELLE DE TOUTE JUSTICE

15. De la ruine de l'empire carolingien aux derniers jours de la monarchie absolue, les représentations de la royauté ont témoigné de la vocation justicière du prince sur son domaine, mais également dans son royaume. Dans le discours des dogmaticiens conceptualisant le pouvoir institutionnel, cette aspiration s'exprime d'abord par une concentration du pouvoir de juger entre les mains d'un roi qui incorpore et symbolise la justice (A). L'inscription de cette puissance dans un univers hiérarchisé s'ordonnant sous la direction de Dieu a conduit les savants à

[1] A titre d'exemple, on peut citer le cas du *Speculum judiciale*, traité de procédure civile et canonique écrit dans la seconde moitié du XIII^e^ siècle par Guillaume Durand. Dans cet ouvrage, l'auteur accueille, dans un cadre juridique savant, une pensée politique favorable à la concentration des pouvoirs par le roi. Sur ce thème, v. Boulet-Sautel (M.), « Le *Princeps* de Guillaume Durand », *in Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris, Sirey, 1965, Tome 2, p. 803.

élaborer des figures théoriques relatives à la délégation de cette prérogative judiciaire en amont et en aval de la personne du roi (B). Se combinant entre elles, ces représentations évoluent simultanément tout au long de l'Ancien Régime, pour mieux asseoir la légitimité de l'origine royale de toute justice.

A. L'INCORPORATION ROYALE DE LA JUSTICE

> « On tient en France pour maxime certaine, que le Roy seul est fondé de droict commun, en toute Iustice, haulte, moyenne, & basse, par tout son Royaume. »
>
> Jean Bacquet, *Traicté des droicts de iustice, haute, moienne, & basse*, S.L., n.d., Paris, début XVII[e], p. 27.

16. Dans la société féodale, principe territorial et principe personnel entrent en concurrence dans l'attribution du pouvoir de juger, mais les deux œuvrent conjointement au morcellement des droits de justice[1]. Objet de conquête théorique pour le pouvoir monarchique, ces droits sont progressivement réunis dans le corps du Roi par le biais de représentations qui se transforment et se renforcent. De la puissance de juger mise au service de la cause monarchique, et savamment raffinée par les spécialistes des *leges* au bas Moyen Âge (1), à la prérogative judiciaire, rationnellement fondée et symboliquement dévalorisée dans les théories classiques de la souveraineté (2), les figures théoriques de l'emprise royale sur la justice se succèdent au cours d'un processus pluriséculaire.

1 – INSTRUMENTALISATION ET SYSTEMATISATION DE LA JUSTICE ROYALE

17. Formalisée par les clercs qui définissent le *ministerium regis*, renforcée par la cérémonie du sacre[2], puis symbolisée par l'image sigillaire du pouvoir[3], la figure du roi justicier marque si profondément les représentations du pouvoir que tout au long du Moyen Âge, royauté et justice apparaissent « comme deux concepts fondus ensemble »[4]. A partir de la fin du XII[e] siècle, les légistes exploitent cette liaison théorique pour affermir les représentations du pouvoir royal (a). Usant de toutes les ressources offertes par les droits savants, ils ont ouvert la voie à des représentations conceptuelles du pouvoir de juger plus élaborées (b).

---

[1] Bloch (M.), *La société féodale*, Paris, Albin Michel, 1998, (1[ère] éd. 1939), pp. 495-516. Sur la justice dans la société féodale, v. Duby (G.), « La justice et le juge aux temps féodaux », *in* Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La justice*, Paris, PUF, 1961, p. 215.

[2] Jackson (R.A.), « Le pouvoir monarchique dans la cérémonie du sacre et couronnement des rois de France », *in* Blanchard (J.), dir., *Représentation, pouvoir et royauté à la fin du Moyen Âge*, Paris, Picard, 1995, not. p. 243.

[3] V. not. Pastoureau (M.), « Images du pouvoir et pouvoir des princes », *in* Genet (J.-Ph.), dir., *L'État moderne : genèse. Bilans et perspectives*, Paris, CNRS, 1990, p. 227 et s.

[4] Krynen (J.), *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France, XII[e]-XV[e] siècles*, Paris, Gallimard, 1993, p. 184.

a – Une représentation politique de la justice pour la royauté

18. Au temps d'Hughes Capet, alors que le prince est en passe de n'être plus qu'un seigneur parmi les seigneurs, Abbon de Fleury reprend, dans ses *Canons*, les représentations politiques de l'ère carolingienne pour rendre compte de l'institution royale[1]. A l'image des théologiens qui assurent la sauvegarde du principe monarchique durant le haut Moyen Âge, l'abbé de Fleury réactive ainsi une réflexion théorique qui ignore délibérément la féodalisation de la société et la perte de prestige du roi[2]. Il attribue à ce dernier la mission de garantir la paix du royaume et de faire régner la justice sous la conduite spirituelle de l'Église[3]. Ce devoir de justice excède de beaucoup le ministère du roi-juge chargé de trancher les litiges qui pourraient surgir entre ses sujets puisqu'il implique également selon Abbon « de n'opprimer personne par abus de puissance, (…) d'être le défenseur des étrangers, des veuves et des orphelins, de réprimer les vols, châtier les adultères, (…) défendre les églises, nourrir les pauvres par des aumônes, (…) défendre la patrie avec courage »[4]. Un tel programme témoigne du vif espoir placé dans la figure du prince par les clercs. Insistant sur la mission théocratique du roi[5], ces derniers voient d'abord dans la justice royale la garantie d'un gouvernement respectueux des structures et des idéaux de la Chrétienté.

19. Au XII^e^ siècle, la pénétration des droits savants au cœur de l'administration centrale stimule l'élaboration d'une pensée théorique nouvelle relative à la puissance séculière et au pouvoir de juger[6]. Les légistes, experts en « lois » dévoués au prince[7], émancipent la réflexion juridico-politique de la tutelle théologique[8]. Puisant aux sources du droit romain, du droit canonique et du droit féodal, et s'inspirant de la philosophie aristotélicienne, ces lettrés cherchent « à fonder en doctrine la politique royale, à lui fournir des arguments juridiques et des justifications politiques et

[1] Guillot (O.), Rigaudière (A.), Sassier (Y.), *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale, des origines à l'époque féodale*, 2^e^ éd., Paris, Armand Colin, 1996, Tome 1, p. 234.
[2] Lemarignier (J.-F.), *La France médiévale. Institutions et société*, Paris, Armand Colin, 1997, p. 152.
[3] Krynen (J.), *Idéal du prince et pouvoir royal en France à la fin du Moyen Âge (1380-1440)*, Paris, Picard, 1981, p. 155.
[4] Cité par Guillot (O.), Rigaudière (A.), Sassier (Y.), *op. cit.*, p. 235.
[5] Bournazel (E.), *in* Harouel (J.-L.) *et al.*, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris, PUF, 1998, p. 208.
[6] Sur le renouveau juridique médiéval et son influence sur les représentations de la royauté, v. l'article d'Ernst Kantorowicz, « La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit », *Politix*, 1995, n° 32, pp. 12-22. V. également l'article de Krynen (J.), « Droit romain et État monarchique », *in* Blanchard (J.), dir., *Représentation, pouvoir et royauté…*, préc., pp. 13-23 ; ainsi que les travaux publiés sous la direction de Krynen (J.) et Rigaudière (A.), *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI^e^-XV^e^ siècles)*, Talence, Presses universitaires de Bordeaux, 1992.
[7] Sur les légistes et leurs conceptions théoriques, on peut se reporter à l'article de Krynen (J.), « Les légistes tyrans de la « France » ? Le témoignage de Jean Juvénal des Ursins, docteur *in utroque* », *in* Krynen (J.) et Rigaudière (A.), dir., *op. cit.*, pp. 279-300. Du même auteur, voir également « L'encombrante figure du légiste. Remarques sur la fonction du droit romain dans la genèse de l'État », *Le Débat*, 1993, n° 74, p. 45 et s.
[8] Genet (J.-Ph.), « L'État moderne : un modèle opératoire ? », *in* Genet (J.-Ph.), dir., *L' État moderne…*, préc., p. 271. Voir également Beaune (C.), « Les monarchies médiévales », *in* Bercé (Y.-M.), dir., *Les monarchies*, Paris, PUF, 1997, p. 118.

morales »[1]. A l'origine du processus par lequel l'État naissant est arraché à la sphère du droit privé pour être soumis à un statut de droit public[2], ces savants sont également les auteurs de théories reformulant la dimension justicière du pouvoir royal.

20. Entendue comme vertu du prince ou comme finalité du pouvoir, la justice demeure un thème porteur pour ces thuriféraires de la royauté, mais l'accent est désormais placé sur la compétence judiciaire qu'elle implique. Cette compétence, qui s'identifie à la souveraineté « plus qu'elle n'en est l'attribut »[3], est primordiale : c'est elle qui « fonde l'autorité » et « en mesure l'étendue »[4]. Dès lors, l'adage selon lequel « Toute justice émane du roi » s'impose comme élément clef des discours établissant les fondements du pouvoir royal. Forgé au XII^e^ siècle[5], ce principe de souveraineté judiciaire permet de renforcer les théories politiques supportant la royauté française face aux pouvoirs de l'Église, de la féodalité laïque et des villes[6]. Affleurant sous cet adage, une machinerie conceptuelle complexe justifie et analyse cette prérogative royale en des termes savants.

b – Une conceptualisation juridique de la justice par les savants

21. C'est la notion de *jurisdictio* qui permet aux juristes médiévaux d'appréhender la compétence du justicier en des termes issus du texte justinien. Désignant le pouvoir de « dire le droit », cette expression a connu d'importantes évolutions sémantiques[7]. Sa signification technique visant le « pouvoir de donner un

[1] Ellul (J.), *Histoire des institutions – Le Moyen Âge*, Paris, Quadrige - PUF, 1999, p. 351.

[2] Le droit public est envisagé ici comme droit relatif à la *respublica*, conformément à la première acception que lui ont conférée les juristes médiévaux (Chevrier (G.), « Les critères de distinction du droit privé et du droit public dans la pensée savante médiévale », *in Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, préc., Tome 2, p. 841 et s.). Sur le rôle de la doctrine savante des XII^e^ et XIII^e^ siècles dans le mouvement qui conduit progressivement à la constitution d'un régime juridique propre à l'État naissant, v. l'article de Rigaudière (A.), « Pratique politique et droit public dans la France des XIV^e^ et XV^e^ siècles », *APD*, 1997, Tome 41, p. 83 et s.

[3] Ourliac (P.), « La puissance de juger : le poids de l'histoire », *Droits*, 1989, n° 9, p. 27.

[4] Royer (J.-P.), *L'Église et le royaume de France au XIV^e^ siècle d'après le « Songe du Vergier » et la jurisprudence du parlement*, Paris, LGDJ, 1969, p. 2. Sur le lien ontologique unissant justice et souveraineté, rappr. Strayer (J.R.), *Les origines médiévales de l'État moderne*, Paris, Payot, 1979, not. p. 90.

[5] Selon Gérard Giordanengo, c'est vers les constitutions impériales du XII^e^ siècle et leurs commentaires qu'il convient de se tourner pour découvrir les sources théoriques auxquelles ont puisé les légistes français, un siècle plus tard, pour asseoir l'extension de la juridiction royale, « Du droit civil au pouvoir royal : un renversement (XII^e^-XV^e^ siècles) », *Pol. man. pub.*, 1987, vol. 5, n° 1, p. 16.

[6] Krynen (J.), *L'empire du roi…*, préc., p. 252.

[7] Sur la notion de *jurisdictio*, voir Legendre (P.), *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV (1140-1254)*, Paris, Jouve, 1964, p. 117 et s. ; sur les évolutions de la *jurisdictio* et de la notion adjacente d'*imperium*, on peut également se reporter à l'*Introduction historique au droit administratif* de Mestre (J.-L.), Paris, PUF, 1985, p. 109-110 ; et à la bibliographie qui y est proposée p. 116. V. aussi les pages de Tierney (B.), *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle (1150-1650)*, Paris, PUF, 1993, pp. 46-50, et les remarques de Beaud (O.), *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 44 et s. V. enfin les récents travaux de Padoa-Schioppa (A.), notamment sa contribution intitulée « Hiérarchie et juridiction : modèles du droit canonique médiéval » publiée dans l'ouvrage collectif dirigé par lui, *Justice et législation - Les origines de l'État moderne en Europe*, Paris,

juge »[1] a été déclinée de diverses manières, puis étendue à toute puissance « qui s'exerce dans les limites d'un territoire »[2]. Toujours, cependant, la *jurisdictio* a permis de désigner l'autorité habilitée à régler les « causes à caractère légal »[3].

22. Fruit de l'évolution et du rapprochement du droit civil et du droit canonique[4], les transformations médiévales de cette notion polysémique n'ont pas à être étudiées dans ce travail. Il convient en revanche de présenter quelques-unes des figures théoriques élaborées autour de la *jurisdictio* par les juristes soucieux d'affermir l'autorité royale. L'examen de ces représentations – mené à partir d'un commentaire de la *Practica aurea libellorum* de Pierre Jacobi[5] - permet en effet d'appréhender la forme des discours constitutifs de la raison juridique qui fonde le droit royal de rendre la justice à partir du milieu du Moyen Âge[6].

23. Dans son manuscrit, Jacobi aborde la matière judiciaire en rappelant un principe fondamental : *rex Franciae retinet sibi et bene jurisdictionem et punitionem in toto regno suo*. Enracinée dans la tradition faute d'être ancrée dans la loi, cette règle intangible dispose que sur l'ensemble du royaume, c'est au roi seul qu'est dévolu le pouvoir de juger en dernier ressort. La souveraineté judiciaire du roi établie, Jacobi précise la nature juridique de ce pouvoir justicier en exploitant les catégories du droit romain. Il qualifie la justice de *res incorporalis* et analyse les trois composantes de la *jurisdictio* : *merum imperium et mixtum et bassa jurisdictio*. A défaut de définir synthétiquement ces notions, l'auteur rend compte de manière très précise des compétences qu'elles recouvrent. Ce schème permet la catégorisation du pouvoir de juger en autorités d'étendue variable s'exerçant à l'ombre de la figure tutélaire du roi. La prégnance de ce type de représentations savantes dans la pensée juridique française est remarquable. Jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, les jurisconsultes n'hésitent pas à exploiter cette tri-division de la justice[7]. Il est vrai que l'image hiérarchisée et centralisatrice véhiculée par cette

PUF, 2000. Du même auteur, rappr. « Réflexions sur le modèle du droit canonique médiéval », *RHDFE*, 1999, p. 21.

[1] Legendre (P.) voit dans la *potestas dandi judicem* l'attribut de la *jurisdictio* au sens technique et restreint du terme, *op. cit.*, p. 123.

[2] Legendre (P.), *op. cit.*, p. 120-121.

[3] L'expression, proposée par Tierney (B.), *op. cit.*, p. 47, doit être comprise dans son sens le plus large : elle vise toute cause à caractère juridique.

[4] Sur la nature et les formes de ce rapprochement, v. Legendre (P.), « Le droit romain, modèle et langage. De la signification de l'*Utrumque Ius* », *in Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, préc., Tome 2, p. 913 et s.

[5] Les lignes qui suivent s'inspirent directement de l'étude de Rigaudière (A.), « État, pouvoir et administration dans la *Practica aurea libellorum* de Pierre Jacobi (vers 1311) », *in* Krynen (J.) et Rigaudière (A.), dir., *op. cit.*, pp. 161-210, et plus particulièrement pp. 177-183.

[6] Composé au début du XIV^e^ siècle, le manuel de Jacobi est le fruit du travail d'un *legum doctor* désireux d'asseoir de manière définitive le pouvoir du roi de France. Ce traité des actions, qui devient rapidement un grand classique, est porteur d'une représentation savante de la justice royale exemplaire des montages juridiques alors élaborés pour asseoir le pouvoir du prince. Sur le contexte dans lequel cet ouvrage est élaboré et sur les préocupations de son auteur, v. les pages 160 à 163 de l'art. cité à la note précédente.

[7] Ainsi dans les premières pages (6 à 12) de son *Traité de l'administration de la justice* (Paris, 1771, vol.1), Jousse (D.) brosse le portrait « des Jurisdictions & Magistrats en France » en distinguant ceux qui disposent du *merum imperium*, ceux qui ont l'*imperium cum jurisdictione*, et ceux qui *nudam habent*

classification se prête parfaitement au processus d'absolutisation théorique que la justice royale connaît à partir du XVI^e^ siècle.

2 – ABSOLUTISATION ET DEPRECIATION DE LA JUSTICE ROYALE

24. Les prérogatives judiciaires du prince bénéficient du « pontificalisme »[1] qui caractérise les représentations de la royauté française à partir de la fin du XVI^e^ siècle. Trouvant dans « la puissance absolüe et perpetuelle »[2] de la monarchie souveraine une assise particulièrement stable, la justice royale devient un pouvoir suprême (a). Le nouveau statut conceptuel qui lui est concédé laisse cependant deviner la « dépréciation »[3] dont la prérogative judiciaire fait l'objet dans l'économie du pouvoir monarchique (b).

a – La fondation de la justice royale dans la souveraineté

25. A la fin du XVI^e^ siècle, les légistes défendant le pouvoir royal réaffirment, contre les monarchomaques[4], l'indépendance du prince dont ils font le détenteur de la *summa potestas*. Renonçant à penser la monarchie à partir de la notion d'*imperium* et d'un faisceau de prérogatives, notamment judiciaires, comme cela à été le cas jusqu'alors, ces champions de la puissance royale forgent le concept « moderne » de souveraineté. Ils en font la clef de voûte de leurs représentations du pouvoir temporel[5]. Si cette rupture conceptuelle, justement imputée au juriste angevin Jean Bodin[6], ne doit pas être hypostasiée[7], elle marque néanmoins une étape importante dans l'histoire des représentations du pouvoir justicier du roi.

---

notionem sine imperio ; trois types de pouvoirs « juridictionnels » qui recoupent presque exactement la classification de Jacobi.

[1] L'expression est de Kantorowicz (E.), « Mystère de l'État. Un concept absolutiste et ses origines médiévales (bas Moyen Âge) », *in Mourir pour la patrie et autres textes*, Paris, PUF, 1984, p. 81.

[2] Bodin (J.), *Les six livres de la république*, Lyon, 1593, Liv. 1, Chap. 8, p. 122.

[3] Gojosso (E.), *Le concept de république en France, (XVI^e^-XVIII^e^ siècles)*, Aix en Provence, PUAM, 1998, p. 136.

[4] Sur les monarchomaques et le caractère défensif de la doctrine monarchique de la fin du XVI^e^ siècle, v. Collot (C.), *L'école doctrinale de droit public de Pont-à-Mousson, (Pierre Grégoire de Toulouse et Guillaume Barclay), (Fin du XVI^e^ siècle)*, Paris, LGDJ, 1965, pp. 16-31. Pour une vue chronologique des idées développées par les monarchomaques, comp. Goyard-Fabre (S.), *Philosophie politique (XVI^e^-XX^e^ siècles)*, Paris, PUF, 1987, p. 113-121. V. également les développements consacrés à ces auteurs par Mesnard (P.), *L'essor de la philosophie politique au XVI^e^ siècle*, Paris, Vrin, 1977.

[5] Sur l'étendue de la transformation des représentations du pouvoir royal, on peut se reporter à la synthèse de Barbey (J.), *in* Harouel (J.-L.) *et al*., *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris, PUF, 1998, pp. 287-300. V. également, pour la période baroque, l'article de Cornette (J.), « Fiction et réalité de l'État baroque », *in* Méchoulan (H.), dir., *L'Etat baroque. Regards sur la pensée politique de la France du premier XVII^e^ siècle*, Paris, Vrin, 1985, not. p. 28 à p. 43.

[6] On peut trouver de riches indications bibliographiques sur Bodin et son itinéraire intellectuel dans l'ouvrage de Goyard-Fabre (S.), *Jean Bodin et le droit de la république*, Paris, PUF, 1989, pp. 17-40.

[7] Comme le remarque justement Gojosso (E.), « Bodin reste redevable des travaux de ses devanciers, les juristes médiévaux et les théoriciens royaux, qui ont tracé la première ébauche de la notion de souveraineté », *op. cit.*, pp. 138-139. *Contra* Barret-Kriegel (B.), *L'État et les esclaves*, Paris, Calmann-Lévy, 1979, not. pp. 27-52. La nature de la rupture induite par la conceptualisation de la souveraineté moderne et la prégnance du droit romain sur cette théorie sont au cœur d'une querelle historiographique évoquée par Kriegel (B.), « Le défi de l'histoire politique : sources et méthodes de l'histoire de l'État aux

26. Dans *Les six livres de la république*, Bodin parachève le transfert théorique du modèle ecclésiologique pontifical à la puissance temporelle[1] et permet ainsi une « absolutisation » de la souveraineté ouvrant sur « l'éclosion conceptuelle de l'État »[2]. Fixant la conception, toujours actuelle, qui consiste « à rapporter toutes les actions de gouvernants à un centre »[3], l'illustre légiste donne un nouveau statut à la justice royale. Il la fait bénéficier de l'aura du pouvoir absolu, et permet incidemment de justifier théoriquement le monopole royal sur les droits de justice. Pour Bodin, le souverain est celui qui possède « la puissance de donner loy à tous en général et à chacun en particulier (…) sans le consentement de plus grand, ni de pareil, ni de moindre que soi »[4]. Ce pouvoir inconditionné de commandement inclut notamment le droit « d'instituer les principaux officiers »[5], d'exercer « le dernier ressort »[6], ou « d'octroyer grâce aux condamnés par dessus les arrests, & contre la rigueur des loix »[7]. Bodin fonde ainsi en raison la mainmise du pouvoir royal sur la fonction de judicature : c'est désormais au nom du souverain, « qui investit les magistrats du droit de juger, que la justice, à tous les niveaux est rendue »[8].

27. Les grands juristes de l'Ancien Régime, qui furent aussi parmi les théoriciens politiques les plus notables de l'époque[9], n'ont pas remis en cause « la primauté de l'Un »[10] posée par Bodin dans le champ de la réflexion sur le pouvoir. S'inspirant plus ou moins ouvertement de lui, tous ceux qui ont contribué à mettre au point le droit public de la monarchie moderne[11] ont proposé des constructions dogmatiques faisant de la souveraineté du prince la puissance suprême dont dépend l'administration de la justice. Loyseau, Domat et Le Bret ont reconnu, chacun à sa manière[12], l'omnipotence judiciaire d'un roi dont est issue l'intégralité de la puissance temporelle et en qui réside le principe de tout acte de justice rendu dans le royaume.

XVII[e]-XVIII[e] », *in* Bernstein (S.) et Milza (P.), dir., *Axes et méthodes de l'histoire politique*, Paris, PUF, 1998, p. 37. Sur ce thème, rappr. Morel (H.), « L'absolutisme français procède-t-il du droit romain ? », *in Mélanges en hommage à Jean Imbert*, Paris, PUF, 1989, p. 425.

[1] Sur ce transfert théorique, v. Courtine (J.F.), « L'héritage scolastique dans la problématique théologico-politique de l'âge classique », *in* Méchoulan (H.), dir., *L'Etat baroque*, préc., not. p. 101. Plus généralement, sur les échanges conceptuels de ce type, on peut se reporter à l'article de Fonbaustier (L.), « Modèles ecclésiologiques et naissance du droit constitutionnel. Premières vues. », *Droits*, 1996, n° 24, pp. 145-156, ainsi qu'aux travaux de Tierney (B.), *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle (1150-1650)*, précité. V. également l'article de Rials (S.), « Sur les origines canoniales des techniques constitutionnelles modernes », *Pouvoirs*, 1988, n° 44.

[2] Beaud (O.), *La puissance de l'État*, préc., p. 51.

[3] *Ibid*.

[4] Bodin (J.), *op. cit.*, Liv. 1, Chap. 10, p. 221.

[5] Bodin (J.), *op. cit.*, p. 228.

[6] Bodin (J.), *op. cit.*, p. 231.

[7] Bodin (J.), *op. cit.*, p. 236.

[8] Goyard-Fabre (S.), *op. cit.*, p. 239.

[9] Thireau (J.L.), « Le jurisconsulte », *Droits*, 1994, n° 20, p. 20.

[10] L'expression est de Villey (M.), « La justice harmonique selon Bodin », *APD*, 1970, Tome 15, p. 304.

[11] Sur la lente élaboration du concept de « droit public » sous l'Ancien Régime et sur les incertitudes qui ont longtemps grevé cette catégorie juridique, voir Chevrier (G.), « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* dans les œuvres des anciens juristes français », *APD*, 1952, Tome 1, pp. 5-78.

[12] *Infra* n° 84 et s.

b – La dévalorisation de la justice royale dans la souveraineté

28. Les légistes ancrent le pouvoir royal de juger dans un cadre de représentations lui assurant une forte légitimité, mais ce renforcement théorique n'est pas univoque. Si « l'élément justicier » se maintient dans le système symbolique de la monarchie classique[1], il n'occupe plus le rôle central qui était le sien dans les doctrines médiévales. Jadis constitutive de l'essence de la monarchie, la prérogative judiciaire perd de son importance dans une économie du pouvoir royal valorisant désormais le pouvoir de donner *loy*.

29. On ne saurait opposer sans nuance les représentations médiévales du Roi juge, aux figures plus modernes du Roi législateur[2]. D'une part, le pouvoir législatif royal est objet de réflexion théorique dès le XII^e^ siècle[3]. D'autre part, l'image traditionnelle du prince « grand debteur de justice »[4] demeure vivace jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. L'emphase caractéristique des traités juridiques classiques donne d'ailleurs l'occasion aux auteurs de rappeler que « la plus importante fonction des Rois est de rendre la justice », et qu'ils ne doivent rien « rechercher avec plus de passion, que de se rendre recommandables par ce saint exercice »[5].

30. Mais en dépit de telles déclarations, c'est le concept totalisant de *souveraineté* qui permet de qualifier le pouvoir du prince à partir de la fin du XVI^e^ siècle. Le droit de rendre la justice, jusqu'alors invoqué pour témoigner de la puissance royale, perd la portée symbolique qui était la sienne. La prérogative judiciaire figurait l'étendue du pouvoir monarchique ; elle n'est plus au XVII^e^ siècle qu'un de ses multiples attributs. Indissociable de l'idée selon laquelle le souverain s'identifie avant tout au législateur[6], cette conception est demeurée, jusqu'à nos jours, un élément essentiel des montages dogmatiques qui justifient le monopole étatique de la justice et organisent la délégation du pouvoir de juger.

---

[1] Le Roy Ladurie (E.), « Réflexion sur l'essence et le fonctionnement de la monarchie classique (XVI^e^-XVIII^e^ siècles) », *in* Méchoulan (H.), dir., *L'Etat baroque*, préc., p. xi.

[2] Sur les limites de cette opposition, v. Beaud (O.), *op. cit.*, pp. 44-45.

[3] Sur ce point, v. Gouron (A.), « Les ordonnances royales dans la France médiévale », *in* Padoa-Schioppa (A.), dir., *Justice et législation*, préc., pp. 80-100. Du même auteur, rappr. « Continuité et discontinuité dans l'histoire du législatif médiéval : réflexions sur une recherche collective », *in* Genet (J.-Ph.), dir., *op. cit.*, pp. 217-226. V. également, pour la période suivante, Rigaudière (A.), « Un enjeu pour la construction de l'État : penser et écrire la loi dans la France du XIV^e^ siècle », *in* Padoa-Schioppa (A.), dir., *op. cit.*, p. 101 et s.

[4] Guillot (O.), Rigaudière (A.), Sassier (Y.), *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale, des temps féodaux aux temps de l'État*, 2^e^ éd., Paris, Armand Colin, 1998, Tome 2, p. 230.

[5] Cardin Le Bret, « Traité de la souveraineté du Roy », *in Œuvres*, Paris, 1639, Liv. 2, Chap. 2, p. 41. Cette affirmation se retrouve de loin en loin dans les ouvrages des jurisconsultes jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Ainsi, dans son *Dictionnaire de Droit et de Pratique* (Paris, 1771, Tome 2, p. 102) publié peu de temps avant la Révolution, Claude-Joseph de Ferriere indique au *verbo* « Justice » que « le premier & le principal droit des Souverains, le plus essentiel fleuron de leurs Couronnes, & le devoir auquel ils sont le plus étroitement engagés, est de rendre la Justice à leurs Sujets ».

[6] *Infra* n° 84 et s.

B. LA DELEGATION DE LA JUSTICE ROYALE

> « Dieu qui seul est iuste, & de qui l'œuvre le plus parfaict est la iustice (…) en a distribué un rayon aux Roys et Princes : à fin de l'espandre parmy le monde. Les Princes ne pouvans porter seuls une si pesante charge, s'en sont deschargés & l'ont remise aux Iuges et Magistrats (…). »
>
> Bernard de la Roche-Flavin, *Treze livres des parlemens de France*, Bourdeaus, 1617, Liv. 13, Chap. 10, p. 688.

31. Aux figures de l'incorporation du pouvoir justicier par le prince répondent celles de la délégation de cette puissance en amont et en aval du monarque. Confortant tout autant que les précédentes la légitimité du monopole royal sur l'administration de la justice, ces représentations reposent sur une vision hiérarchique de l'univers transmise par les dogmaticiens – théologiens et juristes confondus - du Moyen Âge jusqu'à l'époque moderne. Relayées par l'iconographie des ouvrages enluminés[1], ces figures théoriques font de la suprématie royale en matière judiciaire la conséquence d'un mandat divin (1) autorisant le monarque médiateur à déléguer à d'autres hommes le pouvoir de rendre la justice dans son royaume (2).

1 – LA DELEGATION DIVINE DE LA JUSTICE AU ROI

32. L'incorporation royale de la justice puise sa légitimité dans une série de représentations religieuses qui justifient les prérogatives du monarque en évoquant la délégation divine dont jouit ce dernier. Ces soubassements mystiques changent avec les figures du pouvoir qu'ils supportent[2] : au fondement divin de la justice rendue médiatement par un prince débiteur de la communauté (a) a ainsi succédé, dans la période absolutiste, une figure du Roi recevant directement de Dieu le pouvoir souverain de juger (b).

a – Le pouvoir royal de rendre la justice divine

33. S'il est pertinent de distinguer les figures de la délégation divine du pouvoir royal d'administrer la justice dans les théories de la royauté médiévale et dans celles de la monarchie moderne, il convient de ne pas les opposer. C'est en effet une seule et même « idéologie de la royauté très chrétienne » qui se déploie dès le XI^{e} siècle, et jusqu'à Bossuet[3]. La doctrine selon laquelle l'univers est « une longue chaîne hiérarchisée d'êtres »[4] surplombée par Dieu, habituellement associée à la monarchie

[1] Jacob (R.), *Images de la justice*, Paris, Le léopard d'or, 1994, not. p. 24 à p. 38.
[2] Sur les fondements sacrés du pouvoir judiciaire et sur leur évolution, v. sous la direction de Chauvaud (F.), *Le sanglot judiciaire. La désacralisation de la justice (VIII^{e}-XX^{e} siècles)*, Grâne, Créaphis, 1999.
[3] Sur cette « idéologie », v. les riches développements de Krynen (J.), *L'empire du roi…*, préc., p. 345 et s.
[4] Tierney (B.), *op. cit.*, p. 62.

de droit divin, lui est en fait bien antérieure[1]. Pour dominante qu'elle ait été dans les représentations du pouvoir royal dès les premiers capétiens, elle ne doit cependant pas éclipser l'émergence, autour du XIII^e^ siècle, d'une vision de la monarchie aux accents contractualistes. Cette pensée aux multiples facettes, dont l'origine doit être cherchée dans la scolastique médiévale[2], rappelle que le *pouvoir* du prince à pour corollaire un *devoir* de justice visant à faire prévaloir un ordre conforme au dessein divin.

34. Reprises et développées dans l'entourage royal à la fin du Moyen Âge[3], ces idées rencontrent un écho très favorable chez les parlementaires. Ces hauts magistrats associent cette conception « pactiste » du pouvoir royal à la figure « sacrale » de la monarchie[4]. Ils parviennent à articuler ces représentations, pourtant apparemment antithétiques, par le biais d'une sacralisation de la prérogative judiciaire. Cette « vraie puissance ordonnée de Dieu »[5] transforme son détenteur en un médiateur reliant le royaume des cieux à celui des humains. Ainsi pour les grands juges de la monarchie moderne, c'est « parce qu'en tant qu'élu de Dieu, il doit exercer, à l'égard de ses sujets, ce qui est la principale prérogative de Dieu à l'égard des hommes, que le Roi est investi d'une mission spirituelle »[6].

35. Cette réflexion sur la dimension divine du pouvoir royal de juger permet aux hauts magistrats d'insister sur la légitimité de leur propre ministère. Bernard de la Roche-Flavin participe de ce mouvement doctrinal[7] quand il affirme voir la « puissance des Magistrats venir de Dieu originairement, & du Prince

[1] Sur les figures de la hiérarchie dans la monarchie médiévale, v. Beaune (C.), *op. cit.*, p. 159 et s. Sur ces représentations dans la période moderne, et plus particulièrement dans l'œuvre de Charles Loyseau, v. Mousnier (R.), *Les institutions de la France sous la monarchie absolue, 1598-1789*, Paris, PUF, 1990, Tome 1, p. 15. Rappr. l'article de Padoa-Schioppa (A.), « Hiérarchie et juridiction : modèles du droit canonique médiéval », précité.

[2] Souvent imputée à saint Thomas et à ses successeurs (Sueur (P.), *Histoire du droit public français, XV^e^-XVIII^e^ siècles*, Paris, PUF, 1993, Tome 1, p. 175), la réflexion contractualiste sur le pouvoir politique semble également puiser dans le courant augustinien de la scolastique opposé au thomisme (sur ce point, v. l'article de Boureau (A.), « Pierre de Jean Olivi et l'émergence d'une théorie contractuelle de la royauté au XIII^e^ siècle », *in* Blanchard (J.), dir., *Représentation, pouvoir et royauté…*, préc., not. pp. 167-168). Sur les doctrines médiévales voyant dans le consentement la « cause » de la *iurisdictio*, v. Tierney (B.), *op. cit.*, not. pp. 51-61.

[3] Krynen (J.), *L'empire du roi…*, préc., pp. 419-432. Du même auteur, v. également *Idéal du prince et pouvoir royal…*, préc., p. 326 à p. 332.

[4] Sur la combinaison de ces deux conceptions dans le discours de la haute magistrature, voir l'article de Renoux-Zagamé (M.-F.), « Du juge-prêtre au roi-idole. Droit divin et constitution de l'État dans la pensée juridique française à l'aube des temps modernes », *in* Thireau (J.-L.), dir., *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, Paris, PUF, 1997. Du même auteur, rappr. « Répondre de l'obéissance. La conscience du juge dans la doctrine judiciaire à l'aube des temps modernes », *in* Carbasse (J.-M.) et Depambour-Tarride (L.), dir., *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, not. pp. 172-192.

[5] *Trésor des harangues*, 1668, Tome 1, p. 5 (A. du Harlay) ; cité par Renoux-Zagamé (M.-F.), « Du juge-prêtre au roi-idole… », préc., p. 162.

[6] Renoux-Zagamé (M.-F.), *op. cit.*, p. 153.

[7] Sur l'œuvre de Bernard de la Roche-Flavin et sur son intérêt scientifique, v. Krynen (J.), « A propos des *Treze Livres des Parlemens de France* », *in* Poumarède (J.) et Thomas (J.), dir., *Les parlements de province. Pouvoirs, justice et société du XV^e^ au XVII^e^ siècles*, Toulouse, Framespa, 1996, p. 691 et s.

immédiatement »[1]. Il exprime ainsi l'idée d'une double délégation, temporelle et spirituelle, de la prérogative judiciaire exercée par les juges royaux[2]. Rencontrant un vif succès dans le milieu parlementaire jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, cette théorie n'a pas fait obstacle à la radicalisation du « droit divin » dans les représentations du pouvoir élaborées par les serviteurs de l'État au cours des deux derniers siècles de la monarchie.

b – Le pouvoir divin de rendre la justice royale

36. La nécessité de mieux fonder la souveraineté royale que Bodin et ses successeurs sont en train de reconceptualiser explique le renforcement de la doctrine du droit divin au XVII^e^ siècle[3]. Le gallicanisme politique qui s'exprime alors dans les œuvres juridiques est systématisé et élevé au rang de dogme intangible[4]. Justifiant la puissance sans rivale des rois au motif que « c'est Dieu même qu'ils représentent dans leurs fonctions »[5], cette idéologie voit dans « l'autorité de juger » détenue par le Prince « une participation de la justice souveraine de Dieu »[6].

37. Ces affirmations s'inscrivent dans un ensemble de représentations insistant sur l'immédiateté de la délégation divine instituant le prince[7] et sur la dimension

[1] La Roche-Flavin (B. de), *Treze livres des parlemens de France*, Bourdeaus, 1617, Liv. 13, Chap. 10, p. 689.

[2] Jacob (R.), « Le jugement de Dieu et la formation de la fonction de juger dans l'histoire européenne », *APD*, 1995, Tome 39, p. 102. V. également Renoux-Zagamé (M.-F.), « Répondre de l'obéissance… », préc., pp. 181-182.

[3] Sur la re-sacralisation de l'État comme condition nécessaire à son absolutisation dans la France moderne, voir l'article de Courtine (J.-F.), « L'héritage scolastique dans la problématique théologico-politique de l'âge classique », précité. Du même auteur, et sur les problématiques « théologico-politiques » en général : « A propos du "problème théologico-politique" », *Droits*, 1993, n° 18, pp. 109-118.

[4] Dès le début du XVI^e^ siècle, les jurisconsultes ont en main les éléments d'une théorie du droit divin. Mais bien qu'elle se livre à une sacralisation des autorités séculières, la doctrine ne dégage pas alors un corps de discours homogène en la matière (Thireau (J.-L.), « Préceptes divins et normes juridiques dans la doctrine française du XVI^e^ siècle », *in* Thireau (J.-L.), dir., *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, préc., not. p. 132 et s.). A la fin du XVI^e^ siècle, Bodin pose de manière définitive « qu'il n'y a rien plus grand en terre apres Dieu, que les Princes souverains, & qu'ils sont establis de luy comme ses lieutenans, pour commander aux autres hommes », et il ajoute : « il est besoin de prendre garde à leur qualité (…) car qui mesprise son Prince souverain, il mesprise Dieu, duquel il est l'image en terre », *Les six livres de la république*, préc., Liv. 1, Chap. 10, pp. 211-212. Cette opinion est partagée par ses successeurs qui figent au XVII^e^ siècle « le dogme politico-religieux de la théocratie royale », l'expression est de Harouel (J.-L.), *in* Harouel (J.-L.) *et al*., *op. cit.*, p. 402.

[5] Domat (J.), « Le droit public », *in Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, Paris, 1771, Tome 2, Liv. 1, Tit. 1, Sect. 1, VI, p. 5. Sur l'omniprésence de la dimension religieuse dans la philosophie de Jean Domat, et sur ses conséquences en matière d'organisation du pouvoir souverain, comp. Renoux-Zagamé (M.-F.), « Domat, le salut et le droit », *RHFDSJ*, 1989, n° 8, p. 68 et s., et Goyard-Fabre (S.), « César a besoin de Dieu ou la loi naturelle selon Jean Domat », *in* Méchoulan (H.) et Cornette (J.), dir., *L'État classique. Regards sur la pensée politique de la France dans le second XVII^e^ siècle*, Paris, Vrin, 1996, p. 149. Rappr. Todescan (F.), « Domat et les sources du droit », *APD*, 1982, Tome 27, p. 55 et s.

[6] Bossuet (J.-B.), *Politique tirée des propres paroles de l'Ecriture sainte*, Paris, 1709, Liv. 8, art. 1, I, p. 389.

[7] Harouel (J.-L.), *in* Harouel (J.-L.) *et al*., *op. cit.*, p. 400 et s.

magique de son pouvoir[1]. La figure du roi source de justice est portée à incandescence dans ce cadre théorique : « le Prince est le simulachre de Dieu seant au lict de sa iustice : auquel il esclaire comme le Soleil au Ciel, pour distribuer le droict à ceux, qui l'implorent & demandent »[2]. La relation privilégiée unissant la justice royale à la figure divine permet au monarque de soustraire l'exercice de sa prérogative judiciaire à toute forme d'examen. On tient pour acquis que « la justice est établie sur la religion »[3], mais il est non moins certain qu'elle « appartient à Dieu : & c'est lui qui la donne aux rois »[4]. Dès lors, si l'exercice du pouvoir de juger par ces derniers est objet de « perpetuelle revision »[5] devant le tribunal divin, son détenteur n'a en revanche à répondre de son activité ni devant le peuple, ni devant le pape[6].

38. Cette conception fut revendiquée par les souverains français jusqu'à la Révolution et relayée par la doctrine juridique d'Ancien Régime[7], mais elle subit tout au long du XVIII[e] siècle les assauts répétés des philosophes et des parlementaires. La désacralisation de la justice royale en résultant est incontestable[8]. Pourtant, l'image de la « hiérarchie séculière » par laquelle « tout se ramène à l'unité »[9] n'a guère souffert de ces attaques. Figurant la délégation du pouvoir royal aux hommes exerçant la puissance temporelle dans le royaume, ce modèle hiérarchique dont il convient d'éclairer la genèse a en effet survécu à l'appauvrissement de son fondement théologique.

2 – LA DELEGATION ROYALE DE LA JUSTICE AUX MAGISTRATS

39. L'idée de délégation sous-tend la démonstration des légistes selon laquelle derrière toute autorité exerçant la justice, « il faut percevoir l'efficace de la souveraineté royale »[10]. L'arbre de justice, qui décrit la hiérarchie institutionnelle empruntée par le flux du pouvoir monarchique pour irriguer toutes les justices

[1] Sur ces questions, v. Guéry (A.), « L'œuvre royale. Du roi magicien au roi technicien », *Le Débat*, 1993, n° 74, p. 123 et s.
[2] La Roche-Flavin (B. de), *op. cit.*, Liv. 13, Chap. 49, p. 785.
[3] Bossuet (J.-B.), *op. cit.*, Liv. 8, art. 1, p. 389.
[4] Bossuet (J.-B.), *op. cit.*, Liv. 8, art. 1, II, p. 391.
[5] Bossuet (J.-B.), *op. cit.*, Liv. 8, art. 1, I, p. 390.
[6] Bossuet, qui formalise la thèse de l'irresponsabilité de la justice royale dans le monde sublunaire en postulant sa soumission au jugement divin, l'évoque en ces termes : « les jugemens les plus souverains, & les plus absolus, sont comme les autres par rapport à Dieu, sujets à la correction : avec cette seule difference, qu'elle se fait d'une manière cachée », *op. cit.*, p. 394. Rappr. Collot (C.), *op. cit.*, p. 286 et s.
[7] Exemplaire d'une position largement admise par les écrits des jurisconsultes de la fin de l'Ancien Régime, Denisart affirme que l'autorité du Roi « vient immédiatement de Dieu qui le lui a confié, & à qui seul il en est comptable », *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, 1773, Tome 4, V° Roi, p. 354, n° 3.
[8] Pour une illustration du processus de désacralisation de la justice à la fin de l'Ancien Régime, on peut se reporter à la contribution de Muchembled (R.), « Compromis et pratiques molles (1750-1789) », *in* Chauvaud (F.), dir., *Le sanglot judiciaire*, préc., p. 55 et s. Pour une vision d'ensemble de la « destruction de la mythologie royale », v. Mousnier (R.), *op. cit.*, p. 523 et s.
[9] D'Aguesseau, « Essai d'une institution au droit public », *in Œuvres*, 13 vol., Paris, 1759-1789, vol. 1, pp. 541-542.
[10] Sève (R.), « Le discours juridique dans la première moitié du XVII[e] siècle », *in* Méchoulan (H.), dir., *L'État baroque…*, préc., p. 131.

siégeant dans le royaume, permet de visualiser le transfert de la prérogative judiciaire[1]. Il témoigne de la domination symbolique exercée par la justice royale sur les autorités communautaires et ecclésiastiques détenant un pouvoir de juridiction (a) et rappelle la subordination théorique à l'égard du Prince dans laquelle sont tenues toutes les institutions judiciaires de l'État monarchique (b).

a – La revendication des justices usurpées

40. Constatant que la justice royale est « intransmissible en droit mais non en pratique »[2], les juristes de la fin du Moyen Âge peinent à rendre compte du morcellement territorial du pouvoir de juger en des termes empruntés aux droits savants. Les représentations féodales permettent en revanche d'affermir très tôt la domination théorique du monarque sur les justices seigneuriales[3]. C'est alors l'étendue du pouvoir de suzeraineté détenu par le seigneur capétien[4] qui permet aux légistes d'affirmer que dans le royaume, toute justice laïque « est tenue en fief ou en arrière-fief du roi »[5].

41. Justifiant diverses techniques procédurales permettant la surveillance des justices seigneuriales par l'administration royale[6], la figure de la délégation, implicitement à l'œuvre dans cette vision médiévale[7], se renforce avec la conceptualisation de la souveraineté. La liaison entre « fief et justice » est vigoureusement niée à partir du XVII[e] siècle[8] et c'est dans la *concession* royale qu'on distingue dès lors l'origine du pouvoir justicier des seigneuries[9]. Dans la monarchie moderne, il « faut estre Roy pour créer une Iustice, & pour donner à un particulier la propriété du commandement »[10]. L'emprise conceptuelle de la

[1] Sur l'arbre de justice comme outil heuristique de première force pour rendre compte de l'organisation de l'État royal, et plus particulièrement sur celui proposé par Figon, à la fin du XVI[e] siècle, dans son *Discours des États et Offices tant du gouvernement que de la justice et des finances*, v. Le Roy Ladurie (E.), *L'État royal. 1460-1610*, Paris, Hachette, 1987, p. 331 et s.

[2] Rigaudière (A.), « État, pouvoir et administration dans la *Practica aurea libellorum* de Pierre Jacobi (vers 1311) », préc., p. 178.

[3] Riche synthèse sur les justices seigneuriales dans l'*Histoire du droit public français* de Sueur (P.), préc., Tome 2, p. 164 et s.

[4] Sur le roi suzerain, v. Krynen (J.), *L'empire du roi*…, préc., p. 42.

[5] Beaumanoir, cité par Bournazel (E.), *in* Harouel (J.-L.) *et al*., *op. cit.*, p. 246.

[6] « L'appel, les techniques de prévention, et les revendications appuyées par la notion de cas royal » ont été les outils utilisés par la justice royal pour se subordonner les justices seigneuriales, comme le montre Durand (B.), « Les instruments juridiques du pouvoir monarchique en France, 1500-1800 », *in* Padoa-Schioppa (A.), dir., *Justice et législation*, préc., p. 360. Ces procédures sont présentées en détail dans la plupart des manuels d'histoire des institutions.

[7] Bournazel (E.), *in* Harouel (J.-L.) *et al*., *op. cit.*, p. 246.

[8] Au début du XVII[e] siècle, il est définitivement acquis « qu'en France, Fief et Iustice n'ont rien de commun ensemble : ains sont droicts divers, distincts et separez, & par le moyen de l'un on ne peut s'attribuer l'autre » (Bacquet (J.), *Traicté des droicts de iustice, haute, moienne, & basse*, S.L., n.d., Paris, début XVII[e] siècle, p. 29). Rappr. Quenet (M.), *Histoire des institutions judiciaires*, Paris, Litec, 1997, p. 93.

[9] « Partant plusieurs sont d'avis, que aucun seigneur ne peult prétendre droict de iustice, soit haulte, moyenne ou basse, en aucun Fief, terre ou seigneurie situee en France, sans titre particulier, concession ou permission du Roy ou de ses predecesseurs Roys de France », Bacquet (J.), *op. cit.*, p. 28.

[10] Loyseau (C.), « Discours de l'abus des justices de village », *in Œuvres*, Paris, 1678, p. 8.

puissance royale sur les tribunaux seigneuriaux et municipaux se renforce alors au point que certains jurisconsultes, tel Loyseau dans son *Discours de l'abus des justices de village*[1], dénoncent avec virulence les « justices abusives » qui « ont esté usurpées sans concession »[2], et « l'absurdité » consistant à « diviser & démembrer une Justice sans permission du Roy »[3].

42. Les revendications de la puissance monarchique à l'encontre des tribunaux ecclésiastiques n'ont pu s'exprimer en ces termes. La justice de l'Église lui est propre et n'a jamais été conçue comme le fruit d'une délégation de pouvoir du prince[4]. La reconquête théorique de l'immense compétence judiciaire dont a hérité *de facto* l'institution ecclésiale au Moyen Âge a emprunté le biais d'une séparation théorique des domaines temporel et spirituel[5]. La rupture consommée, il restait aux légistes, non pas à affirmer la supériorité de la justice monarchique sur les officialités, mais à « reconquérir toute cause ayant trait aux intérêts temporels »[6] au profit des institutions judiciaires directement instituées par le prince et immédiatement subordonnées à lui[7].

b – La subordination des justices déléguées

43. La croissance de l'administration judiciaire royale et sa progressive autonomisation fonctionnelle[8] exigeaient une clarification conceptuelle relative à la nature du lien de délégation unissant le monarque aux juges royaux. Cette problématique agitait déjà la doctrine savante médiévale[9], mais elle devient un enjeu théorique considérable dans le royaume de France où, de manière épisodique, le roi s'oppose aux hauts magistrats[10]. Au cours des deux derniers siècles de l'Ancien

[1] Sur la dimension « pamphlétaire » de ce discours de Loyseau, v. Basdevant-Gaudemet (B.), *Aux origines de l'État Moderne. Charles Loyseau, 1564-1627. Théoricien de la puissance publique*, Paris, Economica, 1977, p. 5. A consulter également pour appréhender dans sa globalité la pensée de l'un des pères du droit public, et pour ses développements synthétiques sur la justice royale (p. 148 et s.), la justice seigneuriale (p. 206 et s.), et les offices (p. 180 et s.).
[2] Loyseau (C.), « Discours de l'abus des justices de village », préc., p. 10.
[3] Loyseau (C.), *op. cit.*, p. 4.
[4] Barbey (J.), *in* Harouel (J.-L.) *et al*., *op. cit.*, p. 345.
[5] Sur ce processus théorique de distinction des sphères spirituelle et temporelle dans la doctrine médiévale, et sur les implications pratiques de ce mouvement, v. la thèse de Royer (J.-P.), *L'Église de France au XIV^e^ siècle d'après le « Songe du Vergier » et la jurisprudence du Parlement*, précitée.
[6] Barbey (J.), *in* Harouel (J.-L.) *et al*., *op. cit.*, p. 345.
[7] Pour revenir sur les premières sources doctrinales de ce mouvement « d'étouffement des officialités » très tôt amorcé, v. Krynen (J.), *L'empire du roi…*, préc., p. 252 et s. Plus généralement sur ce thème, v. Cheyette (F.), « La justice et le pouvoir royal à la fin du Moyen Âge français », *RHDFE*, 1962, p. 373. Rappr. Ourliac (P.), « La juridiction ecclésiastique au Moyen Âge », *MSHDI*, 1977, Fasc. 34, p. 13.
[8] Hilaire (J.), « Le *Roi* et *Nous*, procédure et genèse de l'État aux XIII^e^ et XIV^e^ siècles », *Histoire de la justice*, 1992, n° 5, p. 3.
[9] Évoquée par Loyseau (« Discours de l'abus des justices de village », précité, p. 1), la « mémorable contention » mettant aux prises, au XII^e^ siècle, Azon et Lothaire sur la nature du lien juridique liant l'Empereur aux magistrats est la matière à partir de laquelle s'élabore la doctrine de la délégation du pouvoir royal plus de quatre siècles plus tard. Sur les termes de cette dispute, v. Beaud (O.), *op. cit.*, p. 162.
[10] L'histoire de cette opposition de « trois cents ans » est rapportée en détail par Mousnier (R.), *Les institutions de la France sous la monarchie absolue, 1598-1789*, Paris, PUF, 1992, Tome 2, p. 561 et s.

Régime, ceux-ci élaborent un « constitutionnalisme parlementaire »[1], consolidant la solidarité des juridictions souveraines par la théorie dite des « classes »[2], et revendiquant pour ce corps unifié « aussi essentiel à la Monarchie que le Monarque lui même »[3] une légitimité égale à celle du roi.

44. Face à ce mouvement doctrinal, les théoriciens du pouvoir royal maintiennent, après Bodin, que tout magistrat est « devant le souverain, comme un sujet ; son pouvoir n'est que son devoir et, à ce titre, il doit obéissance »[4]. Aux dires de Cardin Le Bret, ce système garantit, jusqu'au sommet de la hiérarchie judiciaire, un contrôle des magistrats ultimement assuré par le Prince : « Ces parlemens ont sous eux les Baillis & les Sénéchaux, pour les tenir en devoir et les reprendre, (…) comme aussi les Parlemens ont sur eux le Roi, (…) pour en recevoir la correction, si en quelque chose ils outrepassent la puissance qui leur a été donnée, ou s'ils viennent à faire chose qui soit contraire au bien du service de sa Majesté, & à l'utilité du Roïaume. Peut on voir un plus bel ordre, & une Police mieux réglée en aucun lieu de cet univers ? »[5]

45. Ce tableau idyllique n'est guère représentatif des relations qu'entretiennent le roi et ses juges. Vénalité et hérédité des offices assurent à partir du XVI[e] siècle une très forte indépendance aux magistrats exerçant la justice déléguée du prince[6]. Néanmoins, le *credo* royal demeure jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Il trouve à s'exprimer avec une vigueur particulière dans les paroles prononcées lors de la *séance de la flagellation* imposée aux parlementaires le 3 mars 1766. A cette occasion, Louis XV affirme que « les magistrats sont les officiers chargés de (l)'acquitter du devoir vraiment royal de rendre la justice » ; et le monarque absolu de s'indigner à la suite de ce rappel : « comme s'il était permis d'oublier (…) que c'est de moi seul que mes cours tiennent leur existence et leur autorité ; que la plénitude de cette autorité, qu'elles n'exercent qu'en mon nom, demeure toujours en moi »[7]. La Révolution n'est pas revenue sur ce principe de concentration extrême du pouvoir, mais elle a en revanche substitué le peuple au roi dans l'exercice de ce dernier.

§ 2. LA LOI SOUVERAINE, FONDEMENT RATIONNEL DU POUVOIR DE JUGER

46. Les représentations formant l'armature théorique du pouvoir institutionnel monarchique ont été corrodées par les « lumières ». Revisitant les fondements de la

[1] Royer (J.-P.), *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 2001, p. 172 et s.
[2] Sur la théorie des « classes », v. Sueur (P.), *op. cit.*, Tome 2, p. 217 et s. ; rappr. Royer (J.-P.), *La société judiciaire depuis le XVIII[e] siècle*, Paris, PUF, 1979, pp. 124-128.
[3] Le Paige (L.-A.), *Lettres historiques, sur les fonctions essentielles du Parlement, sur le droit des pairs, et sur les loix fondamentales du Royaume*, Amsterdam, 1753, p. 151.
[4] Goyard-Fabre (S.), *Bodin et le droit de la république*, préc., p. 132.
[5] Cardin Le Bret, « Traité de la souveraineté du Roy », préc., Liv. 2, Chap. II, p. 42.
[6] Sur ce point, v. Durand (B.), *op. cit.*, not. p. 364. Sur la structure juridique des offices, rappr. Mousnier (R.), *op. cit.*, Tome 2, pp. 37-84.
[7] Cité par Sueur (P.), *op. cit.*, Tome 2, p. 218.

légitimité, la philosophie « soumet l'autorité à la critique de la raison »[1] et conteste le soubassement théologique du politique. Si la logique du pouvoir demeure, son enveloppe théorique se métamorphose pour rendre compte en termes rationnels des prérogatives de l'État, notamment celle consistant à rendre la justice. Influençant profondément les acteurs de la Révolution française, cette entreprise intellectuelle a forgé le socle politique (A) sur lequel la doctrine juridique post-révolutionnaire est venue appuyer son œuvre de systématisation du pouvoir de juger (B).

A. GERMES POLITIQUES

> « XIII. La Loi étant le résultat d'une convention réciproque entre tous les Membres d'une Société, est obligatoire pour chacun d'eux. (…)
>
> XIX. La Loi doit établir une force publique, capable d'assurer l'exécution de ses Décrets.
>
> XX. Pour déterminer cette force, & pour juger de l'application de la Loi, l'on doit établir des Tribunaux & pourvoir à ce que la Justice y soit rendue (…). »
>
> Du Port, *Projet d'une déclaration des droits*, Paris, 1789, reproduit par S. Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, p. 658.

47. Bouleversant l'ensemble des champs du savoir, l'esprit des « lumières » est le creuset de nouvelles conceptions du monde et le cadre d'énonciation de nouvelles problématiques politiques[2]. Cette mutation intellectuelle inclut notamment une reformulation radicale des fondements théoriques justifiant la puissance du droit et le pouvoir de juger (1). Les révolutionnaires français s'inspirent de ce substrat philosophique pour poser les principes d'une nouvelle légitimité institutionnelle permettant de voir la source de la puissance du juge non plus dans la tradition, mais dans la raison incarnée par la loi (2).

1 – LES FONDEMENTS PHILOSOPHIQUES DU POUVOIR DE JUGER

48. La richesse et la complexité des « lumières » s'opposent à la mise en système d'une « mouvance spirituelle » qui présente, dans le champ de la pensée juridico-politique, une grande diversité[3]. Il est néanmoins possible d'attribuer aux auteurs se rattachant à ce courant l'intention commune de rendre compte du pouvoir institutionnel en termes strictement rationnels. Dans la profusion de discours se rattachant à ce projet, certaines problématiques relatives à l'origine anthropologique du pouvoir de juger (a) et à la justification politique du droit de rendre la justice (b) doivent être relevées.

---

[1] Ellul (J.), *Histoire des institutions - XVI^e^-XVIII^e^ siècles*, Paris, Quadrige - PUF, 1999, p. 234.
[2] Mousnier (R.) et Labrousse (E.), *Le XVIII^e^ siècle, L'époque des « lumières » (1715-1815)*, Paris, Quadrige – PUF, 1985, not. pp. 1 à 95.
[3] Sur la difficulté de systématiser une fois pour toute ces « mystérieuses lumières », v. Rials (S.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, p. 321 et s.

a – L'origine anthropologique du pouvoir de juger

49. La volonté de fonder le pouvoir institutionnel en des termes dont la valeur rationnelle demeurerait inchangée si Dieu n'existait pas est assumée par les théoriciens du droit de la nature et des gens[1]. Revendiquée un siècle plus tard par les encyclopédistes, cette ambition théorique est également celle de Rousseau, qui veut montrer « l'établissement (…) des Sociétés politiques, autant que ces choses peuvent se déduire de la Nature de l'homme par les seules lumières de la raison »[2]. A l'instar des philosophes et des jurisconsultes européens du XVII^e^ et du XVIII^e^ siècles qui élaborent l'individualisme moderne et ébranlent le droit divin des rois[3], le citoyen de Genève part d'un hypothétique état de nature où l'autorité est absente pour proposer une explication anthropologique à l'apparition des magistrats dans la société[4].

50. Dans cette perspective, l'origine du pouvoir de juger n'a pas à être recherchée dans un arrière-monde divin : elle réside tout entière dans la nature de l'homme socialisé[5]. Évoquant « le premier âge du monde »[6], l'*Encyclopédie* expose ainsi comment « on trouva bon, lorsque plusieurs familles se furent jointes ensemble dans un même lieu, d'établir des *juges*, & de les revêtir du pouvoir (…) de sorte que tous les autres membres furent privés de la liberté qu'ils tenoient des mains de la nature »[7]. Succédant au règne de la justice privée, les juges sont ensuite « soumis aux lois » par la communauté afin de « les empêcher de favoriser personne »[8].

51. Laissant présager la place privilégiée qui sera dévolue à la loi conventionnelle dans les représentations du pouvoir à partir de la fin du XVIII^e^ siècle, Rousseau part de prémisses très proches, mais inverse la dialectique régissant l'apparition des magistrats et de la loi : « La Société ne consista d'abord qu'en

[1] Hugo de Groot dit Grotius, figure importante de l'École du droit de la nature et des gens, exprime dès le premier tiers du XVII^e^ siècle cette prétention : « Tout ce que nous venons de dire auroit lieu en quelque manière, quand même on s'accorderoit, ce qui ne se peut sans un crime horrible, qu'il n'y a point de DIEU, ou s'il y en a un, qu'il ne s'interesse point aux choses humaines », *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Jean Barbeyrac, Amsterdam, 1724, « Discours préliminaire, où l'on traite de la certitude du droit en général, & du but de cet Ouvrage en particulier », p. 10.

[2] Rousseau (J.-J.), *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*, Paris, Gallimard, 1965, p. 127. Insistant sur le caractère rationnel de sa démarche, Rousseau veut penser le pouvoir institutionnel « indépendamment des Dogmes sacrés qui donnent à l'autorité Souveraine la Sanction du droit Divin » (p. 127), même s'il reconnaît la nécessité historique de ces doctrines théologiques : « les Gouvernemens humains avoient besoin d'une base plus solide que la seule raison, et (…) il étoit nécessaire au repos public que la volonté divine intervînt pour donner à l'autorité Souveraine un caractère sacré et inviolable » (p. 116).

[3] Les origines de la révolution théorique qui « aboutit à la sécularisation du droit » sont évoquées dans l'ouvrage de Hazard (P.), *La crise de la conscience européenne. 1680-1715*, Paris, Gallimard, 1994, p. 252 et s. (1^e^ éd. Paris, Fayard, 1961).

[4] Sur la notion d'état de nature et son importance dans la réflexion politique du XVII^e^ et du XVIII^e^ siècles, v. Derathé (R.), *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, Vrin, 1970, p. 125 et s. ; sur la dimension mythologique de l'état de nature, rappr. Girardet (R.), *Mythes et mythologies politiques*, préc., pp. 97-138.

[5] Sur ce « passage de la théodicée à l'anthropodicée », v. Goyard-Fabre (S.), « Les sources du droit et la "révolution copernicienne" : quelques réflexions sur Kant et Rousseau », *APD*, 1982, Tome 27, p. 67 et s.

[6] *V°* Juge, (Jurisprud.), *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société de gens de lettres*, Neufchastel, 1765, Tome 9, p. 8.

[7] *V°* Juge, (Droit moral.), *Encyclopédie…*, préc., p. 5.

[8] *Ibid*.

quelques conventions générales que tous les particuliers s'engageoient à observer (…). Il fallut que la Loi fût éludée de mille manières (…) pour qu'on songeât enfin à confier à des particuliers le dangereux dépôt de l'autorité publique, et qu'on commît à des Magistrats le soin de faire observer les délibérations du Peuple »[1]. L'illustre philosophe pose ainsi le cadre logique à partir duquel les conditions nécessaires à la justification politique du pouvoir de juger vont être repensées de manière durable.

b – La justification politique du droit de juger

52. Constatant l'inadéquation des institutions de son temps aux exigences de la raison[2], Rousseau cherche à découvrir « quelque règle d'administration légitime et sûre, en prenant les hommes tels qu'ils sont, et les lois telles qu'elles peuvent être »[3]. Il partage ce projet avec les penseurs « éclairés » qui l'ont précédé, mais se distingue d'eux en lui imprimant une dimension démocratique alors fort originale[4]. Les nouvelles figures de la légitimité politique qu'il expose dans sa doctrine explicitent notamment les conditions du bien-fondé de l'autorité exerçant le pouvoir de juger dans la société.

53. Rousseau a la certitude que la « base de toute autorité légitime parmi les hommes » réside dans les conventions[5]. Ses écrits mettent en évidence l'origine populaire d'une souveraineté indivisible qui s'exprime sous la forme d'une loi votée par tous et s'appliquant à tous[6]. Dans cette perspective, le corps « chargé de l'exécution des lois et du maintien de la liberté tant civile que politique » ne peut prétendre a un rôle prépondérant. Placée dans la dépendance directe du peuple, la « puissance exécutive » - qui inclut celle de juger - s'analyse en termes de « commission » comme en témoigne cette description du statut des magistrats : « simples officiers du souverain, ils exercent en son nom le pouvoir dont il les a fait dépositaires, et qu'il peut limiter, modifier et reprendre quand il lui plaît »[7].

[1] Rousseau (J.-J.), *Discours sur l'origine…*, préc., p. 109.
[2] Confronté à la censure des parlements, Rousseau subit personnellement la résistance des institutions judiciaires françaises aux exigences de la raison telles que formulées par les philosophes. Sur cet épisode, v. Royer (J.-P.), *Histoire de la justice*, préc., p. 218.
[3] Rousseau (J.-J.), *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique*, Paris, Éditions sociales, 1963, I, p. 53.
[4] Capitant (R.) a justement qualifié Rousseau de « fondateur de la démocratie moderne », le distinguant ainsi des théoriciens qui l'ont précédé et qui sont des « adeptes du régime représentatif », *Écrits constitutionnels*, Paris, CNRS, 1982, p. 80.
[5] Rousseau (J.-J.), *op. cit.*, 1, 4, p. 59.
[6] Sur les thèses de Rousseau, il faut se reporter à l'ouvrage précité de Derathé (R.).
[7] Rousseau (J.-J.), *Du Contrat Social…*, préc., 3, 1, p. 116.

54. Héritier à sa manière de la réflexion des légistes sur le pouvoir suprême[1], Rousseau pense la relation du Souverain aux tribunaux comme une délégation de type discrétionnaire. Mais en substituant le peuple au Prince dans le rôle de la puissance omnipotente, il est conduit à renverser radicalement le processus d'institution des juges. Vantant les mérites de l'élection des magistrats dans le *Contrat Social*[2], il reprend une idée déjà ébauchée en 1754 dans une dédicace à la République de Genève où il évoquait une patrie idéale d'individus qui « éliroient d'année en année les plus capables et les plus intègres de leurs Concitoyens pour administrer la Justice et gouverner l'État »[3]. Loin de rester de simples rêveries solitaires, ces réflexions ont profondément influencé la philosophie de la Révolution française[4].

2 – LES FONDEMENTS REVOLUTIONNAIRES DU POUVOIR DE JUGER

55. Les problématiques philosophiques introduites par les « lumières » développent au XVIII[e] siècle « un sentiment d'opposition à l'état social existant, que l'on considère comme absurde et contre nature »[5]. Expression politique de ce rejet, la Révolution française s'approprie cet héritage théorique[6] qu'elle exploite à l'occasion de « la production collective d'une pensée en acte »[7]. Spasme historique fondateur, cet épisode lègue à la France une « idéologie juridique »[8] faisant de la nation la clef de la légitimité du pouvoir de juger (a) et, de la loi, l'outil naturel de son administration (b).

---

[1] Révélatrice de cette continuité sont les similitudes ponctuelles que l'on peut établir entre certaines figures théoriques des traités dogmatiques de l'Ancien Régime et les réflexions de Rousseau. A titre d'exemple, on peut évoquer l'idée monarchique classique selon laquelle « en la presence du Roy (…) les Magistrats soit souverains ou autres (…) n'ont point d'autorité, ny jurisdiction », (Bernard de la Roche-Flavin, *op. cit.*, Liv. 4 Ch. 1, p. 294), que l'on retrouve de manière symétrique dans le système de Rousseau où « (à) l'instant que le peuple est légitimement assemblé en corps souverain, toute juridiction du gouvernement cesse, la puissance exécutive est suspendue » (Rousseau (J.-J.), *op. cit.*, p. 156). Sur la « fidélité » de Rousseau à la théorie de la souveraineté élaborée par les légistes royaux, rappr. Goyard-Fabre (S.), *Philosophie politique…*, préc., p. 271.

[2] Rousseau (J.-J.), *op. cit.*, 3, 5, p. 131.

[3] Rousseau (J.J.), « Dédicace a la République de Genève », *Discours sur l'origine…*, préc., p. 22.

[4] Sur les liens qu'entretient la Révolution française avec l'œuvre et la personne de Rousseau, v. l'article de Manin (B.), « Rousseau », dans le *Dictionnaire critique de la révolution française*, sous la direction de Furet (F.) et Ozouf (M.), Paris, Flammarion, 1988, p. 872. Rappr. Courvoisier (Cl.), « Rousseau en 1793 », *in La constitution du 24 juin 1793, L'utopie dans le droit public français ?*, Dijon, Editions Universitaires de Dijon, 1997, p. 49.

[5] Groethuysen (B.), *Philosophie de la Révolution française*, précédé de *Montesquieu*, 2[e] éd., Paris, Gallimard, 1996, p. 212.

[6] L'héritage des « lumières » reçu par la Révolution est analysé par Backzo (B.), « Lumières », *in* Furet (F.) et Ozouf (M.), dir., *Dictionnaire critique de la Révolution*, préc., p. 776 et s.

[7] Beaud (O.), « Ouverture : L'histoire juridique de la Révolution française est-elle possible ? », dans le n° 17 de la revue *Droits* (1993) consacré à la Révolution française, p. 6.

[8] Nous adoptons ici la définition de l'idéologie juridique proposée par Beaud (O.) dans l'article précité (p. 8). Pour cet auteur, l'idéologie juridique désigne les « proclamations idéales contenues non seulement dans des discours politiques, mais aussi dans des dispositions juridiques qui s'avèrent dénuées soit de force normative soit d'effectivité pratique (juridiquement irrelevantes ou ineffectives) ».

a – Le fondement du pouvoir de juger réside dans la nation

56. Peu de temps avant la réunion des États généraux de 1789, l'abbé Sieyès lie de manière indissociable la nation à « la souveraineté du peuple, immédiate et active, de la théorie rousseauiste »[1]. Définie comme « un corps d'associés vivant sous une loi *commune* et représentés par la même *législature* »[2], cette entité fraîchement repensée[3] est invoquée par l'Assemblée nationale pour poser les principes d'une nouvelle justice[4]. Cette idée s'exprime avec force dans l'article premier du projet de *Constitution du pouvoir judiciaire* présenté par Bergasse[5] aux députés le 17 août 1789 : « La Nation seule a le droit de déterminer la Constitution des Tribunaux, & aucun changement ne peut être fait dans l'organisation du Pouvoir Judiciaire, sans qu'elle l'ait ordonné »[6].

57. Remplaçant le Roi dans le rôle du souverain absolu, la nation devient foyer de toute légitimité et source de tout pouvoir[7]. L'article 3 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen en témoigne qui dispose que « Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ». Établi par l'Assemblée de 1789, ce « privilège d'antériorité »[8] donné à la nation sur toute puissance publique, et donc sur l'institution judiciaire, marque durablement le droit public français, même si sa mise en œuvre par l'institution d'une magistrature élue demeure sans lendemain[9].

58. Certes, pendant près d'un siècle, le fondement populaire du pouvoir est contesté[10] et l'idée de nation fait l'objet d'interprétations privant le plus grand

[1] Baker (K.M.), « Souveraineté », *in* Furet (F.) et Ozouf (M.), dir., *op. cit.*, p. 894.
[2] Emmanuel Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État* (1e éd. 1789), Paris, Quadrige / PUF, 1989, p. 31.
[3] Sur l'idée de nation en 1789, v. Godechot (J.), *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, PUF, 1989, p. 23 et s. ; et sur les circonstances d'apparition de cette nouvelle conception de la nation dans le dernier tiers du XVIIIe siècle, v. Furet (F.) et Halévi (R.), *La monarchie républicaine, La Constitution de 1791*, Paris, Fayard, 1996, p. 42 et s. Plus généralement sur l'idée de nation et sa place dans l'épisode révolutionnaire, v. Nora (P.), « Nation », *in* Furet (F.) et Ozouf (M.), dir., *op. cit.*, p. 801.
[4] Royer (J.-P.), « Les innovations des Constituants en matière de justice civile ou la "Cité idéale" », *in* Badinter (R.), dir., *Une autre justice, Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 59.
[5] Sur l'itinéraire de Bergasse, v. Royer (J.-P.), « L'Assemblée au travail », *in* Boucher (Ph.), dir., *La révolution de la justice. Des lois du roi au droit moderne*, Paris, Éd. de Monza, 1989, pp. 136-137.
[6] Bergasse (N.), *Rapport du comité de constitution, sur l'organisation du pouvoir judiciaire présenté à l'Assemblée nationale*, Paris, 1789, p. 40.
[7] Comme le remarque Furet (F.), la conception de la souveraineté politique élaborée par les révolutionnaires « doit ses caractères à l'absolutisme : le peuple y a pris la place du roi, et la démocratie pure, celle de la monarchie absolue », Furet (F.), dir., *L'héritage de la révolution française*, Paris, Hachette, 1989, pp. 17-18. Les conséquences de la substitution de la nation au roi sur les théories et les pratiques révolutionnaires de la représentation sont évoquées par Gauchet (M.), *La révolution des pouvoirs*, Paris, Gallimard, 1995, not. p. 264 et s.
[8] Furet (F.) et Halévi (R.), *op. cit.*, p. 60.
[9] Sur l'élection des juges, v. *infra* n° 117.
[10] En dépit des mouvements idéologiques et politiques qui s'opposent à la souveraineté du peuple tout au long du XIXe siècle, Ellul (J.) remarque que l'évolution a été dans le sens de sa reconnaissance aussi bien au cours de la période monarchique que sous le Second Empire, *Histoire des institutions – XIXe siècle*, Paris, Quadrige – PUF, 1999, p. 299. Sur les doctrines contre-révolutionnaires qui, tout au long du XIXe siècle, tentent d'offrir une alternative au fondement populaire du pouvoir souverain, on peut consulter les études de Rials (S.) rassemblées dans l'ouvrage intitulé *Révolution et contre-révolution au XIXe siècle*,

nombre du pouvoir de s'exprimer[1]. Le traitement réservé au pouvoir de juger dans les actes constitutionnels qui se succèdent jusqu'à la IIIe République témoigne de ces incertitudes[2]. En fonction du contexte politique et idéologique qui préside à leur rédaction, la justice y est conçue alternativement comme une prérogative du Roi, de l'Empereur ou du peuple[3]. En cette matière comme en d'autres, « seule la victoire des républicains sur les monarchistes, en 1876-1877, donne à la France un régime qui consacre durablement l'ensemble des principes de 1789 »[4]. C'est à cette époque que l'État fait sien de manière définitive le discours selon lequel le pouvoir de juger est issu du peuple par le truchement de la souveraineté nationale[5].

b – L'exercice du pouvoir de juger est organisé par la loi

59. Si la référence à l'universalité des citoyens offre un fondement théorique au pouvoir de juger, elle ne préjuge pas des modalités de son organisation. La pensée révolutionnaire répond à cette préoccupation en liant l'autorité suprême du peuple à la plénitude de puissance des représentants de la nation[6] qui s'exprime sous forme

Paris, Albatros, 1987, not. la deuxième partie. V. également l'article de Gengembre (R.), « La contre-révolution et le refus de la constitution », *in* Troper (M.) et Jaume (L.), dir., *1789 et l'invention de la constitution*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1994, p. 55, ainsi que les contributions proposées dans les actes du colloque de la fondation Guizot-Val Richer, *François Guizot et la culture politique de son temps*, Paris, Galllimard – Le Seuil, 1991.

[1] Sur l'apparition de l'opposition conceptuelle entre la souveraineté populaire et la souveraineté nationale, v. l'ouvrage de Bacot (G.), *Carré de Malberg et l'origine de la distinction souveraineté du peuple – souveraineté nationale*, Paris, CNRS, 1985. Du même auteur, voir également « La représentation politique : le tournant de la monarchie de juillet », *Droits*, 1987, n° 6, p. 69. Sur les limites explicatives de ces catégories juridiques tels qu'elles sont employées par la doctrine, Troper (M.), « La Constitution de l'an III ou la continuité : la souveraineté populaire sous la Convention », *in* Dupuy (R.) et Morabito (M.), dir., *1795, Pour une République sans Révolution*, Rennes, PUR, 1996, p. 179. Plus généralement sur cette catégorie conceptuelle, v. David (M.), *La souveraineté du peuple*, Paris, PUF, 1996.

[2] Sur le traitement réservé à la prérogative judiciaire dans les constitutions françaises, v. l'article de Lecocq (P.), « Pouvoir et autorité judiciaires dans les constitutions françaises », *in* Royer (J.-P.), dir., *Être juge demain*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1983, p. 109. Rappr. Marongiu (A.), « La place du pouvoir judiciaire dans les constitutions françaises du XVIII^{e} et du XIX^{e} siècles », *in Études d'histoire du droit à l'époque contemporaine (XIX^{e}-XX^{e} siècles)*, Paris, PUF, 1985, p. 179.

[3] Si les énoncés constitutionnels sont une des clefs d'accès aux représentations fondant la légitimité du pouvoir de juger dans les régimes qui se succèdent rapidement à partir de 1789, ceux-là doivent néanmoins être maniés avec précaution. Ils peuvent en effet facilement être l'objet de contre-sens. Par exemple, si la nature de l'entité au nom de laquelle la justice est rendue est significative, elle ne préjuge pas nécessairement du fondement invoqué pour fonder le pouvoir souverain dont l'administration judiciaire dépend. Ainsi, la Constitution de 1791 (Titre III, Chap. V, art. 24) et la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 (art. 57) prévoient toutes deux de faire rendre la justice au nom du Roi ; mais là où la première fait de la Nation l'unique détentrice d'une souveraineté partiellement exercée par le monarque (Titre III, article 1er), la seconde invoque la « divine providence » comme la véritable source du pouvoir royal.

[4] Furet (F.), *La Révolution française, De Turgot à Napoléon (1770-1814)*, Paris, Hachette, 1988, vol. 1, p. 7.

[5] Sur la signification juridique contemporaine de l'idée de souveraineté du peuple, v. Troper (M.), « "La souveraineté nationale appartient au peuple". L'article 3 de la constitution de 1958 », *in* Troper (M.) et Jaume (L.), dir., *op. cit.*, p. 249.

[6] L'idée de représentation mécanique de la nation est centrale dans la pensée juridico-politique à partir de la Révolution. S'opposant à l'idée de représentation organique dominante sous l'Ancien Régime, ce mode de figuration du pouvoir doit beaucoup aux réflexions théoriques de l'abbé Siéyès. Sur ce thème, v.

légale. Produit d'un processus pluriséculaire de conceptualisation[1] et objet d'engouement au XVIII[e] siècle[2], la loi s'installe en effet au cœur de la « cosmogonie » politique révolutionnaire[3] où elle incarne « l'empire de la raison »[4].

60. En fondant le pouvoir politique sur une Déclaration des droits aux forts accents jusnaturalistes, les Constituants de 1789 actualisent une mythologie politique[5] qui replie entièrement la loi naturelle au sein du droit de l'État[6] et qui marque l'avènement du règne des lois positives. Conçue comme « l'expression de la volonté générale »[7], la loi – constitutionnelle ou ordinaire – se voit reconnaître le droit d'instituer et d'organiser l'ensemble des pouvoirs publics, et notamment l'institution judiciaire. Ouvrant le 24 mars 1790 le débat parlementaire sur la réorganisation de cette dernière, Thouret témoigne de la toute puissance du texte voté par les représentants de la nation en demandant à ces derniers « de décréter les maximes constitutionnelles par lesquelles le pouvoir judiciaire doit être défini, organisé et exercé »[8] et de « déterminer le système général de l'organisation des tribunaux, ce qui comprend surtout leur classification et la gradation de leurs pouvoirs »[9].

61. Plus encore que le fondement populaire du pouvoir de juger, la compétence légale pour organiser ce dernier est objet de permanence dans une histoire politique agitée[10]. Les constitutions qui se succèdent consacrent des développements de longueurs très inégales à l'administration de la justice, mais toutes s'accordent pour faire de la loi l'instrument juridique infaillible pour en aménager les modalités. Aujourd'hui encore, et bien que son « hégémonie théorique »[11] se soit affaiblie à

Pasquino (P.), « Le concept de nation et les fondements du droit public de la Révolution : Sieyès », *in* Furet (F.), dir., *L'héritage de la Révolution française*, préc., p. 309. Plus généralement, on peut se reporter au n° 6 de la revue *Droits* (1987) consacré à la représentation juridique.

[1] Sur l'histoire philosophique de l'idée de loi, v. Bastid (M.), *Naissance de la loi moderne*, Paris, PUF, 1990.

[2] Sur la *nomophilie* du XVIII[e] siècle, v. l'article de Carbonnier (J.), « La passion des lois au siècle des lumières », reproduit dans ses *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 239.

[3] L'expression est de Paviat (M.-L.), « La loi en 1791 », *in* Naudin-Patriat (F.), dir., *1791, La première constitution française, Actes du colloque de Dijon – 26 et 27 décembre 1991*, Paris, Economica, 1993, p. 331.

[4] Rials (S), « 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, n° 13, p. 137.

[5] Sur la dimension mythologique du constitutionnalisme moderne, v. l'article de Ferreira Da Cunha, « Constitution, mythes et utopie », *in* Naudin-Patriat (F.), dir., *op. cit.*, p. 129 et s.

[6] Wachsmann (P.), « Déclaration ou constitution des droits ? », *in* Troper (M.) et Jaume (L.), dir., *op. cit.*, p. 48. Comp. dans le même ouvrage Vedel (G.), « La constitution comme garantie des droits, le droit naturel », p. 205.

[7] Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, art. 6.

[8] « Discours de M. Thouret à l'Assemblée nationale », *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, Paris, Plon, 1860, Tome 4, p. 35.

[9] *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 4, p. 36.

[10] Sur la permanence de la figure légale depuis la Révolution, v. Favoreu (L.), « La loi », *in* Association française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Aix en Provence : PUAM, Paris : Economica, 1990, p. 79.

[11] Legendre (P.), *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, Paris, Fayard, 1992, p. 399.

partir du premier conflit mondial[1], la loi fixe toujours les règles concernant « la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats »[2]. Faisant écho à cette mystique légicentrique, les théories doctrinales, qui depuis la Révolution fondent le pouvoir de juger, confèrent également une place essentielle à la figure légale.

B. FRUITS DOCTRINAUX

> « Dans les républiques, c'est la loi qui confère elle-même les pouvoirs ; et il n'y a point d'autorité qui puisse détruire son ouvrage (…). »
>
> Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, Théophile Barrois, 1827, Tome 1, p. 226.

62. La doctrine juridique moderne est peu prolixe sur la question de l'origine du pouvoir de juger. Sortant rarement de son mutisme en la matière, elle s'est longtemps contentée de reprendre ponctuellement certaines thèses léguées par les « lumières » et avalisées par les révolutionnaires. Ces développements sont d'autant plus rares que les docteurs affichent une ferme volonté de dissocier le droit de la politique et d'exclure du champ juridique toute réflexion de type philosophique[3]. Une telle posture a conduit la plupart des juristes privatistes et des spécialistes de la procédure civile (1) ainsi qu'une large partie de la doctrine publiciste (2) à faire de la loi positive l'horizon indépassable de toute réflexion sur le fondement du pouvoir de juger.

1 – DOCTRINE CIVILISTE

63. Les juristes du XIX[e] siècle qui se sont interrogés sur la légitimité du pouvoir de juger dans la perspective du droit civil ou de sa procédure sont rares. A l'exception de quelques ouvrages témoignant de l'influence des « lumières » sur les premiers processualistes modernes, les traités et manuels de droit privé ont gardé le silence sur une problématique relevant *a priori* exclusivement de la philosophie (a). Pensant le droit à travers la figure de la loi, la doctrine civiliste a cependant élaboré un paradigme légaliste permettant de fonder, de manière incidente, les prérogatives juridiques du juge (b).

a – Tarissement d'une réflexion philosophique

64. Alors même que la pensée politique des « lumières » se construit contre les dogmes théologiques de la monarchie moderne, quelques jurisconsultes affichent

[1] Legendre (P.), *op. cit.*, p. 460 et s. Les circonstances de la dévaluation de la loi et les conséquences de ce déclin, sur les représentations et les aménagements institutionnels du pouvoir de juger, sont envisagées *infra* not. Part. 2, Chap. 1, Sect. 2, § 1, n° 336 et s. et Part. 2, Chap. 2, Sect. 2, § 2, n° 495 et s.
[2] Constitution du 4 octobre 1958, Titre 5, article 34.
[3] Sur le rapport droit / politique tel qu'il s'exprime dans les sciences juridiques, v. Caillosse (J.), « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et Société*, 1994, n° 26, p. 127.

sous l'Ancien Régime leur intérêt pour ce courant contestataire. C'est le cas de Pigeau[1] qui publie, dix ans avant la convocation des États généraux, un volumineux traité consacré à *La procédure civile du Châtelet de Paris*[2]. Cet ouvrage renouvelle en profondeur les méthodes d'exposition de la procédure et établit les canons académiques de la matière pour près d'un siècle et demi[3]. Excluant du corps de l'exposé juridique toute référence philosophique, Pigeau le fait précéder d'un « Discours » d'une quarantaine de pages[4] où il fonde en raison son objet d'étude en s'inspirant des théories contractualistes. Dans ce texte, l'auteur expose comment l'homme, « obligé de sortir de *l'état naturel* pour éviter les inconvénients du droit à tout »[5], a successivement établi le droit des gens, le droit politique et le droit civil ; l'ultime étape de ce processus résidant dans l'institution du juge et de la procédure[6].

65. Quelques années plus tard, Carré développe un raisonnement similaire dans *Les lois de l'organisation et de la compétence des jurisdictions civiles*[7]. Il explique comment les hommes, animés par une tendance naturelle à la sociabilité et par une soif inextinguible de justice, sont amenés à créer un pouvoir en charge de poser des lois[8]. Pour éviter que celles-ci ne soient bafouées, ils en garantissent l'application par « l'institution d'une autorité coërcitive (…) appelée *pouvoir judiciaire* »[9]. Pour Carré, comme pour Pigeau, il existe une relation de consécution entre l'existence de règles juridiques positives et l'apparition du pouvoir judiciaire[10]. La loi est première. Elle précède le juge qui est institué pour la faire appliquer. L'institution du juge est

[1] Sur la vie d'Eustache-Nicolas Pigeau, on peut se reporter à la notice hagiographique qui introduit la réédition posthume de son *Commentaire sur le Code de procédure civile*, Paris, Brière, 1827, vol. 1, p. i et s.

[2] Publié pour la première fois en 1778, cet ouvrage est augmenté et réimprimé en 1780 et en 1787.

[3] Jusqu'aux travaux de Vizioz qui bouleversent l'étude de la procédure dans la première partie du XX^e^ siècle, la science de la procédure se construit sur le modèle méthodologique proposée par Pigeau. En rupture avec une longue tradition de guides de pratique judiciaire rédigés par des praticiens, ce dernier met en œuvre une méthode d'exposition analytique et chronologique des règles organisant le procès.

[4] « Discours sur l'Étude de la Procédure », Pigeau, *La procédure civile du Châtelet de Paris, et de toutes les jurisdictions ordinaires du Royaume, démontrée par principes, & mis en action par des formules*, 2^e^ éd., Paris, 1787, vol. 1, p. xxv.

[5] Pigeau, *op. cit.*, p. xxvi.

[6] « On a dû prévoir les cas où ces citoyens violeroient (les rapports de droit civil), et où l'on seroit contraint de recourir à l'autorité ; il a fallu en conséquence ériger un second ordre de lois pour déterminer de quelle manière on pourroit réclamer cette autorité et l'éclairer, comment elle interposeroit son pouvoir, et de quelle manière on feroit exécuter ses décisions. Abandonner à celui qui se seroit cru lésé le droit d'exécuter lui-même la loi, c'eût été rendre chacun juge dans sa propre cause, et retomber par conséquent dans les inconvénients du droit naturel », Pigeau, *op. cit.*, p. xxvii.

[7] Carré (J.-L.-G.), *Les lois de l'organisation et de la compétence des jurisdictions civiles*, 2 vol., Paris, Warée, 1825 (Tome 1), 1826 (Tome 2).

[8] « Pour prévenir ces funestes effets de l'oubli de la justice, les hommes se sont trouvés dans la nécessité de lui prêter eux-mêmes l'appui d'un pouvoir extérieur, revêtu de l'autorité d'appliquer à tous les rapports sociaux les principes de la loi naturelle, d'en fixer les conséquences, et de soumettre à la justice tous les intérêts communs et individuels des membres de la société. C'est cette autorité souveraine qui constitue *la société civile* ; et les actes par lesquels elle remplit l'objet de son institution sont (...) ce que l'on appelle *les lois humaines ou positives* », Carré (J.-L.-G.), *op. cit.*, Tome 1, p. xiv.

[9] Carré (J.-L.-G.), *op. cit.*, p. xv.

[10] Cette thèse est exprimée, de manière brève mais explicite, par Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, 2^e^ éd., Paris : Videcoq, Poitier : Saurin, 1837, Tome 1, p. 3. V. également Berriat-Saint-Prix (J.), *Cours de procédure civile*, 7^e^ éd., Paris, Plon, 1855, Tome 1, p. 8.

donc à la fois conséquence de la civilisation - au sens littéral de production du droit civil - et condition de possibilité de cette dernière dans la mesure où l'absence de magistrat conduit inexorablement à un retour à l'état de nature.

66. Ces considérations philosophiques disparaissent rapidement des manuels de procédure. Dans la seconde moitié du XIX[e] siècle, ceux-ci se consacrent exclusivement à l'explication du Code de 1806[1]. La tendance se confirme par la suite et, dans la doctrine processualiste du XX[e] siècle, la question de la justification du pouvoir de juger se résout le plus souvent en quelques propositions elliptiques sur la nécessité anthropologique de juges chargés de trancher les litiges[2]. Ce désintérêt pour les questions de légitimité, rejetées hors du champ scientifique des juristes, ne doit cependant pas masquer la construction d'une figure de la loi qui fait office de fondement au pouvoir de juger dans le discours des spécialistes du droit privé.

b – Développement d'un paradigme légaliste

67. La variété et la richesse de la doctrine civiliste de ces deux derniers siècles ont pour corollaire l'absence d'une conception homogène du phénomène judiciaire partagée par l'ensemble des professeurs[3]. Il est en revanche possible d'identifier un paradigme commun aux manuels et traités généraux qui formulent en termes didactiques les éléments fondamentaux de l'univers juridique[4]. Cette base théorique qui se transmet d'une génération d'ouvrages à l'autre s'inscrit dans une tradition jusnaturaliste dont Domat à opéré la synthèse dans son livre préliminaire des *Loix civiles*[5]. Exposé en introduction aux épais commentaires du Code civil publiés au XIX[e] siècle avant de devenir objet d'ouvrages autonomes, ce discours théorique s'est enrichi avec le temps. Il a cependant conservé sa structure axiomatique qui articule une série d'oppositions conceptuelles autour de la figure auréolée de la loi[6] : expression privilégiée du droit, celle-ci relègue le juge au second plan.

---

[1] Dans la littérature processualiste de cette époque, les incursions des auteurs au delà du texte du Code de procédure se limitent à une présentation historique des institutions judiciaires. En ce sens v. Boitard, *Leçons sur toutes les parties du Code de procédure civile*, 6[e] éd., Paris, Cotillon, 1854, 2 vol. ; voir également Rodière (A.), *Traité de compétence et de procédure en matière civile*, 5[e] éd., Paris, Durand / Pedone-Lauriel, 1878, 2 vol.

[2] Voir Glasson (E.) et Tissier (A.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3[e] éd., Paris, Sirey, 1925, Tome 1, p. 2. Plus récemment et à titre d'exemples, voir Giudicelli-Delage (G.), *Institutions juridictionnelles*, 2[e] éd., Paris, PUF, 1993, p. 11 ; Kernaleguen (F.), *Institutions judiciaires*, 2[e] éd., Paris, Litec, 1994, p. 1 ; et Perrot (R.), *Institutions judiciaires*, 9[e] éd., Paris, Montchrestien, 2000, p. 3.

[3] Sur la diversité de la doctrine privatiste post-révolutionnaire, on peut se reporter à l'*Histoire du droit privé français* d'Halpérin (J.-L.) qui contient de riches indications en la matière (Paris, PUF, 1996). Rappr. Arnaud (A.-J.), *Les juristes face à la société du XIX[e] à nos jours*, Paris, PUF, 1975. Voir également, en 2 vol., l'ouvrage plus ancien de Bonnecase (J.), *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, Bordeaux, Delmas, 1933.

[4] Arnaud (A.-J.), « La tradition française dans la théorie du droit des civilistes », *APD*, 1988, Tome 33, pp. 261-281. Sur les introductions au droit, rappr. Mouly (C.), « Crise des introductions au droit », *Droits*, 1986, n° 4, p. 109.

[5] Arnaud (A.-J.), *op. cit.*, not. pp. 262-264.

[6] *Ibid*. Comp. Mouly (C.), *op. cit.*, pp. 104-105.

68. En décrivant le cadre étatique - notamment judiciaire[1] - au sein duquel se déploient les dispositions légales, les professeurs du Code officiant au XIX^e^ siècle évoquent certes le pouvoir de juger[2]. Mais leurs discours visent à exposer le « Droit civil théorique » qui règle l'état et la capacité des personnes et détermine leurs droits[3], non le « Droit civil pratique » qui « traite de la poursuite de ces droits »[4]. Dès lors, c'est seulement de manière incidente et au détour de développements relatifs à la question « des lois et du droit en général »[5], qu'ils envisagent parfois la source du pouvoir de la loi et des magistrats[6] et la nature du « mandat » donné aux juges par la société[7].

69. L'effervescence intellectuelle qui caractérise la doctrine privatiste au début du XX^e^ siècle[8] ne modifie pas sensiblement cet état de fait. En dépit de références jusnaturalistes persistantes et de problématiques sociologiques nouvelles, l'architecture des manuels d'introduction au droit demeure invariable, tout comme leur désintérêt pour la question du fondement du pouvoir de juger. Par la suite, le renforcement d'un positivisme juridique revendiquant que le juriste puisse négliger « la raison profonde (…) de la soumission au droit » pour « se contenter de dire que la loi est obligatoire »[9] permet de disqualifier de manière définitive cette interrogation. Malgré la variété des sensibilités philosophiques caractérisant les introductions au droit écrites par les civilistes du XX^e^ siècle[10], toutes dissolvent le problème de la légitimité institutionnelle du juge dans un ordre légal dont les soubassements relèvent du droit public.

---

[1] Comme l'a remarqué Carbonnier (J.), « interrogés sur ce qu'est pour eux l'État », les civilistes citent la justice : « cette partie de l'État qui est judiciaire », « L'État dans une vision civiliste », *Droits*, 1992, n° 15, p. 34.

[2] Dans leurs introductions au droit, les civilistes envisagent principalement la question du pouvoir de juger sous l'angle de la séparation des pouvoirs (*infra* n° 127).

[3] Aubry (C.) et Rau (C.), *Cours de droit civil français*, 4^e^ éd., Paris, Cosse, Marchal & Cie, 1869, Tome 1, p. 44.

[4] *Ibidem.* V. également p. vi.

[5] C'est le plus souvent sous cet intitulé, ou sous un titre approchant, que les juristes du XIX^e^ siècle développent une introduction au droit qui précède l'analyse proprement dite du Code civil.

[6] Encore faut-il remarquer que les auteurs s'efforçant de fonder le pouvoir souverain font rarement référence aux catégories de peuple et de nation (v. cependant Toullier (C.B.M.), *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code Napoléon*, Rennes, Vatar, 1811, Tome 1, not. p. 15 ; rappr. Huc (T.), *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, Paris, Pichon, 1892, Tome 1, pp. 15-17). Ils préfèrent le plus souvent asseoir l'autorité de la loi positive sur « les règles immuables de la justice éternelle » (v. par exemple Demante (A.M.), *Programme du cours de droit civil français*, 2^e^ éd., Paris, Alex–Gobelet, 1835, Tome 1, pp. 3-5 ; Marcadé (V.), *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5^e^ éd., Paris, Cotillon, 1855, Tome 1, p. 15 ; Baudry-Lacantinerie (G.), *Précis de droit civil*, 2^e^ éd., Paris, Larose et Forcel, 1885, Tome 1, p. 1). Cf. Arnaud (A.-J.) sur le processus de dissociation du droit et de la politique dans le discours des civilistes du XIX^e^ (*Les juristes face à la société…*, préc., p. 60).

[7] Mourlon (F.), *Répétitions écrites sur le Code civil*, 12^e^ éd., Paris, Garnier, 1884, Tome 1, p. 62.

[8] Atias (C.), « Premières réflexions sur la doctrine française de droit privé (1900-1920) », *RRJ*, 1981, p. 189.

[9] Ripert (G.) et Boulanger (J.), *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, Paris, LGDJ, 1946, Tome 1, p. 7.

[10] Wiederkehr (G.), « Éléments de philosophie du droit dans les manuels contemporains de droit civil », *APD*, 1965, Tome 10, p. 243.

2 – DOCTRINE PUBLICISTE

70. Au XIX^e^ siècle, le *corpus* doctrinal publiciste qui se construit autour du droit administratif, puis s'élargit à la discipline constitutionnelle, demeure largement hermétique aux problématiques susceptibles de fonder en raison l'appareil judiciaire. Les auteurs délaissent ces questions, à quelques exceptions près témoignant de l'emprise sur les esprits de la théorie classique de la souveraineté de la loi (a). La doctrine bouleverse cependant ce cadre conceptuel au tournant du XX^e^ siècle, en substituant aux théories politiques fondant l'État légal des représentations qui permettent de justifier le pouvoir étatique en termes strictement juridiques (b).

a – Fondements philosophiques de l'État légal

71. Dans la première partie du XIX^e^ siècle, les praticiens qui président à la naissance d'une science du droit administratif tissent des liens avec la théorie politique[1]. Exemplaire de cette conjonction disciplinaire, le conseiller d'État Macarel publie, à côté de ses ouvrages consacrés à la jurisprudence administrative[2], un volume de 500 pages intitulé *Éléments de droit politique*[3]. Dans cet ouvrage didactique qui expose « la science du droit public »[4] l'auteur explique comment, à l'origine des sociétés civiles, l'homme « renonce à se faire justice à lui-même »[5] pour établir avec ses semblables une autorité souveraine[6]. Celle-ci énonce la loi établissant « les règles qui doivent régir l'association politique » et « la manière dont les forces de l'État peuvent être employées »[7]. Dans ce schéma théorique largement redevable à la philosophie politique des « lumières »[8], le pouvoir judiciaire est réduit au rang « d'organe de la puissance législative »[9] et placé dans la « sphère de dépendance » de la loi[10].

72. L'ouvrage de Macarel ne doit cependant pas faire illusion quant à la pénétration de ce type de problématique dans les Facultés. A une époque où la science du droit administratif demeure fidèle à une conception légaliste inspirée des

[1] Sur le « processus de formation d'une science juridique de l'administration » dans la première moitié du XIX^e^, voir Burdeau (F.), *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995, p. 105 et s. ; v. également les riches développements de Legendre (P.), *Trésor historique…*, préc., not. pp. 27 à 37.
[2] Macarel a notamment publié des *Éléments de jurisprudence administrative* (2 vol., 1818), *Des tribunaux administratifs* (1828), et plus tard un *Cours de droit administratif* en quatre volumes (1842-1846). Il a également assuré la publication, à partir de 1821, d'un *Recueil des Arrêts du Conseil d'État*, ancêtre du *Receuil Lebon*.
[3] Macarel (M.L.A.), *Éléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833.
[4] Macarel (M.L.A.), *op. cit.*, p. vii.
[5] Macarel (M.L.A.), *op. cit.*, p. 18.
[6] Macarel (M.L.A.), *op. cit.*, p. 40.
[7] Macarel (M.L.A.), *op. cit.*, p. 19.
[8] La bibliographie proposée par Macarel en tête de son ouvrage témoigne de l'influence des philosophes des « lumières » sur sa réflexion. On notera au passage la prudence d'une approche théorique qui revendique la souveraineté de la nation tout en reconnaissant la toute puissance de Dieu et du droit naturel (p. 40 et s.).
[9] Macarel (M.L.A.), *op. cit.*, p. 34.
[10] Macarel (M.L.A.), *op. cit.*, p. 35.

méthodes civilistes[1], et où aucun programme national n'encadre l'enseignement du droit public[2], les juristes qui s'y attèlent font figure de pionniers[3]. Les questions constitutionnelles longtemps ignorées des manuels et traités de droit administratif[4] y trouvent peu à peu leur place. Mais si, à partir du milieu du XIX^e^ siècle, ceux-ci consacrent souvent une première partie aux principes du droit public, les références à l'origine de la puissance étatique et au fondement du pouvoir de juger y sont rares[5].

73. Quand, cependant, les auteurs éprouvent le besoin de fonder de manière plus assurée l'édifice administratif qu'ils décrivent, c'est la figure de la souveraineté nationale incarnée dans la loi qu'ils évoquent le plus souvent[6]. Qu'ils soient de sensibilité conservatrice ou libérale, tous participent à l'affermissement conceptuel de l'État légal en relayant, au cœur du discours juridique savant, les théories politiques qui se sont cristallisées à l'époque révolutionnaire[7]. Dans cette représentation du pouvoir avalisée – mais rarement problématisée - par les spécialistes du droit administratif du XIX^e^ siècle, la loi votée par les représentants de la nation souveraine est fondée à organiser le pouvoir de rendre la justice.

b – Clôture dogmatique de l'État de droit

74. La période charnière du XIX^e^ et du XX^e^ siècles voit la doctrine publiciste prendre ses distances à l'égard de la conception classique de la souveraineté nationale[8]. Vivement critiquée par des juristes qui fustigent le mythe identifiant

[1] Burdeau (F.), *op. cit.*, p. 112. Rappr. Bodineau (P.), « L'impossible reconnaissance de la science administrative dans les facultés de droit au XIX^e^ siècle », *MSHDI*, Fascicule 48, 1991, p. 201 et s.

[2] Legendre (P.), *op. cit.*, pp. 28-30. Rappr. Rémy (Ph.), « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit », *AHFDSJ*, 1985, n°2, not. pp. 93-99.

[3] Lavigne (P.), « Les manuels de droit administratif pour les étudiants des facultés de 1829 à 1922 », *AHFDSJ*, 1985, n° 2, p. 130.

[4] Exemplaire de ce désintérêt, Chauveau (A.) n'aborde à aucun moment la question de l'origine du pouvoir juridictionnel dans les trois tomes de ses *Principes de compétence et de juridiction administratives* (Paris, Cotillon / Durand, 1841).

[5] Ainsi, dans son *Introduction générale au droit public et administratif* (Paris, Cotillon, 1861), Batbie (A.) ne consacre aucun développement au fondement théorique de l'appareil étatique, ni dans ses longs préliminaires consacrés à la nature et aux formes de la société des hommes, ni dans sa présentation des principes du droit public. Comp. les *Études administratives* de Vivien (A.F.) qui présentent les pouvoirs publics comme une donnée première et qui envisagent l'apparition du pouvoir judiciaire comme une nécessité fonctionnelle (3^e^ éd. publiée en 1859, réimprimée en 1974 aux éditions Cujas, v. not. pp. 2 à 4).

[6] En ce sens v. Ducrocq (M.), *Cours de droit administratif*, Paris, Thorin, 1881, Tome 1, p. 9.

[7] Même les publicistes qui font part de leurs réserves à l'égard du processus de sécularisation du pouvoir et qui insistent sur la nécessité d'un ancrage théologique du droit voient dans la nation l'élément clef de la légitimité. Ainsi Foucart expose dans ses *Éléments de droit public et administratif* publiés en 1855 une vision théocratique du système juridique, mais il admet que « la souveraineté relative, la seule qui appartienne aux hommes, repose dans la société, et le pouvoir, dont l'origine est divine doit être organisé conformément aux besoins et vœux de la nation », cité par Guglielmi (G.J.), « Deux visions théocratiques du droit public contemporain de part et d'autre des Pyrénées », *in* Thireau (J.-L.), dir., *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, préc., p. 243.

[8] Sur « l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française » de 1879 à 1914, v. Redor (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit*, Aix en Provence : PUAM, Paris : Economica, 1992.

volonté générale et volonté législative[1], cette théorie politique justifiant la toute puissance de la loi est remplacée par une représentation juridique permettant « d'évacuer la question de l'origine du pouvoir et de légitimer l'État en général, quel que soit le régime politique en place »[2].

75. Ce bouleversement théorique a d'importantes conséquences sur la manière dont le pouvoir du juge est envisagé, mais celles-ci ne sont pas univoques. En effet, le mouvement de défiance à l'égard de l'État légal et des représentations qui le soutiennent réunit des auteurs dont les thèses sont par ailleurs variées et, à certains égards, antinomiques. Certaines de ces approches conduisent à une prise en compte de la dimension sociale du droit et à une revalorisation de l'office du juge[3], alors que d'autres se contentent d'opérer une clarification épistémologique permettant au discours doctrinal de penser le phénomène juridique et, incidemment, l'institution judiciaire, sans en passer par la fiction d'une représentation du peuple. Carré de Malberg[4] opère magistralement ce renversement de l'ordre hiérarchique traditionnel en montrant que ce n'est pas « le représenté qui fonde le pouvoir du représentant, mais la Constitution qui, habilitant un représentant, organise une représentation par rapport à laquelle le représenté est second »[5]. Identifiant la nation et l'État, l'illustre constitutionnaliste pose ainsi les bases méthodologiques lui permettant de reformuler rigoureusement l'hypothèse selon laquelle c'est dans la loi que les juges « doivent chercher les éléments générateurs de leurs pouvoirs »[6].

76. Influençant durablement la doctrine française par sa méthode positive, il résout, comme son contemporain Kelsen[7], la question du fondement de l'ordre judiciaire par une référence à la loi fondamentale. Les publicistes de son époque peuvent affirmer en toute rigueur que, « dans la nature des choses, il n'y a pas de pouvoir judiciaire », celui-ci n'existant que « si la constitution le crée »[8]. Une telle affirmation laisse cependant entière la question qui taraude la pensée politique et la doctrine juridique depuis la publication de *l'esprit des lois* et qui a trait à la place occupée par le pouvoir de juger au sein de la puissance souveraine et aux rapports qu'il entretient avec les autres attributs de cette dernière.

---

[1] Redor (M.-J.), « "C'est la faute à Rousseau…", Les juristes contre les parlementaires sous la Troisième République », *Politix*, 1995, n° 32, pp. 89-96.
[2] Redor (M.-J.), « L'État dans la doctrine publiciste française du début du siècle », *Droits*, 1992, n° 15, p. 95.
[3] Sur ces thèses, v. *infra* n° 345 et s.
[4] Sur Carré de Malberg, v. l'article de Beaud (O.), « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle », *in* Beaud (O.) et Wachsmann (P.), dir., *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, Nouvelle série, n°1, 1997, p. 219.
[5] Maulin (E.), « Démocratie et représentation dans la pensée de Carré de Malberg », *Droits*, 1995, n° 22, p. 128.
[6] Carré de Malberg (R.), *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Economica, 1984 (1e éd. 1931), p. 45.
[7] Sur la question du fondement chez Kelsen, v. Ost (F.) et Van de Kerchove (M.), « La référence à Dieu dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen », *in Qu'est-ce que Dieu ? Philosophie / Théologie. Hommage à l'abbé Daniel Coppieters de Gibson*, Bruxelles, FUSL, 1985, p. 285.
[8] Bathélemy (J.) et Duez (P.), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 848.

Section 2

Le pouvoir de juger dans l'État souverain

77. La situation de l'instance détentrice du droit de juger au sein de l'édifice institutionnel fut objet de réflexion bien avant que Montesquieu ne fasse l'éloge de la constitution d'Angleterre et de son régime d'aménagement des pouvoirs. Dès que la prérogative judiciaire fut distinguée d'autres formes d'exercice de l'autorité publique, la question des relations que celles-ci entretenaient entre elles n'a pas manqué de se poser. Pour y répondre, l'appel à la tradition s'est longtemps imposé comme le principe ultime d'articulation des pouvoirs (§ 1). Reniant cet héritage historique, les révolutionnaires ont vanté les mérites d'un régime de séparation qui isolerait la prérogative judiciaire au sein de l'appareil d'État. Invoquant pour fonder leur thèse une raison libérale qu'ils ont découverte dans la philosophie politique du XVIII^{e} siècle, les acteurs de la Révolution ont élaboré une problématique qui a durablement marqué la doctrine juridique (§ 2).

§ 1. LE DROIT DU JUSTICIER ET L'ARTICULATION TRADITIONNELLE DES POUVOIRS

78. Les recherches théoriques des juristes médiévaux sur la nature du pouvoir institutionnel ont favorisé l'apparition précoce de distinctions permettant d'identifier la prérogative judiciaire. Ce processus de différenciation du pouvoir de juger s'est poursuivi tout au long de l'Ancien Régime sous la plume des jurisconsultes et des philosophes, mais également dans le discours élaboré par les organes de la monarchie (A). Au XVIII^{e} siècle, l'œuvre de Montesquieu insiste comme celle de ses prédécesseurs sur l'importance de la tradition en matière d'aménagement des pouvoirs. Mais *l'esprit des lois* a été l'occasion d'un renouvellement profond des problématiques constitutionnelles. Se dégageant d'un carcan juridique étroit, l'illustre écrivain y a formulé certains principes visant à organiser la puissance de juger conformément aux exigences libérales de son temps (B).

A. PUISSANCE SOUVERAINE ET DIFFERENCIATION DES POUVOIRS

> « La Souveraineté, en tant qu'elle prescrit des Règles générales pour la conduite de la Vie Civile, s'appelle *Pouvoir Législatif* : en tant qu'elle prononce sur les démêlés des Citoyens conformément à ces règles, *Pouvoir Judiciaire* (…) ; et ainsi du reste. »
>
> Baron de Pufendorf, *Droit de la nature et des gens, ou Système général des principes les plus importans de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, traduction par Jean Barbeyrac, Basle, 1732, Tome 2, Liv. VII, chap. IV, p. 258.

79. La réflexion visant à isoler théoriquement l'administration de la justice des autres formes d'exercice de l'autorité fut longtemps l'apanage de juristes savants et de théoriciens qui élaborèrent des distinctions dans la dépendance des systèmes conceptuels relatifs à l'analyse et la justification du pouvoir politique (1). Objet de spéculations abstraites, cette problématique est par la suite devenue sujet de violentes disputes entre détenteurs de l'autorité. Soucieuses de préciser, à leur avantage, la localisation du pouvoir dans l'appareil d'État monarchique, certaines instances institutionnelles se sont en effet affrontées sur la question de la spécialisation des organes en charge d'administrer la justice (2).

1 – DISTINCTION ANALYTIQUE

80. Les figures de l'incorporation royale de la justice[1] éclairent le mouvement continu de concentration de la puissance dans la personne du prince qui caractérise la monarchie française à partir des premiers capétiens[2]. De prime abord antinomique avec l'idée de distinction des pouvoirs, ce processus n'a pas empêché l'émergence de catégories permettant de désigner le droit de rendre la justice et d'en marquer la spécificité. Envisagé jusqu'au XVI^{e} siècle comme la prérogative fondamentale de la royauté dont découlent les autres pouvoirs du monarque (a), ce droit a été relégué au rang d'attribut secondaire de la souveraineté dans les représentations classiques du droit public (b).

a – Le pouvoir de juger, marque distinctive de la puissance royale

81. Stimulés par la redécouverte du droit romain et l'épanouissement du droit canonique, les savants médiévaux ont très tôt eu l'occasion de se livrer à des exercices de distinction permettant de différencier les diverses formes d'exercice de la *jurisdictio*[3]. En 1315, Hervé de Nédellec, théologien à l'Université de Paris, décrit celle-ci comme une puissance de commandement consistant en deux pouvoirs s'exerçant « par l'action législative et par l'action judiciaire (*statuendo vel*

[1] *Supra* Part. 1, Chap. 1, Sect. 1, § 1, A, n° 16 et s.
[2] V. Lemarignier (J.-F.), « Autour des premiers capétiens (987-1108) », *in* Paravicini (W.) et Werner (K.F.), dir., *Histoire comparée de l'administration (IV^{e}-XVIII^{e} siècles)*, Artemis, Munich, 1980, p. 240.
[3] Legendre (P.), *La pénétration du droit romain.*…, préc., p. 118 et s.

sententiendo) » auxquels s'ajoute de manière incidente la prérogative d'exécuter les lois[1]. Appelée à connaître un brillant destin théorique à partir du XVIII[e] siècle, cette tri-division de l'autorité ne fut pourtant pas adoptée telle quelle par les légistes royaux.

82. Ces derniers donnent au prince le statut d'« empereur en son royaume »[2] et lui attribuent la *jurisdictio plena* que canonistes et civilistes avaient préalablement conceptualisée au profit du pape et de l'empereur. Mais aux XIV[e] et XV[e] siècles, les thuriféraires de la royauté se préoccupent surtout de dresser des listes de droits, « toujours plus nombreux, commensurés à l'action générale du roi »[3]. Cette énumération se fait dans le cadre de la mission justicière du prince : « le roi est un juge, avec la double mission d'administrer la justice commutative, qui donne à chacun le sien, et la justice distributive, qui place chacun où il doit être dans la société »[4]. Doté des pouvoirs juridiques de l'empereur et chargé d'un devoir fondamental de justice, le monarque dispose de nombreux droits – *jura regalia* – qui font l'objet de multiples inventaires mais d'aucune systématisation[5].

83. Marque de l'autorité suprême, le pouvoir de justice se voit ainsi rattacher dans le désordre un certain nombre de prérogatives. A côté du « dernier ressort », le roi monopolise le droit de faire la guerre et d'édicter des règles pour « le commun profit »[6]. Au fur et à mesure que le monarque affermit son pouvoir, les listes de droits régaliens s'étoffent. Jamais exhaustives, elles prennent parfois la forme de longues énumérations[7] définissant des prérogatives que le prince conservera jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Stables dans leur contenu, ces pouvoirs ont cependant fait l'objet au XVI[e] siècle d'une reformulation théorique qui a profondément modifié le statut du droit royal d'administrer la justice.

b – Le pouvoir de juger, attribut second de la puissance souveraine

84. L'incertitude politique qui prédomine à la fin du XVI[e] siècle a engendré d'importantes transformations dans les représentations savantes du pouvoir royal[8].

[1] Tierney (B.), *op. cit.*, p. 65.
[2] Barbey (J.), *Être roi, Le roi et son gouvernement en France de Clovis à Louis XVI*, Paris, Fayard, 1992, p. 137.
[3] Barbey (J.), *op. cit.*, p. 140.
[4] Mousnier (R.), « Conclusion générale », *in* Paravicini (W.) et Werner (K.F.), dir., *op. cit.*, p. 623.
[5] Par exemple, dans sa *Somme rural* publiée en 1387 et rééditée par Charondas en 1603, Jean Boutillier écrit que « le Roy de France qui est Empereur en son royaume peut faire ordonnances qui tiennent, et vaillent loy, ordonner et constituer toutes constitutions ; peut aussi remettre, quitter et pardonner tout crime criminel, crime civil ; donner grâces et respit de dettes (…) ; légitimer, affranchir et annoblir, relever de négligences, donner estat en causes et généralement de faire tout et autant que à droict Impérial appartient », *Somme rural, ou Grand coustumier général de practique civil et canon*, composée par Boutillier (J.), revue par Louys Charondas Le Caron, Paris, 1603, Livre 2, Titre 1, p. 646.
[6] Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, cité par Barbey (J.), *op. cit.*, p. 175.
[7] Au XVI[e] siècle, Barthélemy de Chasseneuz établit dans son *Catalogus gloriae mundi* la liste des deux cent huit prérogatives appartenant au prince (Barbey (J.), *op. cit.*, p. 143).
[8] Franklin (J.H.) rappelle justement que les tendances absolutistes qui se développent à l'époque sont la conséquence directe de « l'inquiétude manifestée devant les mouvements révolutionnaires engendrés par le massacre de la Saint-Barthélémy en 1572 », *Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste*, Paris, PUF, 1993, p. 67.

L'idéal du roi justicier - *fons justiciae* – demeure[1], mais c'est la figure du roi « jurislateur » – *fons juris* – qui prévaut désormais dans l'ordre des préoccupations théoriques[2]. Liée à la conceptualisation rigoureuse de la souveraineté[3], la dévalorisation du statut théorique de la justice royale est accentuée par la prééminence accordée, entre les *jura regalia*, au pouvoir de faire la loi. L'idée selon laquelle cette prérogative doit être rattachée au pouvoir de rendre la justice est encore fort répandue au XVI[e] siècle, mais elle fait lentement place à une conception inverse[4] qui veut que « sous cette même puissance de donner et casser la loy sont compris tous les autres droits et marques de souveraineté »[5]. Révélée par Bodin, cette figure conceptuelle déduisant la puissance judiciaire du Roi de son pouvoir de faire la loi est adoptée par ses successeurs[6] à de rares, mais notables, exceptions près[7].

85. Cette évolution théorique s'est également accompagnée d'une clarification des prérogatives du prince. Jusqu'à Bodin, on n'excluait pas *a priori* un partage des droits royaux[8]. Cela explique notamment le soin méticuleux avec lequel ceux-ci étaient énumérés. Mais dès lors que la souveraineté est pensée comme un pouvoir indivisible et absolu, la nécessité d'une longue liste des prérogatives royales perd de son évidence. Les théoriciens du pouvoir lui préfèrent l'exposition des « vrayes marques de la souveraineté »[9], attributs en nombre limité[10] qui sont distingués selon une logique fonctionnelle. A cette occasion, la prérogative de *Justice* fait l'objet d'une analyse affinée qui permet de la différencier conceptuellement de l'activité de *Police* avec laquelle elle était jusqu'alors confondue[11].

---

[1] Barbey (J.), *op. cit.*, p. 160.
[2] Goyard-Fabre (S.), *Jean Bodin et le droit de la République*, préc., p. 98.
[3] *Supra* n° 28 à n° 30.
[4] Sur cette transformation de la représentation des prérogatives législative et judiciaire dans la monarchie, v. Collot (C.), *op. cit.*, pp. 204-205.
[5] Bodin, *op. cit*., Liv. 1, Chap. 10, p. 223.
[6] On peut citer à titre d'exemple Loyseau qui affirme avoir « mis à bon droict, pour le premier acte de souveraineté, celuy de faire la loi pour ce qu'il comprend (…) soubs soy tous les cinq autres », « Traité des seigneuries », *in Œuvres*, Paris, 1678, Chap. III, § 9. Un siècle plus tard, Denisart qualifie de « première règle de notre droit françois » l'adage de Loysel selon lequel « qui veut le roy, si veut la loi », *Collection de décisions nouvelles…*, préc., Tome 4, *V°* Roi, p. 354, n° 10.
[7] Héritier de Bodin dont il adopte la conception de la souveraineté, Domat reste néanmoins attaché à la conception traditionnelle de prééminence du pouvoir justicier : « Parmi ces droits du Souverain, le premier est celui de l'administration de la justice, qui doit être le fondement de l'ordre public, soit qu'il la rende lui-même, dans les occasions qui peuvent l'y engager, ou qu'il la fasse rendre par ceux à qui il donne ce droit. Et cette administration renferme le droit de faire les loix & les réglemens nécessaires pour le bien public, & de les faire observer & exécuter », « Le Droit Public », préc., Liv. 1, Tit. 2, Sect. 2, III, p. 8.
[8] Rigaudière (A.), « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 17.
[9] Bodin (J.), *op. cit.*, Liv. 1, Chap. 10, p. 221 et s.
[10] Dans *Les six livres de la république*, Bodin ne donne pas précisément le nombre des « vrayes marques de la souveraineté » et se contentent de donner une liste indicative de prérogatives découlant du pouvoir de « faire et casser loi ». En revanche, dans la *Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, il en dénombre cinq (sur ce point v. Goyard Fabre (S.), *op. cit.*, p. 97). Ses contemporains et ses successeurs proposent des listes sensiblement identiques lorsqu'ils énumèrent les prérogatives du souverain.
[11] Sur la différenciation fonctionnelle entre Justice et Police, v. Boulet-Sautel (M.), « Police et administration en France à la fin de l'Ancien Régime », *in* Paravicini (W.) et Werner (K.F.), dir., *op. cit.*, p. 47. Dans le même ouvrage, v. également l'article de Reulos (M.) consacré à « la notion de "justice" et

86. N'étant « non plus divisible que le point en la Géométrie »[1], la souveraineté exclut tout démembrement du pouvoir politique, mais nécessite la mise au point de distinctions analytiques permettant d'en différencier les formes d'exercice selon leur objet. Ce postulat théorique a été largement accepté à partir de la fin du XVI[e] siècle, tant par les légistes du roi que par les théoriciens de l'école du droit de la nature et des gens[2]. Ne préjugeant pas de l'aménagement des institutions en charge d'administrer la justice, cette problématique qui débouchait sur la formalisation purement théorique d'un pouvoir judiciaire était à l'époque moins polémique que la question de la spécialisation organique de l'instance exerçant la justice. Ce sujet déchaîna en effet les passions, et servit de catalyseur théorique à la joute que se livrèrent trois siècles durant la monarchie et ses Parlements.

2 – SPECIALISATION ORGANIQUE

87. Les théories des jurisconsultes et des philosophes n'épuisent pas l'ensemble des représentations savantes identifiant la puissance de juger comme forme spécifique d'exercice de l'autorité royale. Source de discours porteurs de conceptions institutionnelles, les organes de la monarchie ont également participé à la différenciation conceptuelle de la prérogative judiciaire. Articulé sur le thème de la spécialisation organique, ce processus de distinction est discernable tant dans les représentations élaborées par l'administration royale désireuse de cantonner les parlementaires à l'exercice de la justice *stricto sensu* (a) que dans la doctrine des Cours souveraines soucieuses de renforcer leur monopole judiciaire face aux commissaires du roi (b).

a – Les limitations royales à l'égard de la justice déléguée aux Parlements

88. Liée aux progrès de la justice royale, l'institutionnalisation de la *Curia in parlamento* à partir du XIII[e] siècle ne se réduit pas à la réglementation d'un organe spécialisé dans l'instruction et le jugement des causes contentieuses soumises au prince[3]. A l'image de la conception très large de la justice alors dominante, la compétence du Parlement recouvre de multiples attributions administratives[4]. Chargés d'un devoir de conseil, les juges souverains acquièrent au XIV[e] siècle le droit de « refuser l'enregistrement des édits royaux et de présenter à leur sujet des remontrances »[5], le roi conservant le pouvoir de faire enregistrer sa décision par des lettres de jussion.

---

l'activité administrative du roi en France (XV[e]-XVII[e] siècles) », p. 32. Plus généralement sur la notion de « police » sous l'Ancien Régime, v. Mestre (J.-L.), *Introduction historique au droit administratif français*, préc., p. 161 et s., ainsi que les compléments bibliographiques indiqués *infra* n° 156 et s.

[1] Cardin Le Bret, « Traité de la souveraineté du Roy », préc., Liv. 1, Chap. 9, p. 19.

[2] Sur la théorie des « parties de la souveraineté » développée par Pufendorf, sur ses origines, ses développements et les critiques dont elle a fait l'objet, V. Derathé (R.), *op. cit.*, p. 280.

[3] Ellul (J.), *Histoire des institutions – Le Moyen Âge*, préc., pp. 283-284.

[4] Sicard (G.), « Administration et justice dans l'histoire des institutions françaises », *AFDT*, 1963, Tome 11, Fasc. 1, pp. 76-77.

[5] Barbey (J.), *in* Harouel (J.-L.) *et al*., *op. cit.*, p. 293.

89. C'est à cette époque que la personne royale s'éloigne physiquement du Parlement, ouvrant ainsi la voie à l'autonomisation croissante de cette institution[1]. Attachée à ses prérogatives, celle-ci va dès lors se voir opposer la résistance d'un entourage royal soucieux de garder la haute main sur le pouvoir législatif. Cette volonté se traduit au XVI^e^ siècle par l'élaboration d'un discours institutionnel insistant sur « la séparation présumée des fonctions d'origine constitutionnelle, l'ordre législatif revenant au roi et l'ordre judiciaire aux parlementaires »[2]. Symbolisée dans le rituel des Lits de justice de 1527 avant d'être formalisée par le chancelier François Olivier en 1549, cette thèse est étayée à la même époque par les recherches historiographiques menées par Jean du Tillet, érudit au service du roi de France, qui fut longtemps greffier au Parlement de Paris[3].

90. Bénéficiant d'une caution historique, cette « idéologie constitutionnelle » se réclame de la tradition[4] contre les prétentions à la tutelle législative exprimées par les officiers des cours souveraines[5] et devient l'objet d'un conflit endémique opposant jusqu'à la fin de l'Ancien Régime la haute magistrature à l'administration royale. Celle-ci est généralement[6] restée fidèle à l'idée selon laquelle la compétence des membres des Parlements « est limitée pour juger les procez »[7]. A l'image de Guy Coquille affirmant à la fin du XVI^e^ siècle que « les Parlements sont établis pour exercer justice és cause des particuliers, et non pour faire lois, ni connaître d'affaire d'État »[8], les théoriciens du pouvoir royal rappellent ce principe[9], fréquemment réaffirmé dans les discours que le monarque adresse à ses juges[10].

b – Les réserves parlementaires à l'égard de la justice retenue par le roi

91. Les parlementaires n'auront de cesse, au cours des trois derniers siècles de l'Ancien Régime, de contrer cette doctrine royale en lui opposant leurs propres

[1] Hilaire (J.), « Le Roi et Nous. Procédure et genèse de l'État aux XIII^e^ et XIV^e^ siècles », préc., p. 5.
[2] Hanley (S.), *Le lit de Justice des Rois de France*, Paris, Aubier, 1991, p. 218.
[3] Sur ce pan de l'histoire politique du Royaume de France, v. l'ouvrage de Hanley (S.), *op. cit.*, pp. 47-121.
[4] Mousnier (R.), *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*, préc., Tome 2, p. 572.
[5] Hanley (S.), *op. cit*., p. 150 et s.
[6] Sur les variations qu'a connues cette thèse et sur l'assouplissement de 1715, v. Hanley (S.), *op. cit*., not. p. 308.
[7] Michel de L'Hôpital (Lit de justice de Bordeaux du 11 avril 1565) cité par Godefroy, *Cérémonial françois*, II, pp. 580-584, reproduit dans l'ouvrage de Hanley (S.), *op. cit*., p. 195.
[8] Guy Coquille, *Discours sur les Etats de France*, p. 281, cité par Hanley (S.), *op. cit*., p. 366, note 43.
[9] Ainsi Cardin Le Bret, qui après s'être demandé « quelle obéissance les Cours souveraines doivent rendre aux Edits que le Roi leur envoie pour les registrer & publier », conclut à la nécessité d'une soumission sans réserve car « autrement la Majesté & l'autorité Roïale seroit par ce moïen sujete aux volontés de ses Oficiers, ce qui seroit trop préjudiciable à l'Etat du Prince souverain », « Traité de la souveraineté du Roy », préc., Liv. 2, Chap. 9, pp. 60-61.
[10] A 150 ans d'intervalle, Louis XIII déclare aux conseillers du Parlement le 23 mai 1615 qu'ils ne sont « establis que pour rendre la justice à ses subjects et non pour cognaistre des affaires d'Estat, sinon lorqu'il leur estait commandé » (cité par Mousnier (R.), *op. cit.*, pp. 572-573), et Louis XV leur rappelle lors de la célèbre séance de la Flagellation du 3 mars 1766 que les officiers sont chargés du devoir de rendre la justice mais qu'à lui seul appartient le pouvoir législatif (Mousnier (R.), *op. cit.*, p. 613).

représentations de l'histoire institutionnelle française[1]. Exprimées dans de nombreuses remontrances et dans quelques pamphlets[2], ces thèses qui dessinent l'image d'un Parlement gardien de la constitution du royaume visent également à protéger la compétence des officiers menacée à tous les niveaux de l'édifice judiciaire par celle des commissaires. Cherchant à conserver le monopole de la justice royale, les membres des cours souveraines contribuent ainsi à leur manière à l'esquisse d'un schème théorique où un « corps de magistrature » se voit réserver, par principe, l'administration de la justice[3].

92. Jamais les parlementaires ne contestent au roi le statut de source première de la justice[4], mais ils affichent en revanche leur défiance à l'égard des évocations et autres commissions attributives de juridiction caractéristiques de la justice retenue du monarque. C'est à ce titre qu'ils condamnent, dès 1527, « les jugements rendus sous "couleur de justice" par le Grand Conseil »[5], haut tribunal d'attribution créé à la fin du XV^e^ siècle qui fera l'objet de violentes disputes institutionnelles par la suite[6].

93. Le Parlement de Paris maintiendra jusqu'au bout sa prétention à être le tribunal souverain qui « conjointement avec (le Roi), ou séparément, rend la justice au Peuple en son nom »[7]. Alors même qu'il entretenait la confusion entre les domaines judiciaire, législatif et administratif dans lesquels il aspirait à jouer un rôle prépondérant[8], le Parlement a ainsi dessiné en creux un pouvoir de juger qu'il revendiquait avec une force particulière. Dans ses remontrances du 4 août 1732, il va jusqu'à affirmer que « les attributs du souverain et les fonctions des magistrats ne peuvent être confondus » et que si « c'est au souverain à donner des lois ; c'est aux magistrats de les exécuter »[9]. Seize ans avant la publication de l'œuvre maîtresse de Montesquieu, ces revendications n'ont sans doute pas laissé indifférent cet illustre penseur qui hérita de son oncle une charge de président à mortier au Parlement de Bordeaux.

---

[1] Exemplaires des enjeux politiques de l'historiographie en la matière, les travaux de Le Paige, qui influencent profondément la rhétorique parlementaire au XVIII^e^ siècle, se présentent sous la forme d'études historiques sur les loix fondamentales du Royaume. Sur cette problématique, v. Michael Baker (K.), *Au tribunal de l'opinion. Essais sur l'imaginaire politique au XVIII^e^ siècle*, Paris, Payot, 1993, not. le premier chapitre intitulé « Mémoire et pratique : la politique et la représentation du passé », p. 45 et s.

[2] Sur « les sources de l'idéologie de la haute magistrature à la fin du XVIII^e^ siècle », v. Royer (J.-P.), *La société judiciaire depuis le XVIII^e^ siècle*, préc., p. 93 et s.

[3] Olivier-Martin (F.), *Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e^ siècle*, Paris, Éd. Loysel, 1988, p. 101.

[4] L'ardent défenseur de la cause parlementaire que fut Le Paige reconnaissait ainsi que le Parlement « tient toute son autorité des Rois » : « en exerçant ses fonctions (…), il ne remplit que les devoirs dont l'ont chargé les Rois eux-mêmes », Le Paige (L.A.), *Lettres historiques, sur les fonctions essentielles du Parlement…*, préc., seconde partie, pp. 15-16.

[5] La condamnation émane de Charles Guillart, premier président du Parlement, lors du Lit de justice de juillet 1527. Elle est rapportée par Hanley (S.), *op. cit.*, p. 52.

[6] Sur la querelle entre le Parlement de Paris et le Grand Conseil au XVIII^e^ siècle, v. Royer (J.-P.), *op. cit.*, p. 128 et s.

[7] Le Paige (L.A.), *op. cit.*, première partie, p. 151.

[8] Halpérin (J.-L.), « 1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la Justice et le Pouvoir en France », *Justices*, 1996, n° 3, p. 15.

[9] Flammermont (J.), *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII^e^ siècle*, Paris, 1888-1898, vol. 1, p. 283, cité par Olivier-Martin (F.), *op. cit.*, p. 105.

B. PUISSANCES SOCIALES ET COMBINAISON DES POUVOIRS

> « (…) le chef-d'œuvre de la législation est de savoir bien placer la puissance de juger. »
>
> Montesquieu, De l'esprit des lois, Part. 2, Liv. XI, Chap. XI, Paris, GF-Flammarion, 1979 (1e éd. 1748), vol. 1, p. 308.

94. Montesquieu a justement été reconnu comme le premier jurisconsulte à avoir ciselé « un modèle constitutionnel dans lequel les abus et la démesure du Pouvoir (peuvent) être freinés conformément à l'idéal moderne de liberté »[1]. Cette dimension de l'œuvre du baron de la Brède, indissociable de la posture épistémologique qu'il adopte, en a fait un théoricien du pouvoir judiciaire[2] singulièrement actuel (1). Pour autant, *De l'esprit des lois* témoigne d'une pensée qui organise délibérément la puissance de juger dans la perspective institutionnelle d'un État monarchique traditionnel (2).

1 – CONCEPTUALISATION MODERNE DU POUVOIR JUDICIAIRE PAR MONTESQUIEU

95. « Enfant créé sans mère »[3], l'œuvre maîtresse de Montesquieu l'est sans aucun doute sur le plan méthodologique. Le « premier des sociologues »[4] y élabore une nouvelle approche du fait politique lui permettant de distinguer trois prérogatives essentielles dans chaque État (a). Selon lui, le degré de liberté politique dépend de la distribution de ces trois pouvoirs dans le gouvernement. Partant de ce postulat, il dresse à partir de l'exemple anglais le type idéal d'une constitution dont l'objet est cette liberté et détermine la place que doit y occuper le pouvoir de rendre la justice (b).

a – Typologie fondatrice

96. Au confluent d'influences multiples[5], Montesquieu élabore une pensée en rupture avec les deux paradigmes qui dominent la pensée politique du XVIIIe siècle. D'une part, sans toucher aux vérités religieuses, il tourne le dos aux interprétations théologiques de l'histoire[6] pour examiner « la raison humaine en tant qu'elle

[1] Goyard-Fabre (S.), *Montesquieu, la nature, les lois, la liberté*, Paris, PUF, 1993, p. viii.
[2] V. Vlachos (G.), « Le pouvoir judiciaire dans *l'esprit des lois* », *in Mélanges en l'honneur de Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 363.
[3] Traduction de l'épigraphe empruntée par Montesquieu à Ovide, *prolem sine matre creatam*, pour introduire *De l'esprit des lois*.
[4] Selon le mot de Raymond Aron (*Les étapes de la pensée sociologique*), cité par Chevallier (J.-J.), *Histoire de la pensée politique*, Paris, Payot, 1979, p. 425.
[5] Sur les multiples sources qui irriguent la pensée de Montesquieu, v. Goyard-Fabre (S.), *op. cit.*
[6] Groethuysen (B.), « Montesquieu », *in Philosophie de la Révolution française*, précédé de *Montesquieu*, 2e éd., Paris, Gallimard,1996, p. 40. Sur la conception de l'histoire adoptée par Montesquieu, rappr. Goyard-Fabre (S.), « Le réformisme de Montesquieu : progrès juridique et histoire », *APD*, 1985, Tome 30, p. 277 et s.

gouverne tous les peuples de la terre »[1]. D'autre part, ne cherchant pas à établir la nécessité de la société[2], il se détourne des thèses contractualistes pour se pencher sur les « rapports que peuvent avoir les lois (civiles et politiques) avec diverses choses »[3]. Acteur de ce moment théorique « où la question de la légitimité a pu être oubliée »[4], il s'emploie à disséquer la mécanique institutionnelle. Il y consacre notamment le chapitre VI du livre XI de la deuxième partie de *l'esprit des lois* où il élabore une théorie des pouvoirs étatiques.

97. Dans ce texte qui imbrique plusieurs problématiques[5], il faut d'abord retenir l'énonciation d'une proposition de type descriptif énumérant les trois prérogatives constitutives de la puissance étatique : « Il y a, dans chaque Etat, trois sortes de pouvoirs ; la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil. »[6]. Cette typologie, qui fait écho à celle proposée par Locke dans son *Traité du gouvernement civil*[7], subit dans le cours du chapitre un glissement de sens pour finalement distinguer le pouvoir « de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger »[8].

98. Désignant des *fonctions* et non des *organes*, cette description des pouvoirs qui se retrouvent « dans chaque Etat » constitue aujourd'hui encore le cadre imposé de nos représentations constitutionnelles. Mais Montesquieu ne s'est pas contenté de décrire ces trois puissances étatiques et d'identifier le pouvoir judiciaire comme l'une d'elles. Il a également énoncé un schéma normatif par lequel il dresse le plan des rapports que celles-ci doivent entretenir pour maximiser la liberté politique.

b – Type idéal constitutionnel

99. Si la science nouvelle[9] élaborée par Montesquieu vise à saisir la logique immanente des institutions humaines, elle se propose également d'offrir les moyens de régler la vie sociale[10] et d'éviter le despotisme. Cette forme de gouvernement contre-nature, que le baron de la Brède a en horreur[11], se caractérise par la réunion dans un même corps des trois puissances étatiques[12] et justifie *a contrario* la disjonction de ces puissances dans les gouvernements modérés. Cette analyse est

[1] Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Part. 1, Liv. 1, Chap. III, Paris, GF-Flammarion, 1979, vol. 1, p. 128.
[2] Groethuysen (B.), *op. cit.*, p. 69.
[3] Montesquieu, *op. cit.*, Part. 1, Liv. 1, Chap. III, p. 129.
[4] Manent (P.), *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Paris, Hachette Littératures, 1997, p. 123.
[5] Timsit (G.), « M. Le Maudit, Relire Montesquieu », *in Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 617.
[6] Montesquieu, *op. cit.*, Part. 2, Liv. XI, Chap. VI, p. 294.
[7] Sur ce point, v. Puget (H.), « Montesquieu et l'Angleterre », *in La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'esprit des lois*, Paris, Sirey, 1952, not. p. 287.
[8] Montesquieu, *op. cit.*, Part. 2, Liv. XI, Chap. VI, p. 295.
[9] Binoche (B.), *Introduction à* De l'esprit des lois *de Montesquieu*, Paris, PUF, 1998, p. 29 et s.
[10] Groethuysen (B.), *op. cit.*, p. 39.
[11] Goyard-Fabre (S.), *Montesquieu.*…, préc., p. 148 et s.
[12] « Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs », Montesquieu, *op. cit.*, Part. 2, Liv. XI, Chap. VI, p. 295.

corroborée par l'expérience institutionnelle anglaise. Formalisant cette dernière[1], il en décrit les modalités et en abstrait le type idéal d'une nation qui a « pour objet direct de sa Constitution la liberté politique »[2].

100. De la complexe théorie constitutionnelle élaborée à cette occasion[3], on retiendra trois éléments. Premièrement, Montesquieu plaide pour la séparation du pouvoir judiciaire des autres prérogatives étatiques : « Il n'y a point (…) de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur »[4]. Ce principe, valable pour tous les gouvernements modérés, est mis en œuvre de manière spécifique en Angleterre puisque, et c'est le deuxième point de la démonstration, la puissance de juger y est « exercée par des personnes tirées du corps du peuple (…) pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert »[5]. Enfin, un troisième élément vient donner toute sa cohérence à ce système : la soumission stricte de la magistrature à la loi. La constitution d'Angleterre ne garantit en effet la liberté que parce que les jugements sont fixes « à un tel point, qu'ils ne (sont) jamais qu'un texte précis de la loi »[6].

101. L'articulation de ces trois éléments[7] garantit que la puissance de juger « est, en quelque façon, nulle »[8] dans l'idéal type élaboré à partir de l'exemple anglais. Mais pour Montesquieu, l'absolutisation de ce modèle n'a pas lieu d'être. La science politique qu'il élabore ne saurait en effet se satisfaire de ce système formel : elle réclame la prise en compte des traditions historiques gouvernant dans chaque État l'aménagement des pouvoirs.

2 – AMENAGEMENT TRADITIONNEL DE LA PUISSANCE DE JUGER SELON *L'ESPRIT DES LOIS*

102. La portée du type idéal constitutionnel élaboré à partir de l'expérience anglaise est minimisée par Montesquieu qui affirme la prépondérance des structures traditionnelles de l'État sur la règle de non-confusion des pouvoirs. La primauté des formes institutionnelles léguées par l'histoire sur les principes théoriques abstraits se vérifie dans les exceptions qui grèvent ces derniers au sein même de la Constitution

[1] Seurin (J.-L.), « Les origines historiques de la séparation des pouvoirs », *in Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, not. p. 652 et s.
[2] Montesquieu, *op. cit.*, Part. 2, Liv. XI, Chap. V, p. 294.
[3] Sur l'ensemble de la théorie constitutionnelle élaborée par Montesquieu, v. Eisenmann (C.), « La pensée constitutionnelle de Montesquieu », *in La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'esprit des lois*, préc., p. 133. Du même auteur, v. également « "L'esprit des lois" et la séparation des pouvoirs », *in Mélanges R. Carré de Malberg* (1e éd. 1933), Vadus : Topos, Paris : E. Duchemin, 1977. Pour une lecture critique des thèses d'Eisenmann, v. Bacot (G.), « L'esprit des lois, la séparation des pouvoirs et Charles Eisenmann », *RDP*, 1992, p. 617.
[4] Montesquieu, *op. cit.*, Part. 2, Liv. XI, Chap. VI, p. 294.
[5] Montesquieu, *op. cit.*, pp. 295-296.
[6] Montesquieu, *op. cit.*, p. 296.
[7] Sur le caractère inséparable de ces trois dimensions, v. Timsit (G.), *op. cit*.
[8] Montesquieu, *op. cit.*, Part. 2, Liv. XI, Chap. VI, p. 298.

d'Angleterre ; elle témoigne de l'épaisseur sociale des institutions juridiques (a). Quant à l'accent mis sur la relativité de la finalité libérale du système anglais, il atteste *a contrario* de la variété des constitutions légitimes susceptibles d'organiser les États modérés (b).

a – Epaisseur des institutions juridiques

103. L'examen de la Constitution d'Angleterre menée dans *l'esprit des lois* ne se limite pas à la mise au point d'un idéal type établissant la non-confusion des prérogatives juridiques étatiques. Elle est complétée par une analyse qui justifie l'agencement des pouvoirs au regard de la structure de la société[1]. Le baron de la Brède part d'une monarchie, une société d'ordres[2], et se donne pour objectif d'équilibrer les trois puissances sociales que sont le roi, l'aristocratie de la chambre haute et les citoyens de la chambre basse. Fruit d'une volonté constante de prévenir l'abus du pouvoir, cette approche implique non seulement la « non-confusion des trois pouvoirs, ou non identité de leurs trois organes » mais également la « co-souveraineté de plusieurs forces sociales et politiques »[3].

104. De ces deux logiques – respectivement juridique et sociale - Montesquieu accorde la priorité à la seconde[4]. Dans le modèle anglais, le principe de la séparation du pouvoir judiciaire qui ressort de la logique de non-confusion des prérogatives étatiques cède le pas devant la nécessaire co-souveraineté des forces politiques. En effet, pour parfaire l'équilibre entre ces dernières, et « quoiqu'en général la puissance de juger ne doive être unie à aucune partie de la législative »[5], Montesquieu identifie plusieurs situations dans lesquelles le pouvoir législatif empiète sur le judiciaire et s'érige en tribunal. Parmi ces hypothèses, retenons le privilège réservé aux aristocrates d'être jugé « non pas devant les tribunaux ordinaires de la nation, mais devant cette partie du corps législatif qui est composé de nobles »[6], et le principe voulant que la justice politique soit poursuivie « par la partie législative du peuple » devant « la partie législative des nobles »[7].

105. Autant que l'idéal de séparation du pouvoir judiciaire, ces propositions sont au cœur de la conception de la puissance de juger que Montesquieu déduit du système anglais. Rapprochées de l'exclusion formelle de toute intervention royale

[1] Pour Montesquieu, l'analyse du cadre juridique formel organisant l'exercice des trois pouvoirs ne présente d'intérêt que si on la relie aux fondations sociales qui le soutiennent. Ainsi remarque-t-il qu'à Venise « le *grand conseil* a la législation ; le *prégady*, l'exécution ; les *quaranties*, le pouvoir de juger ». Mais cette distinction des organes est sans valeur du fait « que ces tribunaux différents sont formés par des magistrats du même corps ; ce qui ne fait guère qu'une même puissance », *op. cit.*, Part. I, Liv. XI, Chap. VI, p. 295.
[2] Eisenmann (C.), « La pensée constitutionnelle de Montesquieu », préc., p. 156.
[3] *Ibid.*
[4] *Ibid.*
[5] Montesquieu, *op. cit.*, Part. 2, Liv. XI, Chap. VI, p. 301.
[6] *Ibid.*
[7] *Ibid.*

dans le domaine de la justice prononcée en un autre passage de *l'esprit des lois*[1], elles ont été interprétées comme le signe d'une volonté délibérée d'opérer un partage des pouvoirs juridiques au profit de la noblesse[2]. Elles témoignent en tout état de cause de la priorité donnée aux forces traditionnelles réelles qui animent l'appareil institutionnel sur les principes constitutionnels abstraits. Confrontés aux équilibres sociaux qu'il convient de conserver, ces derniers doivent plier. Cela explique pourquoi il existe non pas un seul et unique plan pertinent d'aménagement des pouvoirs mais une variété de constitutions légitimes.

b – Variété des constitutions légitimes

106. L'épure de la Constitution d'Angleterre proposée par Montesquieu doit être envisagée à l'aune du statut théorique qui lui est attribué. A défaut, le risque est grand de se méprendre sur la valeur paradigmatique de ce qui peut être tout à la fois un modèle et un contre-modèle d'organisation des pouvoirs[3]. Or, il apparaît clairement que si l'auteur de *l'esprit des lois* porte une évidente admiration aux institutions anglaises, il se garde bien de les élever au rang de modèle valable en tous temps et en tous lieux, et de faire l'apologie du libéralisme qui les caractérise.

107. Ennemi du despotisme, Montesquieu ne fait pas pour autant de la liberté politique un critère d'évaluation des modes de gouvernement. Il n'y voit que l'un des nombreux buts de valeur relative[4] susceptibles d'être poursuivis par des Etats dont la finalité première est de se maintenir[5]. Constatant qu'elle est fermement établie par les lois anglaises, il ne prétend pas « ravaler les autres gouvernements, ni dire que cette liberté politique extrême doive mortifier ceux qui n'en ont qu'une modérée »[6]. D'ailleurs dans les monarchies qui, au contraire de l'Angleterre, n'ont pas « la liberté pour leur objet direct », il peut résulter indirectement « un esprit de liberté qui (...) peut faire d'aussi grandes choses, et peut-être contribuer autant au bonheur que la liberté même »[7].

---

[1] « Dans les Etats despotiques, le prince peut juger lui-même. Il ne le peut dans les monarchies : la constitution serait détruite ; les pouvoirs intermédiaires dépendants, anéantis… », Montesquieu, *op. cit.*, Part. 1, Liv. VI, Chap. V, p. 205.

[2] L'ancien parlementaire qu'est Montesquieu n'aurait pas oublié l'origine de sa condition quant il vante les mérites de la Constitution d'Angleterre. Pour Althusser (L.), le plan institutionnel proposé dans le chapitre VI du Livre XI de *l'esprit des lois* aboutit « au choix politique de Montesquieu », celui de la noblesse, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, Quadrige / PUF, 1985, not. pp. 97-108. Cette interprétation est corroborée par l'attitude de la noblesse de robe à l'égard de cet auteur : « L'*esprit des lois* sera jusqu'en 1789 la véritable Bible des parlements, qui y puiseront tous les arguments dont ils essaieront d'étayer leurs remontrances », Godechot (J.), *Les institutions de la France.…*, préc., p. 9.

[3] Binoche (B.), *op. cit.*, p. 262.

[4] Groethuysen (B.), *Philosophie de la Révolution française…*, préc., p. 131.

[5] Sur « l'objet des Etats divers », v. *De l'esprit des lois*, Part. 2, Liv. XI, Chap. V, p. 293. Montesquieu y explique que « quoique tous les Etats aient, en général, un même objet qui est de se maintenir, chaque Etat en a pourtant un qui lui est particulier ». Parmi ces fins particulières, on trouve entre autres l'agrandissement, la tranquillité publique, la liberté naturelle - objet de la « police des sauvages » - ou encore la liberté politique.

[6] Montesquieu, *op. cit.*, Part. 2, Liv. XI, Chap. VI, p. 304.

[7] Montesquieu, *op. cit.*, Part. 2, Liv. XI, Chap. VII, p. 305.

108. Dans cette perspective, la constitution anglaise perd « le bénéfice d'une quelconque exclusivité de droit »[1]. Le tryptique, liant la séparation du pouvoir judiciaire, l'élection des magistrats et la stricte soumission des jugements à la loi, qui caractérise la puissance de juger dans la Constitution d'Angleterre, ne peut se voir attribuer le statut d'unique mode d'administration légitime de la justice. Tant que le prince et ses ministres s'abstiennent de juger, condition fondamentale évitant à la monarchie de sombrer dans le despotisme, il n'est pas préjudiciable aux régimes continentaux que « les trois pouvoirs n'y (soient) point distribués et fondus sur le modèle » de la Constitution anglaise : en effet, « ils ont chacun une distribution particulière, selon laquelle ils approchent plus ou moins de la liberté politique »[2]. Oubliant cette leçon de Montesquieu, ses héritiers ont en revanche retenu celle selon laquelle certains aménagements de la puissance de juger sont susceptibles de favoriser la liberté politique.

§ 2. L'AUTORITE JUDICIAIRE ET LA SEPARATION RATIONNELLE DES POUVOIRS

109. Le thème de la séparation des pouvoirs hante les représentations juridiques modernes. Il forme l'horizon conceptuel sur lequel est théorisée la variété des prérogatives de la puissance étatique à partir de la Révolution. L'administration de la justice n'y échappe pas, pensée contre la tradition des anciens Parlements et conformément à la raison libérale qui veut que l'autorité du juge s'exerce séparément des autres pouvoirs. De la théorie de Montesquieu, les révolutionnaires conservent cette idée ainsi que certains éléments à partir desquels ils justifient la soumission de la justice à la loi et la refonte de son statut constitutionnel (A). N'ayant de cesse de réinterpréter cette problématique, la doctrine juridique moderne l'a littéralement réinventée pour légitimer l'organisation de l'autorité judiciaire (B).

A. AVATARS REVOLUTIONNAIRES D'UNE THEMATIQUE

> « Ainsi la nécessité de tenir le pouvoir législatif séparé du pouvoir exécutif obligerait à séparer le pouvoir judiciaire de ce pouvoir exécutif, quand même il n'en différerait pas essentiellement. »
>
> Roederer, séance du 7 mai 1790, Réimpression de l'ancien Moniteur universel, Tome 4 - Assemblée constituante, Paris, Éd. Henri Plon, 1860, p. 304.

110. Cherchant à « faire aller la machine publique » et à en « accorder toutes les pièces »[3], les Constituants et leurs successeurs ont en commun la certitude que pour

[1] Rials (S.), « 1689-1789 : une lecture de Montesquieu », *in Mélanges en hommage à Jean Imbert*, Paris, PUF, 1989, p. 480.
[2] Montesquieu, *op. cit.*, Part. 2, Liv. XI, Chap. VI, p. 305.
[3] Tels sont les termes placés par l'abbé Sieyès en épigraphe à son *Aperçu d'une nouvelle organisation de la justice et de la police en France* et reproduits au mois d'avril 1790 dans les colonnes du *Moniteur universel*, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 4, p.13.

garantir la liberté politique aucun corps institutionnel ne doit disposer de toutes les prérogatives étatiques. Cette division des pouvoirs qui fait écho aux préoccupations de Montesquieu est indissociable d'une représentation hiérarchique des fonctions normatives de l'État subordonnant la puissance de juger à celle de faire la loi (1). Susceptible de s'incarner dans de nombreux modèles institutionnels, ce principe d'organisation des pouvoirs étatiques a connu une concrétisation durable dans la détermination des compétences de l'autorité judiciaire qu'ont opérée les révolutionnaires (2).

1 – DIVISION DES FONCTIONS

111. Conçue comme une nécessité constitutionnelle, la séparation des pouvoirs a été consacrée par les Constituants dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Porteur de lourdes ambiguïtés, ce principe de division des fonctions étatiques implique leur hiérarchisation et maintient la primauté de la puissance de légiférer sur le pouvoir d'appliquer la loi (a). Ce dernier se dissocie en un pouvoir judiciaire et un pouvoir exécutif également placés en situation d'infériorité à l'égard de la volonté générale (b).

a – Supériorité du pouvoir de faire la loi sur le pouvoir de l'appliquer

112. Déjà mise en évidence en ce qui concerne le fondement du pouvoir souverain[1], l'influence de la philosophie politique du XVIII[e] siècle sur les acteurs de la Révolution française se vérifie également sur le plan des principes fondamentaux de l'organisation institutionnelle. En ce domaine, le principe de la séparation des pouvoirs qui « avait fait l'unanimité des philosophes ennemis du despotisme » fit également « l'unanimité de l'Assemblée »[2]. Dans les deux cas, cette règle selon laquelle, pour garantir la liberté, les fonctions de l'État ne doivent pas être réunies entre les mêmes mains repose sur une distinction opposant l'édiction des règles juridiques et leur application administrative ou judiciaire[3]. Cette différenciation de la volonté et de l'exécution qui implique « par sa terminologie même, (…) la primauté de la loi »[4] apparaît en filigrane dans la théorie constitutionnelle de Montesquieu[5] et très explicitement chez Rousseau[1].

[1] *Supra* Part. 1, Chap. 1, Sect. 1, § 2, A, n° 47 et s.
[2] Troper (M.), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980, p. 157. En sens contraire, v. Godechot (J.) qui affirme : « Nonobstant l'article 16 de la Déclaration des droits, les Constituants estimaient (…) que certains régimes pouvaient fort bien fonctionner sans que les pouvoirs fussent divisés. D'ailleurs, eux-mêmes, en vertu (…) de la théorie du pouvoir constituant réunissaient pour un temps les trois pouvoirs… », *Les institutions de la France…*, préc., p. 45.
[3] Troper (M.), *op. cit.*, p. 114 et s.
[4] Troper (M.), *op. cit.*, p. 118.
[5] La différence de nature entre ces deux formes d'exercice de la puissance étatique passe inaperçue dans la théorie des fonctions de l'État élaborée par Montesquieu. Elle est pourtant sous-jacente puisque, comme le remarque Troper (M.), le baron de la Brède distingue « bien volonté et exécution ; il ne conçoit pas une fonction qui puisse avoir une nature double », *op. cit.*, p. 117. Par ailleurs, il reconnaît implicitement la supériorité de la loi, notamment dans ce passage, extrait du chapitre VI du livre XI (*De l'esprit des lois*, *op. cit*, p. 300) : « Si la puissance exécutrice n'a pas le droit d'arrêter les entreprises du corps législatif, celui-ci (…) pourra se donner tout le pouvoir qu'il peut imaginer (…). Mais il ne faut pas

113. Véritable « lieu commun »[2] de la pensée politique du XVIII[e] siècle le principe de séparation qui permet de diviser la puissance d'État « sans détruire la "summa potestas" »[3] fait donc l'unanimité chez les Constituants[4]. Tous s'accordent sur le fait que « les droits de l'homme ne sont assurés qu'autant que les pouvoirs publics sont distincts et sagement distribués »[5]. Mais les députés pressentent également combien ce principe est gros d'une bataille d'interprétations[6]. Aussi se prononcent-il le 26 août 1789 pour que celui-ci soit consigné dans la déclaration des droits, mais « que l'on renvoie les réflexions pour l'exécuter à la constitution »[7]. L'article 16 finalement adopté ne laisse « aucune méfiance » aux uns et aux autres : il constate simplement que « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution »[8].

114. Sous cette forme négative, le principe de séparation des pouvoirs est revendiqué peu ou prou par la totalité des régimes qui se succèdent en France à partir de 1789[9]. Ne préjugeant pas de la manière positive dont sont agencées les institutions, cette règle est cependant à l'origine d'une « tradition française de séparation des pouvoirs, qui (…) continue à peser »[10] notamment sur la conception de la puissance de juger.

b – Dissociation du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif

115. La question du pouvoir judiciaire n'est pourtant pas abordée par les députés qui discutent l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme. Pour eux, les nécessités de l'instant réclament une « protection contre toute tentative de la puissance royale de revenir sur l'acquis de la nation »[11]. Le débat ne fait aucune

que que la puissance législative ait réciproquement la faculté d'arrêter la puissance exécutrice. Car l'exécution ayant ses limites par sa nature, il est inutile de la borner (…) ». Comme le remarque Troper (M.), cela implique que la puissance législative n'a pas de limite par sa nature, *op. cit.*, p. 118.

[1] *Supra* Part. 1, Chap. 1, Sect. 1, § 2, A, 1, n° 49 et s.

[2] Troper (M.), « L'interprétation de l'article 16 », *Droits*, 1988, n° 8, p. 118.

[3] Troper (M.), *La séparation des pouvoirs…*, préc., p. 119.

[4] Sur la discussion et l'élaboration par les députés de l'article 16 qui consacre le principe de séparation des pouvoirs dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, v. Gauchet (M.), *La révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1992, p. 183 et s. ; v. également Rials (S.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, préc., p. 251 et s.

[5] Article proposé par Target mais non retenu par l'Assemblée nationale à l'occasion de l'élaboration de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen lors de la séance du mercredi 26 aout 1789, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, Paris, Plon, 1858, Tome 1, p. 384.

[6] Gauchet (M.), *op. cit.*, p. 188.

[7] Intervention de M. de Boisgelin, archevêque d'Aix, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 1, p. 384.

[8] Article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen.

[9] Pour Troper (M.), « il n'y a pas une seule des Constitutions françaises dont les auteurs n'aient entendu se conformer » au principe « selon lequel une seule autorité ne doit pas exercer la totalité des fonctions étatiques », *La séparation des pouvoirs…*, préc., p. 206. Sur la signification contemporaine de ce principe, v. Avril (P.), « La séparation des pouvoirs aujourd'hui », *in* Troper (M.) et Jaume (L.), dir., *1789 et l'invention de la constitution*, préc., p. 295.

[10] Chevallier (J.), « La séparation des pouvoirs », *in* Association française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle…*, préc., p. 146.

[11] Gauchet (M.), *op. cit.*, p. 185.

référence à la fonction de juger et « la force exécutrice et la force législatrice »[1] sont seules envisagées. Cette acception dualiste de la séparation revient de manière récurrente lors de la discussion menée par les Constituants sur l'institution des juges[2]. Soucieux de renforcer la position royale, certains députés ne reconnaissent « que deux pouvoirs, celui qui fait la loi, et celui qui la fait exécuter »[3]. Ainsi pour le Vicomte de Mirabeau, il « n'est pas un seul publiciste qui ait mis le pouvoir judiciaire au nombre des pouvoirs politiques »[4]. Pour ces monarchiens, la puissance de juger est une simple émanation de l'exécutif et doit à ce titre rester dans sa « dépendance »[5].

116. Une telle conception est loin de faire l'unanimité parmi les députés. Toujours à l'occasion de ce débat particulièrement animé sur l'institution des juges, Barnave invoque Montesquieu contre les partisans de la puissance royale[6] : « il est faux, souverainement faux, que le pouvoir judiciaire soit une partie du pouvoir exécutif »[7]. Persuadé avec d'autres que « le dépositaire du pouvoir exécutif ne doit avoir aucune influence sur les agents du pouvoir judiciaire »[8], il obtient finalement gain de cause : la constitution de 1791 consacre l'existence d'un pouvoir judiciaire[9] issu du peuple par la voie élective et délivré de toute influence royale[10]. Cette victoire, qui est aussi celle de la conception trialiste des pouvoirs étatiques défendue par Montesquieu, est cependant de courte durée.

---

[1] Selon les termes de M. de Boisgelin, intervention précitée.

[2] La délibération de l'Assemblée sur les modalités d'institution des juges débute le 5 mai 1790 et s'étale sur trois jours. Elle est reproduite dans la *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 4, p. 288 et s. Sur le déroulement de ces débats et sur leurs implications politiques à cet instant de la Révolution, v. Royer (J.-P.), *Histoire de la justice*, préc., pp. 323-327. Sur les conceptions du pouvoir judiciaire qui y sont développées, v. Verpeaux (M.), « La notion révolutionnaire de juridiction », *Droits*, 1989, n° 9, p. 33 et s.

[3] Cazalès, séance du mercredi 5 mai, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 4, p. 291.

[4] Séance du jeudi 6 mai, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 4, p. 300.

[5] Le mot est de M. de Cazalès, séance du mercredi 5 mai, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 4, p. 291.

[6] Sur la référence à Montesquieu dans le débat révolutionnaire sur l'institution des juges, v. Manin (B.), « Montesquieu », *in* Furet (F.) et Ozouf (M.), dir., *Dictionnaire critique de la Révolution*, préc., p. 792.

[7] Séance du mercredi 5 mai, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 4, p. 299.

[8] Intervention de Mougins de Roquefort, séance du mercredi 5 mai, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 4, p. 289.

[9] Le Chapitre V du Titre III de la constitution de 1791 s'intitule « Du pouvoir judiciaire ». Par la suite aucune constitution française ne consacrera de manière aussi explicite la puissance de juger au sein de l'État même si la notion de « pouvoir judiciaire » est utilisée dans les constitutions du 5 fructidor an III (22 août 1795), du 4 novembre 1848 et également, quoique de manière franchement abusive, dans l'Acte additionnel aux constitutions de l'Empire du 22 avril 1815.

[10] L'Art. 2, Chap. 5, Tit. III, de la constitution de 1791 prévoit que les juges sont « élus à temps par le peuple, et institués par des lettres-patentes du Roi qui ne pourra les refuser ». Rappr. l'Art. 3, Tit. II du décret du 16 août 1789 *sur l'organisation judiciaire* : « Les juges seront élus par les justiciables ». Sur ce thème, v. Métairie (G.), « L'électivité des magistrats judiciaires en France, entre Révolution et monarchies (1789-1814) », *in* Krynen (J.), dir., *L'Élection des juges. Étude historique française et contemporaine*, Paris, PUF, 1999, not. pp. 42-57.

117. Le principe de l'élection des juges est très tôt concurrencé[1], puis définitivement remplacé[2], par celui de la nomination. Combinée à de fréquentes épurations judiciaires[3], cette évolution vide de son sens la notion de pouvoir judiciaire et place pour longtemps « les tribunaux sous la coupe du pouvoir exécutif »[4]. Certes, tout au long du XIX^e^ siècle, l'élection des juges demeure « un article important du catéchisme des républicains »[5]. Mais le mot d'ordre qui le sous-tend selon lequel « le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif sont deux pouvoirs différents, deux organes de la nation ; non subordonnés l'un à l'autre »[6] demeure lettre morte. Pétition de principe sans traduction institutionnelle, cette conception semble s'imposer aux premiers jours de la Révolution mais s'incline en définitive devant la vision que nourrissaient les monarchiens. Avalisé par les juges[7], ce principe de dépendance institutionnelle de l'autorité judiciaire à l'égard du pouvoir exécutif se combine à une répartition des compétences qui donne à la « tradition française de la séparation des pouvoirs »[8] une spécificité certaine.

2 – DISTRIBUTION DES COMPETENCES

118. La réorganisation des représentations constitutionnelles à laquelle a donné lieu l'épisode révolutionnaire s'est traduite par une redéfinition des pouvoirs étatiques tant sur le plan abstrait des fonctions que sur celui plus concret des compétences. Pour protéger les frontières d'attributions établies à cette occasion, certaines règles connexes au principe de séparation ont été établies afin d'éviter l'empiètement des pouvoirs les uns sur les autres. Ces règles qui proscrivent théoriquement tout expansionnisme judiciaire dans le domaine législatif justifient l'institution de la cassation (a). Elles sont également à l'origine d'une répartition des

[1] Selon Royer (J.-P.), les élections judiciaires de 1792 et 1793 s'accompagnent de la *réapparition* de la nomination comme mode de recrutement. Celle-ci « se conjugue de plus en plus souvent avec l'élection, jusqu'à la fin de la Révolution », *Histoire de la justice*, préc., p. 354. Sur cette question, rappr., du même auteur, *La société judiciaire…*, préc., pp. 237-244.

[2] Le principe d'élection des juges est abandonné par la constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) qui lui préfère, comme les suivantes jusqu'à la 5^e^ République, celui de nomination des juges par le pouvoir exécutif.

[3] V. l'ouvrage collectif de l'Association française pour l'histoire de la justice, *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération*, Paris, Loysel, 1994. Rappr. Lecocq (P.) et Martinage (R.), « L'inamovibilité de la magistrature française dans les constitutions au XIX^e^ siècle et son application », *in Liber amicorum John Gilissen*, Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, p. 215.

[4] Chevallier (J.), « La séparation des pouvoirs », préc., p. 145.

[5] Poumarède (J.), « Les tribulations d'un principe républicain : l'élection des juges », *in* Lorgnier (J.), Martinage (R.) et Royer (J.-P.), dir., *Justice et République(s)*, L'espace Juridique, Lille, 1993, p. 94.

[6] C'est en ces termes, et par la bouche de l'avocat Chaudey, qu'est résumée la problématique constitutionnelle de la commission pour la réforme judiciaire nommé en 1870 par la République à peine proclamée. Sur cet épisode, v. Poumarède (J.), « L'élection des juges en débat sous la IIIe République », *in* Krynen (J.), dir., *op. cit.*, p. 122 et s.

[7] C'est ce qui ressort des discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel : « en majorité, ils considèrent que le pouvoir judiciaire est lié à l'exécutif », Farcy (J.-C.), *Magistrats en majesté. Les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIX^e^-XX^e^ siècles)*, Paris, CNRS, 1998, p. 153.

[8] Chevallier (J.), *op. cit.*, p. 146.

tâches entre l'exécutif et les tribunaux qui contient en germes l'exclusion du contentieux administratif des compétences judiciaires (b).

a – Aux frontières du judiciaire et du législatif

119. Décrétant que l'ordre judiciaire « doit être reconstruit en entier »[1], l'Assemblée ne renonce pas pour autant à puiser dans l'héritage institutionnel de l'État les outils nécessaires à cette reconstruction. Ainsi la procédure de cassation, « voie de contrôle administratif sur la justice réglée »[2], lentement organisée au profit du Roi au XVII[e] et XVIII[e] siècles, est conservée par les députés et confiée, après bien des débats[3], à un tribunal sédentaire. Cette institution dont la nécessité « est démontrée politiquement et judiciairement »[4] vise, comme le Conseil des parties avant la Révolution[5], à prévenir les contraventions faites à la loi par les magistrats, mais elle est entièrement repensée à l'aune du principe de séparation des pouvoirs.

120. Le Tribunal de cassation se donne comme une réponse aux interdictions symétriques faites aux juges et au législateur d'empiéter sur leurs compétences respectives. La constitution de 1791 fait défense aux tribunaux de « s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif »[6] et prohibe l'exercice du pouvoir judiciaire « par le Corps législatif »[7]. Par l'institution d'un tribunal de révision faisant office de « régulateur dans le pouvoir judiciaire» [8], les Constituants garantissent la sanction des jugements pris en violation de la loi tout en évitant que les députés n'interfèrent dans l'exercice de la justice. Les vives discussions relatives au statut dévolu à cet organe[9] témoignent de la position médiane qui lui est destinée, entre le pouvoir de légiférer et celui de juger. Si, finalement, la majorité des Constituants reconnaît un

[1] A la question « L'ordre judiciaire sera-t-il reconstruit en entier ou non ? » posée lors de la séance du 24 mars 1790, l'Assemblée répond majoritairement oui. Les débats qui précèdent ce vote sont reproduits dans la *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, Paris, Plon, 1860, Tome 3, p. 690.

[2] Boulet-Sautel (M.), « La cassation sous l'Ancien régime », *in* Association des magistrats et anciens magistrats de la Cour de cassation, *Le Tribunal et la Cour de cassation, 1790-1990. Volume jubilaire*, Paris, Litec, 1990, p. 23.

[3] Pour un aperçu chronologique du débat sur le Tribunal de cassation, v. Halpérin (J.-L.), *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ, 1987, p. 51 et s.

[4] Barnave, Séance du samedi 8 mai 1790, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 4, p. 319.

[5] Sur la procédure de cassation sous l'Ancien régime, v. Boulet-Sautel (M.), *op. cit.* ; la continuité est très nette en matière de procédure puisque le Tribunal de cassation, puis la Cour du même nom, conservent une réglementation datant de 1738. Sur ce point, v. Van Caenegem (R.C.), « History of European Civil Procedure », *in* Cappelletti (M.), dir., *International Encyclopaedia of Comparative Law – T. XVI : Civil Procedure*, Tübingen, JCB Mohr, 1973, p. 90.

[6] Art. 3, Chap. V, Titre III de la constitution de 1791.

[7] Art. 1, Chap. V, Titre III de la constitution de 1791.

[8] Clermont-Tonnerre, Séance du mardi 25 mai 1790, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 4, p. 459.

[9] Lors des débats, les députés s'opposent sur la qualification du Tribunal. Merlin revendique pour lui « le pouvoir judiciaire suprême ». Goupil de Préfeln, soutenu par Robespierre, considère quant à lui que « la cassation n'est pas une partie du pouvoir judiciaire, mais une émanation du pouvoir législatif » (*Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 4, p. 451). Pour l'Abbé Royer enfin, « cette fonction a toujours été attribuée au pouvoir exécutif et (…) on ne peut lui ravir » (*Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 4, p. 460).

caractère judiciaire[1] à cette institution « établie auprès du Corps législatif »[2], c'est qu'elle est chargée d'assurer le respect de la législation par les tribunaux et non d'en préciser ou d'en modifier le sens.

121. La continuité qui caractérise le Tribunal de cassation, dénommé Cour de cassation par le *sénatus-consulte* du 28 floréal an XII, a été justement relevée[3]. Mais non moins frappante est la constance avec laquelle le principe de séparation des pouvoirs est invoqué pour légitimer cette institution. Ainsi, dans un essai de *théorie judiciaire* publié en 1814[4], l'ancien député Brillat-Savarin, promu conseiller au tribunal suprême, fait-il expressément référence aux risques d'usurpation des juges sur les autres pouvoirs étatiques pour justifier « l'établissement d'une Cour unique, placée au-dessus de tous les autres tribunaux », et contenant ces derniers « dans la sphère de leurs attributions »[5]. Outre la protection du pouvoir législatif, le haut magistrat justifie l'institution où il officie en invoquant la nécessité de prévenir les excès des juges qui parfois accaparent illégalement « le pouvoir exécutif quand ils s'immiscent dans l'exécution de ses ordres, quand ils s'y opposent, quand ils en poursuivent les agents »[6].

b – Aux frontières du judiciaire et de l'exécutif

122. Chargé de sanctionner l'empiètement des juges sur les autres organes, le Tribunal de cassation doit notamment veiller au respect des textes révolutionnaires qui proscrivent l'immixtion des magistrats dans le champ administratif. Cette prohibition doit rendre impossibles les pratiques des anciennes cours souveraines qui n'hésitaient pas à faire comparaître les agents du Roi et à leur donner des instructions[7]. Pour rendre impossible de tels abus, l'Assemblée vote l'article 13, titre 2, de la célèbre loi des 16-24 août 1790 : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelques manières que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ».

123. Quand les députés votent ce texte, ils se situent au plan des « maximes constitutionnelles »[8] et n'anticipent en « aucune manière, sur le sort réservé au contentieux administratif »[9]. La question de savoir « de quel pouvoir relèvent les

[1] Halpérin (J.-L.), *op. cit.*, p. 61.
[2] Selon les termes de l'article 1 du Décret du 27 novembre 1790 portant institution d'un tribunal de cassation, et réglant sa composition, son organisation et ses attributions.
[3] Lemose (M.), « La Cour de cassation au XIX[e] siècle », *in* Association des magistrats et anciens magistrats de la Cour de cassation, *op. cit.*, p. 53.
[4] Brillat-Savarin, *De la Cour suprême, deuxième fragment d'un ouvrage de théorie judiciaire*, Paris, 1814.
[5] Brillat-Savarin, *op. cit.*, p. 13.
[6] Brillat-Savarin, *op. cit.*, p. 12.
[7] Le 24 mars 1790, c'est en invoquant les abus des anciens parlements que Thouret présente et justifie à l'Assemblée l'ébauche de ce qui deviendra plus tard l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 3, p. 691.
[8] *Ibid.*
[9] Chevallier (J.), « Du principe de séparation au principe de dualité », *RFDA*, 1990, p. 30.

litiges opposant l'administration et les particuliers »[1] reste alors en suspens, l'Assemblée hésitant à confier ce pouvoir à des juridictions, ordinaires ou spécialisées, ou à le remettre à l'administration.

124. Dans un premier temps, le thème de l'unité de juridiction semble avoir la faveur des révolutionnaires[2]. La conscience aiguë de la spécificité du contentieux administratif va cependant les pousser à reconnaître progressivement, et pour des raisons essentiellement pratiques[3], la compétence de l'administration active en la matière. Instituant un système d'administrateur juge à qui est attribuée une compétence strictement définie par la loi, les députés ont préparé à leur insu la dualité des ordres juridictionnels[4]. Au XIX[e] siècle, divers « facteurs hétéroclites »[5] ont poussé la doctrine à offrir une interprétation de la loi des 16-24 août 1790 très favorable à la compétence du juge administratif[6]. Justifiant cette situation à l'aune du principe de séparation[7], et repensant le pouvoir judiciaire dans cette perspective, les docteurs ont alors prolongé la maxime constitutionnelle en la réinventant largement.

B. VULGATE DOCTRINALE D'UNE PROBLEMATIQUE

> « L'étude de la séparation des pouvoirs, lorsqu'on s'en tient aux généralités de la théorie et aux sommets du droit constitutionnel, est un travail sinon facile, du moins relativement simple (…). Il n'en va plus de même dès qu'il faut suivre dans les détails de notre volumineux corps de lois les applications du même principe (…). »
>
> Édouard Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit comparé*, Paris, 1880, p. 311.

125. La séparation des pouvoirs est le pilier central de l'édifice conceptuel élaboré par la doctrine moderne pour donner forme juridique aux pouvoirs publics en général et à l'administration de la justice en particulier[8]. De la théorie de

[1] Chevallier (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970, p. 67.
[2] Chevallier (J.), « Du principe de séparation… », préc., p. 30 et s.
[3] Sur ce point, v. Troper (M.), « La séparation des pouvoirs et le pouvoir judiciaire en 1791 », *in* Naudin-Patriat (F.), dir., *op. cit.*, not. pp. 363-365.
[4] Drago (R.), « Les origines du contentieux administratif », dans l'ouvrage cité note précédente, p. 383 et s.
[5] Vedel (G.), « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA*, 1990, p. 25.
[6] Parmi ces facteurs, Vedel (G.) cite « l'ancrage de l'État, au milieu des convulsions politiques, sur une administration puissante et centralisée ; la recherche d'un droit adapté à cette administration, que le juge judiciaire ne pouvait pas mener avec une pleine maîtrise ; la faveur des régimes autoritaires pour une justice qui, jusqu'en 1872, fut "retenue" », *ibid.*
[7] *Infra* n° 137.
[8] La production doctrinale sur la séparation des pouvoirs au cours des deux derniers siècles est foisonnante. Systématiquement analysée dans les manuels et les traités de droit public – administratif et constitutionnel – cette question est également envisagée, quoique dans des développements plus courts, dans les ouvrages privatistes d'introduction au droit. La séparation des pouvoirs a par ailleurs fait l'objet d'une série de monographies à la fin du XIX[e] siècle, l'*Académie des Sciences morales et politiques* ayant proposé comme sujet de concours en 1878 l'étude de ce principe ; l'un « des problèmes les plus importants, les plus délicats que donne à résoudre l'organisation des sociétés politiques » selon les mots

Montesquieu et des débats révolutionnaires, les docteurs extraient les linéaments qui permettent la formation d'une glose sur la place des juges dans l'État. Siège d'une conceptualisation poussée de la fonction de juger et d'une dénégation récurrente du pouvoir judiciaire (1), ce discours est l'occasion pour les juristes savants de justifier l'indépendance de la justice et de légitimer la dualité des ordres juridictionnels (2).

1 – CONCEPTUALISATION

126. La reconnaissance d'une fonction de justice présentant des caractéristiques qui la distinguent des activités de création et d'exécution de la loi est au cœur des représentations savantes relatives à la division des pouvoirs. Pour autant, certains juristes se sont refusés à reconnaître l'existence d'un pouvoir judiciaire (a). La doctrine a en revanche unanimement reconnu la nécessité d'une séparation de l'administration de la justice des autres formes d'exercice de la souveraineté étatique (b).

a – Un pouvoir judiciaire incertain

127. Analysant la souveraineté dans l'un des premiers traités de droit civil postérieur à la rédaction du Code Civil, Toullier constate qu'elle « se divise assez naturellement en trois pouvoirs ; le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire »[1]. Explicitement inspirée de Montesquieu, cette division est selon l'auteur « conforme à la nature des choses »[2]. Cette position ne va pourtant pas de soi dans le champ doctrinal français du XIX^e^ siècle. Rejouant à leur manière les vifs débats que l'Assemblée nationale avait connus sur le nombre de pouvoirs étatiques, les professeurs de droit entament à cette époque une controverse sur le statut théorique dévolu à la puissance de juger.

128. Refusant la division ternaire classique, certains considèrent que « l'autorité judiciaire est une branche du pouvoir exécutif »[3]. On retrouve régulièrement dans la doctrine française cette thèse d'après laquelle la justice est une « émanation »[4], une « division »[5], un « démembrement »[6] ou une « partie intégrante »[7] de la puissance exécutive. Mais l'idée selon laquelle « c'est le pouvoir exécutif qui assume la fonction juridictionnelle »[8] ne fait pas l'unanimité. Bien au contraire, elle est

de Léon Aucoc (« Rapport sur le concours relatif à la Séparation des Pouvoirs », *in* Saint Girons (A.), *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, 1881).

[1] Toullier (C.B.M.), *op. cit.*, p. 15.

[2] Toullier (C.B.M.), *op. cit.*, p. 18.

[3] Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, Barrois, 1827, Tome 1, p. 164.

[4] Merlin introduit l'entrée « pouvoir judiciaire » dans la 5^e^ édition du *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* (Bruxelles, 1827, Tome 24, p. 1), mais il refuse de lui donner un statut égal à celui de l'exécutif : le premier demeure « une émanation » du second.

[5] Macarel (L.A.), *Éléments de droit politique*, préc., p. 32.

[6] Foucart (E.-V.), *Éléments de droit public et administratif, ou exposition méthodique des principes du droit public positif*, 4^e^ éd., Paris, 1855, Tome 1, p. 61. Sur Foucart, v. Guglielmi (G.J.), « Émile-Victor Foucart ou le sacerdoce du droit public et administratif », *RDP*, 1996, p. 1291.

[7] Saint Girons (A.), *op. cit.*, p. 279.

[8] Hauriou (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2^e^ éd., Paris, Sirey, 1929, p. 381.

vivement contestée par la majorité de la doctrine publiciste au début du XX^e^ siècle. Des auteurs aussi variés qu'Artur[1], Esmein[2], Carré de Malberg[3] ou Duguit[4] s'accordent alors, en dépit d'importantes divergences conceptuelles, pour reconnaître l'existence d'un pouvoir juridique de type juridictionnel distinct des deux autres. Cette quasi-unanimité ne doit cependant pas masquer l'incertitude qui caractérise les termes du débat : les auteurs emploient souvent les notions de pouvoir et de fonction de manière indifférenciée[5], chacun proposant son propre système de définition – rationnel ou positif - pour identifier et dénombrer les puissances à l'œuvre dans l'État[6].

129. Largement insensibles à cette problématique, les civilistes et les processualistes ne l'évoquent que rarement[7]. S'ils utilisent la notion de pouvoir judiciaire, c'est le plus souvent sans prendre parti sur le nombre de puissances étatiques et seulement pour désigner l'organisation des tribunaux. Ils participent en revanche avec les publicistes à l'élaboration d'un discours qui met l'accent sur la nécessaire séparation de la fonction de juger des autres modes d'exercice du pouvoir institutionnel.

[1] Artur considère que « l'ensemble des pouvoirs dont se compose la souveraineté s'analyse en trois fonctions différentes, irréductibles l'une à l'autre : la fonction législative qui consiste à faire la loi, la fonction exécutive qui consiste à gouvcrner et administrer, la fonction de juger », « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions » (1^er^ article), *RDP*, vol. 13, 1900, p. 218.

[2] Pour Esmein (A.), en dépit des « raisons et des autorités » qui plaident en faveur de la thèse dualiste, l'administration de la justice constitue « naturellement et rationnellement une manifestation spéciale de la souveraineté, un pouvoir distinct », *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 4^e^ éd., Paris, Sirey, 1906, p. 402.

[3] Selon Carré de Malberg (R.), « la juridiction se trouve érigée par le droit public moderne en une fonction spéciale, nettement séparée des autres, ayant ses règles propres et ses organes particuliers, et constituant ainsi, en ce sens, un troisième pouvoir, qui apparaît, en droit positif, comme entièrement distinct de la législation et de l'administration », *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, Tome 1, pp. 693-694. Rappr. p. 814.

[4] Pour Duguit la question du pouvoir judiciaire « ne se pose pas » (*Traité de droit constitutionnel*, 3^e^ éd., Paris, Éd. de Boccard, 1928, Tome 2, p. 687) car la « conception d'une puissance souveraine, une en trois pouvoirs, est une conception métaphysique analogue au mystère chrétien de la trinité (…) inadmissible dans une construction vraiment positive du droit public » (*Duguit, op. cit.*, p. 690). En revanche, l'illustre publiciste discerne trois fonctions étatiques irréductibles l'une à l'autre : la fonction législative, la fonction administrative et la fonction juridictionnelle (*Duguit, op. cit.*, p. 156).

[5] Sur cette confusion terminologique grosse d'équivoques, v. Eisenmann (C.), « Les fonctions sociales et les fonctions juridiques de l'État », *in Encyclopédie française*, Tome X – *L'État*, Paris, Sté nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, p. 297.

[6] Pour une clarification conceptuelle de la matière, v. Eisenmann (C.), *op. cit.*, pp. 291-311.

[7] V. cependant le *Traité théorique et pratique de procédure* de Garsonnet (E.) (2^e^ éd., Paris, Larose, 1898, Tome 1, pp. 1-51) qui consacre d'importants développement à « l'autorité judiciaire ». L'auteur y opte pour une conception dualiste et rattache la fonction de justice au pouvoir exécutif (p. 11). Plus récemment, Solus (H.) et Perrot (R.) se sont prononcés pour la thèse trialiste, *Droit judiciaire privé*, Paris, Sirey, 1961, Tome 1, pp. 474-475. Les manuels contemporains ne se hasardent plus à polémiquer sur le sujet et optent pour une approche résolument didactique. En ce sens, v. Giudicelli-Delage (G.), *Institutions juridictionnelles*, 2^e^ éd., préc., p. 15 et s.

b – Une fonction de juger séparée

130. En deçà de la controverse relative à l'existence d'une fonction juridictionnelle distincte de la fonction administrative dans l'économie des actes juridiques, un consensus s'établit sur l'indispensable séparation de l'activité des juges. Que le statut de troisième pouvoir leur soit attribué ou refusé importe peu. Comme le remarque Ducrocq, fervent partisan de la conception dualiste, la théorie « d'après laquelle l'autorité judiciaire est une branche du pouvoir exécutif, ne signifie pas (…) qu'elle puisse être confondue avec les autres branches de ce pouvoir »[1]. Dans la conception hiérarchique des fonctions étatiques partagée par la doctrine post-révolutionnaire, justice et administration, « soumises l'une et l'autre à l'autorité du pouvoir législatif »[2], sont également distinctes de ce dernier et différentes l'une de l'autre.

131. Rattachée au principe libéral de séparation des pouvoirs[3], cette différence est légitimée par la doctrine publiciste qui oppose l'administration active et la juridiction en déterminant leurs attributs respectifs[4]. La frontière dessinée entre ces deux types d'actes juridiques témoigne de leur irréductibilité et justifie selon la plupart des auteurs que l'on prévienne, suivant des modalités variables, l'envahissement d'une fonction par l'autre[5].

132. Ce souci se retrouve dans la doctrine privatiste qui, citant souvent Montesquieu, évoque la nécessité pour le pouvoir judiciaire d'« être séparé de la puissance législative et de la puissance exécutive »[6]. Se préoccupant essentiellement des rapports qu'entretiennent le juge et le législateur, les civilistes utilisent l'article 5 du Code civil pour rattacher le principe de séparation des pouvoirs à leur problématique théorique. L'interdiction faite aux magistrats de « prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises » est interprétée à la lumière d'un but unique : « enjoindre aux juges de se renfermer strictement dans leurs attributions »[7] en les empêchant d'empiéter sur le pouvoir législatif[8]. Partagée par les processualistes[9], cette conception qui fait de l'article 5

[1] Ducrocq (M.), *Cours de droit administratif*, préc., Tome 1, p. 26.
[2] Vivien (A.F.), *Études administratives*, préc., Tome 1, p. 17.
[3] C'est le repoussoir du despotisme et de l'abus du pouvoir qui permet ultimement à la doctrine de justifer la séparation de l'autorité judiciaire des autres pouvoirs. Dans cette perspective, Batbie (A.) est exemplaire qui écrit : « Tout gouvernement porte en soi, au moins le germe des pouvoirs *législatif*, *exécutif*, et *judiciaire*, et la différence entre l'absolutisme et la liberté tient à la confusion ou à la distribution de ces éléments », *Introduction générale au droit public et administratif*, préc., p. 58
[4] V. par exemple Vivien (A.F.), *op. cit.*, p.16. Cette méthode est particulièrement explicite dans l'article d'Artur, *op. cit*., p. 232 et s.
[5] Sur ce point, v. *infra* n° 137.
[6] Toullier (C.B.M.), *op. cit.*, p. 71.
[7] Marcadé (V.), *op. cit.*, p. 61.
[8] En ce sens, voir Aubry (C.) et Rau (C.), *op. cit.*, pp. 125-126 ; Baudry-Lacantinerie (G.), *op. cit.*, p. 194 ; Laurent (F.), *Principes de droit civil français*, 4e éd., Bruxelles : Bruylant, Paris : Marescq, 1887, Tome 1, p. 322 ; Colin (A.) et Capitant (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1920, Tome 1, p. 38.
[9] V. par exemple Glasson (E.) et Tissier (A.), *op. cit.*, p. 74 ; Morel (R.), *Traité élémentaire de procédure civile*, 2e éd., Paris, Sirey, 1949, p. 81 ; ou plus récemment Cornu (G.) et Foyer (J.), *Procédure civile*, 3e éd., Paris, PUF, 1996, p.111.

« une application »[1] de la séparation des pouvoirs est toujours d'actualité dans la doctrine civiliste contemporaine[2]. Celle-ci invoque le principe de séparation à plus d'un titre et l'utilise également pour justifier d'autres aspects institutionnels de l'autorité judiciaire.

2 – JUSTIFICATION

133. Le thème de la séparation des pouvoirs structure les conceptions doctrinales modernes de l'État et de sa justice. Depuis la Révolution, il est utilisé par les juristes savants comme un dogme permettant de justifier, historiquement et rationnellement, l'indépendance des magistrats exerçant la fonction judiciaire (a). Au prix de quelques contre-vérités historiques, la doctrine l'a également invoqué pour légitimer l'apparition et le développement du dualisme juridictionnel français (b).

a – Le dogme de l'indépendance

134. Sauf à n'être qu'un mot d'ordre illusoire, la séparation de l'autorité judiciaire des autres pouvoirs publics implique qu'elle soit dotée d'un statut la protégeant contre l'envahissement de ces derniers. Unanimement partagé par la doctrine, ce constat se prolonge dans la volonté de voir garantir l'indépendance des magistrats, élément fondamental d'une bonne administration de la justice. Transcendant le clivage théorique du nombre des pouvoirs[3], cette problématique est formalisée dès le début du XIX^{e} siècle et reprise sans cesse depuis[4]. Elle pose l'indépendance fonctionnelle de la justice comme un corollaire du principe de séparation des pouvoirs, et l'indépendance personnelle des juges comme sa conséquence.

---

[1] Beudant (C.), *Cours de droit civil français*, 2^{e} éd., Paris, Rousseau, 1934, Tome 1, p. 174.

[2] V. par exemple Carbonnier (J.), *Droit civil – introduction*, 26^{e} éd., Paris, PUF, 1999, p. 275 ; Ghestin (J.), Goubeaux (G.), Fabre-Magnan (M.), *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4^{e} éd., Paris, LGDJ, 1994, p. 444.

[3] Tout comme les partisans du « pouvoir » judiciaire, les tenants d'une « autorité » judiciaire rattachée au pouvoir exécutif insistent sur l'indépendance des juges à l'égard du parlement et des forces gouvernementales et administratives. Ainsi, pour, Ducrocq la théorie « d'après laquelle l'autorité judiciaire est une branche du pouvoir exécutif » ne signifie pas « que le pouvoir exécutif a le droit de peser sur les décisions de l'autorité judiciaire ou de les lui dicter », Ducrocq (M.), *op. cit*, Tome 1, pp. 25-26. Dans le même sens, Saint-Girons (A.) considère que « le principe de l'indépendance de la justice est hors de controverse » : « Le juge, qu'il statue sur des matières civiles ou administratives, doit jouir de la plus grande liberté et relever seulement de Dieu et de sa conscience. Nulle influence humaine ne doit agir sur lui : la justice domine toutes les personnes et tous les pouvoirs » et cela bien qu'elle soit une « branche du pouvoir exécutif », *Essai sur la séparation des pouvoirs…*, préc., pp. 275-276. Rappr. Garsonnet (E.), *op. cit.*, p. 41 et s.

[4] Comp. à plus de 130 années d'intervalles Carré (J.L.G.) : « Ainsi, l'exacte séparation des pouvoirs publics, l'indépendance de la magistrature de toute influence qui ne serait pas celle de la loi, voilà les principes fondamentaux d'une bonne organisation judiciaire. » (*Les lois de l'organisation et de la compétence des jurisdictions civiles*, préc., Tome 1, p. xxii) ; et Solus (H.) et Perrot (R.) : « nous estimons (que le principe de la séparation des pouvoirs) doit être considéré comme la condition nécessaire d'une saine organisation et du bon fonctionnement de la justice. Car (…) c'est en lui et par lui que cette dernière trouve essentiellement la source fondamentale et la sauvegarde de sa qualité primordiale : l'indépendance », *Droit judiciaire privé*, préc., Tome 1, p. 474.

135. Prévue, à défaut d'être respectée[1], par presque tous les régimes qui se succèdent à partir de la Révolution, l'inamovibilité des juges est conçue par les docteurs comme un mécanisme institutionnel permettant de protéger efficacement la magistrature contre les pressions extérieures. Sans elle, l'indépendance « ne serait qu'un vain mot »[2] ; avec elle, elle serait garantie[3]. Un auteur va même jusqu'à voir dans l'inamovibilité la clé de la séparation des pouvoirs : « C'est là, dans l'irrévocabilité réciproque, que gît le principe actif et bienfaisant »[4].

136. Certains ont très tôt affirmé qu'il « ne suffirait pas que l'inamovibilité fût certaine », mais que la loi devrait « prendre soin de fermer » les « voies indirectes par lesquelles l'arbitraire pourrait atteindre » l'indépendance des juges, notamment « les avantages, les prérogatives, la considération »[5]. La mise en garde a été réitérée souvent, au point qu'on a dit le terme « vidé de toute substance »[6]. Pourtant, l'inamovibilité a largement occupé l'horizon théorique sur lequel la question de l'indépendance a été pensée jusqu'à nos jours. La puissance dogmatique de cette problématique a pleinement bénéficié du principe de séparation des pouvoirs. Il en va de même pour la justification doctrinale de la dualité juridictionnelle, bien que la référence à ce dernier se révèle être, en ce cas, le fruit d'une interprétation historique erronée.

b – Le mythe de la dualité[7]

137. Trouvant son origine dans un compromis pratique[8], la justice administrative a été privée lors de sa gestation d'un fondement théorique solide. Fragilisée, elle prêtait le flanc à la critique. Le Conseil d'État en particulier a vu son existence épisodiquement contestée sous la Restauration[9]. Les attaques qui lui sont portées contraignent alors le gouvernement et la doctrine à élaborer un discours justifiant la dualité juridictionnelle. A partir de 1830, les ouvrages de droit administratif proposent divers arguments légitimant cette particularité institutionnelle[10]. Mais c'est en 1841 qu'un auteur la déduit pour la première fois du principe de séparation des

[1] Sur cette question, v. l'ouvrage collectif de l'Association Française pour l'Histoire de la Justice, *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération*, précité. Rappr. dans un autre registre l'article de Georgel (J.), « La dépendance de la magistrature en France », *in Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, Tome 2, p. 845.
[2] Carré (J.L.G.), *op. cit.*, Tome 1, p. xxii.
[3] Macarel (L.A.), *op. cit.*, pp. 260-261.
[4] Esmein (A.), *op. cit.*, p. 372. Selon l'illustre constitutionnaliste, le principe de la séparation des pouvoirs se réduit à ceci : « que les pouvoirs reconnus distincts doivent avoir des titulaires, non seulement distincts, mais indépendants les uns des autres, en ce sens qu'un des pouvoirs ne puisse pas révoquer à volonté le titulaire d'un autre pouvoir », Esmein (A.), *op. cit.*, p. 371. Rappr. p. 422.
[5] Macarel (L.A.), *op. cit*, p. 261.
[6] Hébraud (P.), « Justice 59. 1. – L'autorité judiciaire », *D.* 1959, chron. 81.
[7] Les paragraphes qui suivent reprennent les conclusions de l'article de Velley (S.), « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP*, 1989, p. 767.
[8] *Supra* n° 122 et s.
[9] Velley (S.), *op. cit.*, p. 776.
[10] *Ibid.*

pouvoirs[1]. Conservée et développée par de nombreux publicistes[2], cette thèse déduit le deuxième ordre juridictionnel de l'article 13, titre 2, de la loi des 16-24 août 1790 et le conçoit comme un rempart contre la magistrature judiciaire « dont l'invasion dans le domaine administratif » détruirait, sinon, « le principe tutélaire »[3].

138. La consécration de cette théorie par le *Traité de la juridiction administrative* de Laferrière ancre de manière durable, dans les représentations doctrinales, l'idée selon laquelle « l'attribution du contentieux administratif à l'autorité administrative ou à des juridictions spéciales (…) a été admise, depuis 1789, comme une application du principe de la séparation des pouvoirs »[4]. Reprise dans la première moitié du XX^{e} siècle par la plupart[5] des grands spécialistes du droit public – entre autres Barthélémy[6], Carré de Malberg[7], Esmein[8], Duguit[9] et Jèze[10]– cette thèse également adoptée par les privatistes[11], est finalement élevée au rang de principe fondamental des lois de la République par un arrêt du Conseil constitutionnel en date du 23 janvier 1987[12].

---

[1] Dans le premier tome de ses *Principes de compétence et de juridiction administratives* (*op. cit.*), Chauveau (A.) justifie « l'existence d'une justice administrative en se référant à une règle de séparation des autorités administratives et judiciaires explicitement présentée comme la conséquence directe d'une interprétation particulière du principe de séparation des pouvoirs », Velley (S.), *op. cit.*, p. 777.

[2] V. par exemple Foucart (E.-V.), *op. cit.*, pp. 151-152 ; Vivien (A.F.), *op. cit.*, pp. 18-19.

[3] Serrigny (D.), *Traité de l'organisation, de la compétence, et de la procédure en matière contentieuse administrative*, Paris, Durand, 1865, Tome 1, p. 66. Précisant sa pensée, l'auteur rappelle « qu'une des bases de notre droit public est la séparation des pouvoirs (p. 67) et poursuit en affirmant « que l'administration suprême doit rester seule juge des difficultés que font naitre les actes de ses agents » car « si cette décision était dévolue aux tribunaux, il s'ensuivrait que le pouvoir exécutif serait subordonné au pouvoir judiciaire » (p. 68).

[4] Laferrière (E.), *Traité de la juridiction adminstrative et des recours contentieux*, 2^{e} éd., Paris / Nancy, Berger-Levrault et Cie, 1896, p. 12.

[5] Voir cependant la thèse d'Artur, dissidente lorsqu'elle est proposée au début du XX^{e} siècle, mais toujours pertinente aujourd'hui : « ce n'est donc pas une conception positive de la séparation des pouvoirs qui a produit notre justice administrative ; c'est au contraire, notre justice administrative, une fois organisée et constituée aux mains de l'administration, qui a engendré une conception positive très particulière de la séparation des pouvoirs », « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions » (7^{e} article), *RDP*, 1902, vol. 17, pp. 247-248.

[6] Selon Barhélémy (J.) et Duez (P.), les révolutionnaires, après avoir décidé la soustraction du contentieux administratif aux tribunaux judiciaires » ont essayé « de justifier cette solution par des raisons logiques tirées de la *séparation des pouvoirs* », *Traité de droit constitutionnel*, préc., pp. 862-863.

[7] Carré de Malberg (R.), *Contribution…*, préc., Tome 2, p. 115 et s., note 3.

[8] Esmein (A.) cite Laferrière à l'appui de cette théorie, *op. cit.*, pp. 431-432.

[9] Pour Duguit (L.), c'est sous l'influence des théories de Montesquieu que l'Assemblée de 1789 « a enlevé la connaissance des procès publics (à l'ordre judiciaire) et créé logiquement les éléments du contentieux administratif moderne », *Traité de droit constitutionnel*, préc., Tome 2, p. 679.

[10] Selon Jèze (G.), la séparation des autorités administrative et judiciaire est établie par les révolutionnaires sur des raisons d'ordre politique et justifiée par le principe de séparation des pouvoirs, *Éléments de droit public et administratif*, Paris, Giard & Brière, 1910, p. 107.

[11] En ce sens, v. par exemple Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, 2^{e} éd., Paris, Pichon, 1901, Tome 1, p. 21. Plus récemment, v. la tentative de Cohen (D.) visant à démontrer le bien fondé de cette thèse dans son ouvrage *La Cour de cassation et la séparation des autorités administratives et judiciaires*, Paris, Economica, 1987, not. pp. 15-101. Rappr. Terré (F.), *Introduction générale au droit*, 5^{e} éd., Paris, Dalloz, 2000, p. 125.

[12] Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987. Notes Chevalier (J.), *AJDA*, 1987, p. 345 ; Favoreu (L.), *RFDA*, 1987, p. 301 ; Gaudemet (Y.), *RDP*, 1987, p. 1341.

139. Bâtie sur une contre-vérité historique, cette décision permet de justifier constitutionnellement l'existence de la justice administrative[1]. La dénonciation de son caractère mythique peut sans doute être nuancée[2]. Elle a en tout cas le mérite de relativiser l'influence du principe de séparation des pouvoirs sur l'aménagement des institutions juridictionnelles, alors que l'emprise de cette règle sur les conceptions du juge élaborées par les docteurs pouvait laisser croire qu'elle constituait la clé permettant d'en saisir tous les ressorts. Cette mise en perspective, rapprochée d'autres travaux questionnant la valeur explicative du principe de séparation des pouvoirs[3], minore son importance. Elle ne remet pas en cause pour autant la toute puissance de la figure légale dans les représentations juridiques de la fonction de justice.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

140. Qu'il s'agisse de découvrir le fondement du pouvoir justicier ou de définir la place de l'administration judiciaire au sein de l'État, les juristes ont, depuis la redécouverte des droits savants au XII^{e} siècle, systématiquement fait retour à la figure légale. C'est par la loi, principe et source de toute autorité publique, que les tribunaux sont habilités à remplir leur fonction. C'est par rapport au législateur que le juge voit son statut déterminé. Changeant de visage selon l'époque où elle s'exprime et l'objet auquel elle s'applique, l'emprise de la figure légale sur les représentations de la justice a continûment marqué la manière dont a été théorisée la légitimité institutionnelle du pouvoir de juger. Mais si elle surplombe, par son autorité, la puissance du justicier qu'elle justifie dans son action, la loi apparaît également comme un élément essentiel à la définition de l'activité juridictionnelle.

[1] Velley (S.), *op. cit*, p. 778.
[2] Vedel (G.), « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », préc., p. 708.
[3] V. les travaux de Troper (M.) sur la séparation des pouvoirs, *op. cit.* ; rappr. Gaudemet (P.), « La séparation des pouvoirs. Mythe et Réalité », *D.* 1961, chron. 23 ; Van Welkenhuysen (A.), « La séparation des pouvoirs, notion à contenu variable », *in* Perelman (C.) et Vander Elst (R.), dir., *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 113 ; et plus récemment Pimentel (C.-M.), « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs*, 2002, n° 102, p. 119.

Chapitre 2

LA CENTRALITE DE LA LOI DANS L'ACTIVITE JURIDICTIONNELLE

141. Dans la tradition juridique française, le juge est décrit comme un rouage accomplissant, dans ses décisions individuelles, les plans dressés par le législateur. Les traités médiévaux l'attestent, qui voient dans l'office du magistrat une charge tout entière orientée vers la mise en œuvre des lois et, aujourd'hui encore, les images savantes du droit portent la marque de cette conception. Encore convient-il de remarquer que l'explication de la juridiction par renvoi à la réalisation de la législation est susceptible de plusieurs significations et de multiples déclinaisons. Les évolutions dogmatiques relatives à l'essence des règles juridiques et aux modalités de leur application occasionnent ainsi une transformation des représentations de la fonction de juger, alors même que celle-ci demeure définie comme une opération de concrétisation de la loi (Section 1). Par ailleurs, la soumission du magistrat aux lois conditionnant la justice du jugement ne préjuge pas de l'évolution, tant formelle que substantielle, de ces dernières dans le discours des juristes savants (Section 2).

Section 1

L’application de la loi, objet de l’activité du juge

142. A l'aide d'outils conceptuels hérités du *corpus* justinien et perpétuellement remaniés, les dogmaticiens médiévaux, puis leurs successeurs, ont défini la compétence des juges et catégorisé leurs multiples attributions. En deçà des évolutions de forme et de fond qui affectent ces représentations théoriques à travers les siècles, la mission d'application de la loi dévolue aux magistrats demeure inchangée. Cette évidente continuité, qui s’explique notamment par le polymorphisme de la figure légale, n'exclut pas de profondes évolutions. Gardien traditionnel, sous l'Ancien Régime, d'une loi monarchique lacunaire qu'il contribue à écrire en s'inspirant de la justice divine (§ 1), le magistrat voit sa fonction considérablement réduite par la Révolution française. Celle-ci impose un modèle rationaliste du jugement et cantonne le juge à la mise en œuvre logique du texte émanant du législateur (§ 2).

§ 1. LE JUGE, GARDIEN TRADITIONNEL DES LOIS

143. Pour les légistes qui mettent en formules l’exercice du pouvoir institutionnel, la puissance de juger est un objet d’étude privilégié. Profitant à partir du XII^{e} siècle de l’essor des droits savants, ce thème va donner lieu à la production d’une importante littérature juridique jusqu’à la fin de l’Ancien Régime. Si le champ institutionnel et les préoccupations doctrinales évoluent, les dogmaticiens ont avec constance cherché à serrer au plus près les éléments constitutifs de l’activité judiciaire. Ils ont pour cela déterminé précisément l’étendue de la compétence des magistrats (A) tout en insistant sur la profondeur de l’acte de jugement, opération cruciale dont l’essence réside dans la juste application de la loi (B).

A. Étendue de la competence des magistrats

> « La iurisdiction (…) prise généralement se peut definir une puissance publique de rendre droict, & administrer iustice. »
>
> Louys Charondas le Caron, *Somme rural, ou Grand coustumier général de practique civil et canon*, composée par Jean Boutillier, revue par Louys Charondas le Caron, Paris, 1603, p. 18.

144. Confiée à des sujets dotés d'un pouvoir de *jurisdictio*, l'administration de la justice est pensée à travers cette notion issue du droit romain. Mais malgré les efforts développés par les savants pour en déterminer précisément les multiples facettes, cette catégorie juridique ne permet pas de rendre compte matériellement de la compétence des magistrats (1). La variété de leurs attributions, tant de justice que de police, fait obstacle, il est vrai, à une définition synthétique de l'activité des juges par les jurisconsultes (2).

1 – Contenu de la *jurisdictio*

145. Usant de l'art de la distinction, les docteurs de l'ancien droit fragmentent à l'extrême la *jurisdictio* pour mieux rendre compte des multiples facettes du pouvoir des magistrats (a). Menaçant la cohésion de cette notion, ce fractionnement conduit à en rechercher l'unité, non dans sa finalité pacificatrice, mais dans sa qualité de pouvoir juridique formel donnant compétence aux magistrats (b).

a – La jurisdictio *fragmentée*

146. Réintroduite par les juristes médiévaux dans les représentations du pouvoir, la notion de *jurisdictio* demeure tout au long de l'Ancien Régime l'outil polysémique grâce auquel les jurisconsultes désignent la puissance du justicier légitime. Cette « dignité, par laquelle les seigneurs ont pouvoir de faire iustice des méfaits & plaintes qui sont faictes en leur terre »[1], telle que la définit Boutillier au XIV^e^ siècle, renvoie à la fois à une puissance et à une activité. Quatre siècles plus tard et quelques années avant la Révolution, Ferrière s'en tient toujours à ces deux principes essentiels, qui voit dans la *jurisdiction* « l'autorité publique, accordée à celui qui en est pourvu, pour connoitre & juger des différends des Particuliers »[2].

147. Une telle permanence ne doit cependant pas faire croire à l'existence d'un concept homogène articulant deux éléments simples rigoureusement circonscrits. D'une part, les docteurs établissent des distinctions théoriques permettant de différencier plusieurs degrés de pouvoir rangés sous cette notion générale[3]. D'autre part, ils la déclinent selon diverses modalités pour identifier les multiples formes

[1] *Somme rural, ou Grand coustumier général de practique civil et canon*, composée par Boutillier (J.),1^e^ éd. 1387, revue par Louys Charondas le Caron, Paris, 1603, p. 8.
[2] Ferrière (C.-J. de), *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, 1771, Tome 2, *V°* Jurisdiction, p. 97.
[3] *Supra* n° 23.

d'exercice de la justice, et par extension les nombreux organes en charge de la rendre. L'*Encyclopédie* offre un éclatant témoignage de cette fragmentation conceptuelle : ses auteurs présentent la « Jurisdiction » en quelques lignes[1] avant d'enrichir cette définition de plus de cinquante catégories, chacune soumettant la notion à un prédicat particulier[2].

148. Le morcellement de cette notion est opéré avec une rigueur particulière dans le *Traité de l'administration de la Justice* publié en 1771. Jousse y reprend la distinction romaine classique opposant la « Jurisdiction proprement dite » à la « puissance publique, appelée *imperium* »[3]. Mais il propose également à titre accessoire une série de critères pour analyser de manière plus fine le pouvoir des magistrats[4]. Considérant successivement la Jurisdiction « par son objet », « par rapport à son étendue » et en fonction de ses fondements juridiques, le jurisconsulte dresse une typologie complexe. Il énonce une série de doublets conceptuels permettant de quadriller la « Jurisdiction en général » et d'en révéler les aspects particuliers. Il oppose ainsi terme à terme « Jurisdiction civile » et « Jurisdiction criminelle », « Jurisdiction pleine et entière » et « Jurisdiction imparfaite ou limitée », « Jurisdiction volontaire » et « Jurisdiction contentieuse », « Jurisdiction ordinaire » et « Jurisdiction extraordinaire ». Il divise enfin la « Jurisdiction, en Jurisdiction propre, en Jurisdiction prorogée, & en Jurisdiction déléguée ». Dans ce tableau, l'émiettement de la notion générique n'exclut cependant pas sa cohésion.

b – La jurisdictio *unifiée*

149. En dressant la carte de la *jurisdiction* et en éclairant les lignes de fracture qui la parcourent, Jousse cherche à cerner au mieux la complexité de l'appareil judiciaire de la fin de l'Ancien Régime. Mais la variété des points de vue adoptés, l'absence de hiérarchisation entre les critères de distinction proposés et le recours à une casuistique complexe pour en éclairer le sens ne permettent pas de préciser aisément la nature de la matière juridictionnelle. Pourtant, en deçà des multiples distinctions qu'il établit, le jurisconsulte offre la clé autorisant à penser cette notion dans son unité.

150. Selon la définition la plus générale qu'il en propose[5], la *jurisdiction* désigne un ensemble de pouvoirs dont la finalité est d'assurer la résolution des causes civiles

[1] « *jurisdictio, quasi potestas jus dicendi*, est le droit de rendre la justice à quelqu'un. Quelquefois le terme de *jurisdiction* est pris pour le tribunal où se rend la justice, ou pour les officiers qui la composent. Quelquefois aussi ce terme signifie le territoire qui dépend du tribunal, ou bien l'étendue de sa compétence », *V°* Jurisdiction (Jurisprud.), *Encyclopédie…*, préc., Tome 9, p. 72.

[2] Outre les multiples juridictions de corps particuliers, sont envisagées successivement les jurisdictions civile, coactive, commise, contentieuse, correctionnelle, criminelle, déléguée, ecclésiastique, entière, extérieure, extraordinaire, extravagante, féodale, gracieuse, intérieure, oeconomique, ordinaire, pénitentielle, personnelle, privée, propre, prorogée, réelle, royale, séculière, simple, spirituelle, subalterne, supérieure, temporelle, volontaire…, *Encyclopédie…*, préc., Tome 9, pp. 72-81.

[3] Jousse (D.), *Traité de l'administration de la Justice*, préc., vol. 1, p.12.

[4] Jousse (D.), *op. cit.*, p. 12 et s.

[5] « La jurisdiction considérée en général, comprend toute connoissance, prononciation, réglement ou décision, en quelque cause que ce soit, Civile ou Criminelle », Jousse (D.), *op. cit.*, p. 1.

ou criminelles. Conforme à la tradition théorique précédemment évoquée, cette formule vise une somme de prérogatives juridiques identifiables grâce à un critère téléologique. Mais en dépit de son caractère opératoire, ce cadre s'avère trop étroit pour rendre compte de la variété des droits attachés à la « Jurisdiction des Magistrats ». La mission pacificatrice des juges s'avère en effet insuffisante pour rendre compte de l'intégralité de leur puissance institutionnelle et l'éminent processualiste doit reconnaître que celle-ci renferme certains actes sans rapport « à la jurisdiction proprement dite »[1].

151. Revenant sur les fonctions essentielles de la « Jurisdiction des Juges » quelques pages plus loin[2], Jousse reconnaît implicitement que le critère finaliste, antérieurement mis en exergue pour la définir, ne permet de l'identifier qu'imparfaitement. Le flou de la notion joue en faveur d'une interprétation organique la confondant avec la compétence générale des magistrats. Elle inclut, en effet, l'ensemble des prérogatives leur étant conférées quelle que soit leur nature. Parmi elles, le pouvoir de « connoître des causes et différents des Particuliers » est expressément cité, mais il n'épuise pas l'ensemble des pouvoirs de jurisdiction susceptibles de leur être attribués « par des concessions particulières »[3]. Signe avant-coureur d'une forme de positivisme juridique qui s'épanouira après la Révolution, l'unification conceptuelle de la juridiction par sa réduction à la compétence laisse entière la question des attributions réelles conférées aux magistrats.

2 – ATTRIBUTIONS DES JUGES

152. Constatant la variété des fonctions exercées par les parlementaires des Cours souveraines, Bernard de la Roche-Flavin en rend compte en ces termes : « la Magistrature estre composée de plusieurs & diverses charges distinctes, & différentes ; & la fin d'icelles n'estre que paix, union, bien & utilité publique »[4]. La formule est ample et recouvre les deux tâches principales des juges d'Ancien Régime : l'exercice de la justice (a) et l'administration de la police qui en découle (b).

a – La justice

153. Vertu, institutions et pratiques peuvent incarner tour à tour la notion de *Justice*, mais dans sa dimension la plus concrète, celle-ci désigne l'activité du magistrat tranchant les litiges. Pour les anciens auteurs, la fonction judiciaire consiste d'abord à « faire droict entre les parties »[5] et c'est à cette fin que les juges sont institués. Les ouvrages de *Pratique Judiciaire* rappellent dans leurs propos introductifs cette qualité première du magistrat qui « benignement preste audience »

[1] *Ibid.*
[2] Jousse (D.), *op. cit.*, p. 16.
[3] *Ibid.*
[4] La Roche-Flavin (B. de), *op. cit.*, Liv. VIII, Chap. 65, p. 535.
[5] Boutillier (J.), *Somme rural…*, préc., p. 5.

aux « deux litigans » et « en administrant droicte iustice, pronunce la sentence contre l'un des deus, condamnant l'un, & donnant sentence au profit de l'autre »[1].

154. Rempli selon Loyseau par « les principaux de chacun Village » à qui le peuple « se rapportoit de ses différends, & même de la punition des coupables » avant « que la Monarchie françoise commença »[2], l'exercice de la justice n'a jamais été exclusivement réservé aux magistrats. Dans le discours des jurisconsultes, les figures de la conciliation infra-judiciaire[3] côtoient souvent les voies de la justice institutionnelle[4]. Au point d'ailleurs que les frontières conceptuelles s'en trouvent brouillées comme en témoigne Domat : « quoique les arbitres ne soient pas juges par un titre qui leur donne absolument cette qualité (…), ils exercent les mêmes fonctions que feraient les juges »[5].

155. Les magistrats ne sont donc pas les seuls dotés de « la faculté de décider les différens des particuliers » [6]. Mais, au contraire des médiateurs ne relevant pas de l'ordre judiciaire, ils exercent « une puissance légitime » dont la fonction est de faire à la fois « accomplir le devoir » et « cesser le désordre » [7]. De cette qualité particulière découlent leurs attributions en matière de juridiction volontaire et de pouvoir réglementaire. Le Roi a en effet délégué aux officiers « sa justice et ce qui en procède de façon connexe, à savoir la Police »[8].

b – La police

156. A l'image des conceptions médiévales, qui font du juge le garant de l'ordre social autant que l'arbitre des différends privés, les magistrats connaissent longtemps sans distinction « de l'administration de la Justice et de l'administration de la Police »[9]. Cette confusion persiste jusqu'au XVI^{e} siècle, époque à laquelle Bacquet élabore pour la première fois[10] une différenciation fonctionnelle entre ces deux prérogatives. Dans son *Traicté des droicts de iustice*, il pose que les « droict de Iustice, & de Police, n'ont rien de commun l'un avec l'autre »[11] et établit ainsi une distinction reprise et approfondie par la plupart des publicistes du XVII^{e} siècle.

---

[1] Josse de Damhoudere, *Practique iudiciaire es causes civiles*, Anvers, 1572, p. 1.
[2] Loyseau (Ch.), « Discours de l'abus des justices de village », préc., p. 1.
[3] Sur *L'infra-judiciaire du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, v. les actes du colloque de Dijon (5-6 octobre 1995), Garnot (B.), dir., Dijon, Presses universitaires de Dijon, 1996.
[4] Sur ce point, v. les premières pages de l'article de Clère (J.-J.), « Recherches sur l'histoire de la conciliation en France aux XVIII^{e} et XIX^{e} siècles », *MSHDI*, n° 46, 1989, p. 191.
[5] Domat (J.), « Le droit public », préc., Livre II, Titre VII, sect. 1, p. 151.
[6] Ferrière (C.-J. de), *Dictionnaire de droit et de pratique*, préc., Tome 2, V° Juge, p. 78.
[7] *Ibid.*
[8] Payen (P.), *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^{e} siècle. Dimension et doctrine*, Paris, PUF, 1997, p. 174.
[9] Sicard (G.), « Administration et justice dans l'histoire des institutions françaises », préc., p. 77.
[10] Boulet-Sautel (M.), « Police et administration en France à la fin de l'Ancien Régime », préc., p. 50.
[11] Bacquet (J.), *Traicte des droicts de iustice*, préc., p. 444.

157. Véritable « innovation épistémologique et technique » permettant au savoir gouvernemental de s'appliquer aux hommes[1], le droit de police consiste essentiellement à « faire des reglemens particuliers pour tous les citoyens »[2]. Théoriquement, cette attribution « excede la puissance d'un simple juge qui n'a pouvoir que de prononcer entre le demandeur & le defendeur »[3] mais, en pratique, les magistrats exercent fréquemment les deux activités : s'il y a des « charges dont les fonctions sont mêlées de justice et de police, d'autres qui n'ont que des fonctions de justice sans police ; (…) il n'y en a point qui aient la direction de la police sans quelque administration de justice, car les réglemens de la police ne peuvent s'observer sans le ministère de l'autorité propre à la justice »[4].

158. S'exprimant sous la forme majestueuse d'arrêts de règlement émis par les cours souveraines ou sous la forme mineure d'ordonnances rendues par les juges inférieurs, le pouvoir de police s'exerce dans les domaines les plus variés[5]. Les anciens auteurs ne sont pas unanimes sur l'étendue de la compétence des diverses juridictions. Pour autant, dans les représentations juridiques du XVIII^{e} siècle, la police générale demeure « indissociable de la fonction judiciaire »[6] et ressortit de manière privilégiée au Parlement « à cause précisément de sa mission de juger sans appel »[7]. Expression par délégation du pouvoir royal, l'arrêt de règlement est au « service de la loi et du roi » mais confine en pratique à l'exercice d'une fonction législative autonome. Il est l'une des faces « de la liberté plénière que les jugements en équité illustrent en matière de procès »[8].

[1] Napoli (P.), « "Police" : la conceptualisation d'un modèle juridico-politique sous l'Ancien Régime », *Droits*, 1994, n° 20, p. 194.
[2] Loyseau (C.), « Traicté des seigneuries », préc., Chap. IX, § 3, p. 47.
[3] *Ibid.*
[4] Domat (J.), « Le droit public », préc., Livre II, Titre I, sect. 1, p. 124.
[5] Pour une vue d'ensemble, v. Mestre (J.-L.), *Introduction historique au droit administratif français*, préc., p. 160 et s. ; rappr. Payen (P.), *op. cit.*, pp. 164-170 ; pour un exemple particulier, v. Hildesheimer (F.), « Les Parlements et la protection sanitaire du Royaume », *in* Poumarède (J.) et Thomas (J.), dir., *Les Parlements de province.…*, préc., p. 483 et s.
[6] Payen (P.), *op. cit.*, p. 501.
[7] *Ibid.*
[8] Payen (P.), *op. cit.*, p. 457.

B. PROFONDEUR DE L'ACTE DE JUGEMENT

> « Nous observons que la Justice en général enferme deux choses (…) ; car on appelle Justice l'équité ou la rectitude de la Loi, & l'on appelle encore Justice l'observation de la Loi. L'équité de la Loi n'est autre chose que la Justice de Dieu qui est le principe de toute Loi, & qui justifie par sa seule volonté tout ce qu'il ordonne ; & l'observation de la Loi est la justice des hommes, qui ne consiste qu'en la conformité de leurs actions à la Loi qui les doit régler. »
>
> Jean Domat, « Harangue prononcée aux assises de l'année 1666 », *in Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, Paris, 1771, Tome 2, p. 208.

159. Dans la seconde partie du Moyen Âge, l'essor des droits savants est l'occasion pour les juristes d'élaborer un cadre conceptuel définissant la nature de l'activité judiciaire. Le juge est alors envisagé alternativement dans son rôle de gardien de la légalité humaine et de garant de la justice divine (1). Ces deux figures, qui parfois s'excluent mais le plus souvent s'articulent, constituent le socle sur lequel sont édifiées les représentations de l'acte de jugement dans les discours juridiques de l'âge classique : à cette époque, la fonction judiciaire des Parlements va être pensée tour à tour à l'aune de ces deux impératifs de justice que sont le respect de l'équité et l'application des ordonnances royales (2).

1 – LE JUGE MEDIEVAL, ENTRE LA LOI ET LA JUSTICE[1]

160. En deçà des controverses et des querelles doctrinales, les juristes du Moyen Âge s'accordent pour exiger des juges le respect de lois dont ils doivent pénétrer le maquis (a). Dans la scolastique médiévale, cette figure est contrebalancée par de fréquents renvois à la justice, figure théologique qui pose la question du jugement relevant, non plus de loi, mais de la conscience du juge et de l'équité naturelle (b).

a – Juger d'après les lois

161. A l'origine de la renaissance du droit romain au milieu du Moyen Âge, les glossateurs sont amenés à rendre compte de l'exercice professionnel du juge médiéval. Dès le XII^e^ siècle, ils posent le principe, dont les précédents sont romains, selon lequel le magistrat « doit juger "*selon les lois*", c'est-à-dire dans le cadre du droit existant »[2]. Cette opinion participe d'une « mystique de la loi »[3] partagée par

[1] Le titre de ce paragraphe est inspiré de l'article de Carbasse (J.-M.), « Le juge entre la loi et la justice : approches médiévales », *in* Carbasse (J.-M.) et Depambour-Tarride (L.), dir., *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999.
[2] Carbasse (J.-M.), *op. cit.*, p. 76.
[3] Cette formule d'Ernst Kantorowicz est reprise et explicitée par Gouron (A.), « Continuité et discontinuité dans l'histoire du législatif médiéval… », *in* Genet (J.-P.), dir., *L'État moderne : genèse…*, préc., p. 218.

les spécialistes du droit canon[1]. Comme les romanistes, ces savants posent à la charge des juges une obligation de « légalité » en décrétant que « les jugements doivent être *legibus fondata* »[2].

162. Clairement exprimé dans les représentations juridiques savantes et largement partagé par les auteurs, ce principe est assoupli par le caractère composite du « bloc de légalité »[3] appliqué par les magistrats. A la fin du Moyen Âge, le droit varie selon les régions et fait une place majeure à la coutume[4]. Les *établissements* royaux ne représentent alors qu'une part minime des sources juridiques susceptibles d'être utilisées par les juges pour trancher les causes qui leur sont soumises. Révélateur de cet état de fait, Saint Louis, dans le serment qu'il fait jurer aux baillis et sénéchaux de Carcassonne et de Beaucaire, leur demande de « faire droit » aux sujets « selon les droits, les usages, et les coutumes approuvés dans chaque lieu »[5].

163. Il est vrai qu'à la même période, le développement d'un appareil administratif chapeautant l'organisation judiciaire[6] permet au roi de s'assurer la maîtrise des sources du droit de manière discrète mais efficace [7]. Sous couvert de garder les coutumes et les appliquer telles qu'elles sont, les juges royaux disposent du pouvoir d'apprécier le caractère raisonnable ou déraisonnable de ces dernières et, le cas échéant, d'en écarter l'application[8]. Dispensant ses précédents judiciaires, le Parlement corrige l'application des *consuetudines* par les magistrats inférieurs et contrôle l'évolution de la coutume générale. Ce phénomène, qui précède le mouvement de rédaction officielle des coutumes à partir du XV^e^ siècle[9], témoigne de la liberté dévolue en pratique au juge médiéval. L'autonomie de ce dernier est par ailleurs théorisée par des juristes savants qui multiplient les références à la conscience du juste censée l'habiter.

---

[1] Gratien reprend en effet cette règle, en invoquant saint Ambroise dans le canon *Judicet ille* (C.3, q.7, c.4), cité par Carbasse (J.M.), *op. cit.*, p. 76.

[2] Ourliac (P.), « L'office du juge dans le droit canonique classique », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 635.

[3] L'expression est de Carbasse (J.-M.), *op. cit.*, p. 77.

[4] La dimension coutumière du droit et ses évolutions du début du Moyen Âge à la fin de l'Ancien Régime sont analysées par Carbasse (J.-M.), « Contribution à l'étude du processus coutumier : la coutume de droit privé jusqu'à la Révolution », *Droits*, 1986, n° 3. V. également Gaudemet (J.), *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, Montchrestien, 1997, pp. 31-61. Plus généralement, pour un panorama de la France coutumière, v. les riches développements de Ourliac (P.) et Gazzaniga (J.-L.), *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris, Albin Michel, 1985. Pour une vue synthétique du sujet, on peut se reporter à Beauthier (R.), *Droit et genèse de l'État*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 165 et s.

[5] Ordonnance pour la réformation des sénéchaussées de Carcassonne et de Beaucaire, décembre 1254, art. 2, Isambert, *Anciennes lois…*, I, p. 267, traduit et reproduit par Carbasse (J.-M.), *op. cit.*, p. 77.

[6] *Supra* n° 39 et s.

[7] Gouron (A.) explique l'essor brisé du pouvoir législatif des Rois de France au XIII^e^ siècle entre autres par le fait qu'en matière pénale comme en matière civile, on voit « la nature législative de la source comme happée par le droit coutumier qu'applique la juridiction », *op. cit.*, p. 224.

[8] Sur la maîtrise des coutumes par les juges royaux et notamment les parlementaires à partir du XIII^e^ siècle, v. l'article de Hilaire (J.), « La procédure civile et l'influence de l'État. Autour de l'appel », *in* Krynen (J.) et Rigaudière (A.), dir., *Droits savants et pratiques…*, préc., p. 151. Sur les origines du contrôle royal des coutumes, rappr. Guillot (O.), Rigaudière (A.) et Sassier (Y.), *Pouvoirs et institutions dans la France médiévales…*, 2^e^ éd., préc., Tome 2, p. 145.

[9] Gaudemet (J.), *op. cit.*, pp. 38-45.

b – Juger selon la justice

164. L'ancrage de la fonction de juger dans le sacré est un héritage des temps carolingiens, époque à laquelle le juge régulateur des conflits devient également « ministre d'une théophanie »[1]. Avec le bouleversement des pratiques procédurales du XII[e] et XIII[e] siècles[2], le jugement de Dieu, jusqu'alors exprimé à travers les ordalies, est intériorisé pour ne plus relever que de la conscience du juge, « source de rationalité juridique (…) reposant en dernière analyse sur une délégation divine »[3]. Ce processus est sensible dans le discours des juristes du Moyen Âge qui réconcilient dans la fonction de juger l'application du droit posé par l'homme et le respect du juste comme expression de la volonté divine[4].

165. Si, pour ces savants, le droit et le juste sont « dans un rapport partout assuré »[5], l'hypothèse de leur contradiction est néanmoins envisagée. A l'image de saint Thomas d'Aquin, les théologiens et les canonistes s'accordent pour faire prévaloir le second, estimant que « si le texte de la loi contient quelque chose de contraire au droit naturel, elle est injuste et donc elle n'oblige pas »[6]. Comme dans le cas des lacunes législatives[7], le juge doit alors juger en équité, c'est-à-dire conformément à la loi divine[8]. Cette conception n'est pas adoptée par la majorité des romanistes qui privilégient une conception légaliste ne faisant « prévaloir l'équité sur le droit strict que dans la mesure où celle-ci a été au préalable formulée dans une loi (*equitas scripta)* »[9]. Ce débat, auquel on pourrait adjoindre d'autres controverses importantes[10], témoigne de la réflexion approfondie sur l'exercice de la justice menée par les juristes savants du Moyen Âge.

---

[1] Jacob (R.), « Jugement des hommes et jugement de Dieu à l'aube du Moyen Âge », *in* Jacob (R.), dir., *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996, p. 79.

[2] Sur le rôle de saint Louis dans la réforme des mœurs procédurales au XIII[e] siècle, v. Boulet-Sautel (M.), « Quelle justice ? Louis IX Roi de France », *in* Université Panthéon-Assas (Paris II), *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 1125.

[3] Jacob (R.), « Le jugement de Dieu et la formation de la fonction de juger dans l'histoire européenne », *APD*, 1995, Tome 39, p. 90.

[4] Mayali (L.), « Entre idéal de justice et faiblesse humaine : le juge prévaricateur en droit savant », *in Justice et justiciables – Mélanges Henri Vidal*, Montpellier, Faculté de droit, d'économie et de gestion, 1994, p. 93. Selon cet auteur, « les juristes médiévaux, avaient, à la suite de Bulgarus, su très tôt formuler les lignes de force en combinant la pensée juridique romaine, marquée par les stoïcisme, et la tradition chrétienne où la justice, comme l'équité, était considérée comme expression de la volonté de Dieu », *ibid.*

[5] Mayali (L.), *op. cit.*, p. 92.

[6] IIa IIae, 60, 5, traduit et cité par Carbasse (J.-M.), *op. cit.*, p. 80.

[7] Selon saint Thomas, le magistrat recourt au jugement en équité « lorsque la loi écrite est contraire au droit naturel ou lorsqu'elle est lacunaire, n'ayant pu prévoir tous les cas particuliers… », IIa IIae, 60, 5, traduit et cité par Carbasse (J.-M.), *op. cit.*, p. 80, note 3.

[8] Sur la formation du concept d'équité en droit canonique, v. Échappé (O.), « L'équité en droit canonique », *Justices*, 1998, n° 9, p. 7 et s.

[9] Carbasse (J.-M.), *op. cit.*, p. 81.

[10] Il faut mentionner ici les discussions relatives aux hypothèses de contradiction entre les preuves présentées par les parties et les faits réels dont le juge a eu connaissance. Cette question qui aborde de front le problème de la conscience du magistrat a pris une importance considérable dans les débats juridiques savants de l'époque médiévale. Sur ce sujet, v. not. Padoa-Schioppa (A.), « Sur la conscience du juge dans le *ius commune* européen », *in* Carbasse (J.-M.) et Depambour-Tarride (L.), dir., *op. cit.*, pp. 95-129.

166. La pratique judiciaire des Parlements[1] fait écho à ces problématiques également relayées par les représentations théoriques de la royauté. Ainsi, Gilles de Rome, dans son *De regimine principum*, affirme dans la seconde moitié du XIII^e^ siècle que les lois lient le roi mais que celui-ci, en sa qualité de juge, est néanmoins au-dessus de ces dernières « de manière à les adapter aux circonstances et à agir selon l'équité »[2]. Appliquant la justice du roi, et bénéficiant à ce titre d'une « souveraineté d'emprunt »[3], le Parlement dispose de cette prérogative cruciale qui devient très vite un enjeu de pouvoir disputé entre les juges souverains et l'entourage royal.

2 – LES PARLEMENTS ROYAUX, GARANTS DE L'EQUITE ET GARDIENS DES ORDONNANCES

167. Forgeant les représentations du juge médiéval, la dialectique du jugement légal et du jugement juste se retrouve dans le discours juridique des organes de la monarchie triomphante. Pour mieux légitimer leur charge, les juges suprêmes élaborent en effet une rhétorique qui met en valeur leur pouvoir de rendre une justice reposant pour partie sur l'équité divine (a). Ne remettant pas en cause la supériorité des ordonnances, ces discours se voient cependant opposer une doctrine royale insistant sur la légalité de l'activité judiciaire (b).

a – L'équité des Parlements

168. Voyant dans les « Juges des Compagnies Souveraines » les « dépositaires de l'autorité du Prince, auquel il appartient d'être l'arbitre entre la Loi et l'équité »[4], Ferrière insiste, à la veille de la Révolution, sur l'exclusivité parlementaire du pouvoir de juger en équité[5]. Ce « juste tempérament de la Loi, qui en adoucit la rigueur »[6] permet à ces hauts magistrats de rendre une justice adaptée aux circonstances particulières du fait. Suffisamment définie « pour qu'elle pût être considérée comme une source du droit non écrit » distinguée de l'arbitraire judiciaire[7], l'équité occupe très tôt une place centrale dans les nombreuses mercuriales, harangues, et remontrances que prononcent les juges dans l'enceinte des Parlements.

---

[1] Hilaire (J.), « Enquêter et débattre : la décision judiciaire au Parlement de Paris », *in* Jacob (R.), dir., *op. cit.*, not. p. 111 et p. 114.
[2] Cité par Dunbabin (J.), Partie 5, chap. XVI, *in* Burns (J.H.), *Histoire de la pensée politique médiévale*, Paris, PUF, 1993, p. 457.
[3] Martin-Lebigre (A.), « Juger dans la France moderne », *in* Jacob (R.), dir., *op. cit.*, p. 156.
[4] Ferrière (C.-J. de), *Dictionnaire de droit et de pratique*, préc., Tome 1, *V°* Droit étroit, p. 543.
[5] Ferrière (invoquant Charondas en ses Pandectes, livre 1, chap. 5) : « Il n'y a parmi nous que les Juges souverains qui puissent quelquefois s'écarter dans leurs Jugemens de la rigueur de la Loi », *ibid.*
[6] Ferrière (C.-J. de), *op. cit.*, *V°* Équité, p. 600.
[7] Boyer (G.), « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », *in Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz / Sirey, 1960, Tome 2, p. 259. Selon cet auteur, « l'équité ne fut pas seulement un voile commode dissimulant tant bien que mal la partialité ou l'ignorance des juges, mais un système cohérent correspondant à des principes nettement définis », p. 282.

169. Ces discours perpétuent, dans un registre particulier, la sacralisation de la figure légale en forçant l'analogie entre le droit humain et la parole divine. Mais si les magistrats s'y soumettent à la loi, ils y revendiquent en même temps une relation privilégiée avec l'esprit de Dieu[1], les autorisant à vivifier la lettre du droit par l'équité[2]. Celle-ci est conçue comme « esprit des lois »[3] dont la découverte ressortit aux « prêtres de la Justice »[4]. Mise au service de cette thèse, la riche rhétorique des parlementaires la renforce[5] en permettant que « la plus grande partie des autorités et des arguments qui sont utilisés pour affirmer la nécessité de l'obéissance stricte à la lettre de la loi (…) servent effectivement à prouver la nécessité d'une interprétation fondée sur l'équité, en sorte que les magistrats semblent constamment reprendre d'une main ce qu'ils avaient concédé de l'autre »[6].

170. Exemplaire de cette problématique, la « Mercuriale des Gens du Roy » [7] datée de 1667 et consacrée à *La loi* par Guillaume de Lamoignon témoigne, sous couvert d'une apologie des lois, de la haute conception du rôle des juges que se fait alors le premier président du Parlement de Paris. Certes, « sans la force de la loi, le magistrat n'est rien », mais ajoute-t-il, « sans la voix du magistrat, la loi ne dit rien »[8], elle n'est qu'une « reine muette qui ne se peut faire entendre toujours elle-même »[9].

b – L'intangibilité des ordonnances

171. La reconnaissance d'un pouvoir de juger en équité dévolu aux magistrats royaux n'a longtemps fait l'objet d'aucune objection dans les discours fondant le renforcement du pouvoir monarchique[10]. Présente dans les représentations médiévales, elle se retrouve sous la plume de Jean Bodin, dans le *Juris Universi Distributio* qu'il publie quelques années avant de formaliser la notion moderne de souveraineté. Dans « cet exposé de l'art juridique » qui doit embrasser « à partir de ses principes la substance entière du droit et de l'équité »[11], Bodin considère que

[1] Rappr. *supra* n° 36 et n° 37.
[2] Renoux-Zagamé (M.-F.), « "Royaume de la loi" : équité et rigueur du droit selon la doctrine des Parlements de la monarchie », *Histoire de la justice*, 1998, n° 11, p. 56.
[3] Renoux-Zagamé (M.-F.), *op. cit.*, p. 57.
[4] Expression courante désignant les juges dans le discours de la magistrature d'Ancien Régime. V. par exemple D'Aguesseau dans sa mercuriale intitulée « L'Homme Public, ou l'attachement du Magistrat au service du Public », *in Œuvres*, préc., vol. 1, p. 120. Rappr. la Roche-Flavin (B. de) pour qui les juges représentent la personne divine « comme des Lieutenans & Vicaires », *op. cit*., Liv. 13, Chap. 10, p. 689.
[5] Renoux-Zagamé (M.-F.), « De la parole de Dieu à la parole de justice : l'éloquence judiciaire selon les juges monarchiques », *Droits*, 2002, n° 36, p. 3.
[6] Renoux-Zagamé (M.-F.), *op. cit.*, p. 59.
[7] BN, MS., NAF 2429, ff. 44-62, reproduit par Depambour-Tarride (L.), « Représenter une conscience : le portrait de Guillaume de Lamoignon par Robert Nanteuil », *in* Carbasse (J.-M.) et Depambour-Tarride (L.), dir., *op. cit*., pp. 221-225.
[8] Depambour-Tarride (L.), *op. cit.*, p. 222.
[9] *Ibid.*
[10] Thireau (J.-L.), « Le bon juge chez les juristes français du XVI[e] siècle », *in* Carbasse (J.-M.) et Depambour-Tarride (L.), dir., *op. cit*., p. 142.
[11] Bodin (J.), *Exposé du droit universel (Juris universi distributio)*, traduit par Jerphagon (L.), commenté par Goyard-Fabre (S.), Paris, PUF, 1985 (1[e] éd. 1580), p. 7.

« l'office du juge s'exerce sur ce qui ne figure pas dans la loi ou s'y trouve exposé avec trop d'obscurité, ou qui, dans le cas envisagé, paraît contraire à l'équité »[1].

172. Mais à l'occasion du combat que se livrent les Parlements et les légistes du Roi, les positions se durcissent notablement dans la doctrine juridique[2]. Auteur de *maximes generalles du droict françois* publiées en 1612, Pierre Delommeau considère ainsi que « les Magistrats quelques souverains qu'ils soient sont subjects aux loix du prince souverain, & tenus de iuger suyvant icelles, encore que ce soit contre leur conscience »[3]. Quant à Cardin Le Bret, représentant de l'absolutisme le plus rigoureux, il reprend cette théorie et la module en reconnaissant que « le juge peut donner son avis par forme d'interprétation, selon ce qu'il estime être le plus équitable » dans l'hypothèse où « le sens et les paroles de la loi sont douteux »[4]. Pour le fidèle conseiller du Roi, il est en revanche certain que si « la loi est claire & certaine alors le juge quel qu'il soit, est obligé de l'observer ponctuellement & sans s'en éloigner tant soi peu »[5].

173. Ces problématiques, dont le développement accompagne certaines tendances à l'unification du droit français[6], annoncent l'ordonnance de 1667[7] par laquelle Louis XIV rappelle sa toute puissance judiciaire : « Si dans les jugements des procès qui seront pendans en nos cours (…), il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes, nous leur défendons de les interpréter, mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer par-devers nous »[8]. Ce texte qui doit être replacé dans le contexte politique opposant la royauté à ses parlements[9] est révélateur de profondes évolutions dans les représentations de l'activité du juge. Réduisant la liberté de ces derniers, il annonce les conceptions mécaniques de la fonction judiciaire développées par les philosophes du XVIII^{e} siècle et reprises par les révolutionnaires.

---

[1] Bodin (J.), *op. cit.*, p. 79. Sur le rôle du juge dans cet exposé, v. le commentaire de Goyard-Fabre (S.), p. 139 et s.
[2] Thireau (J.-L.), *op. cit.*, not. pp. 141-149.
[3] Delommeau (P.), *Les maximes generalles du droict françois*, Rouen, 1612, vol. 1, p. 19.
[4] Cardin Le Bret, « Traité de la souveraineté du Roy », préc., p. 44.
[5] *Ibid.*
[6] Sur ce point, outre les ouvrages d'histoire des institutions, v. Gaudemet (J.), « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^{e}-XVIII^{e}) », *in La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, Leo S. Olschki, 1977, pp. 157-194 ; rappr. Gazzaniga (J.L.), « Le code avant le code », *in La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 21. On peut également consulter l'ouvrage d'Arnaud (A.-J.), *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969 ; ainsi que l'article de Vanderlinden (J.), « A propos de code et de constitution ou vers une nouvelle typologie des sources formelles du droit », *in Liber Amicorum John Gilissen*, préc., p. 427.
[7] Sur « l'ordonnance de 1667 et la défense d'interpréter », v. Hilaire (J.), *Histoire des institutions judiciaires*, Paris, Les cours de droit – Litec, 1994, p. 150. Plus généralement, sur les ordonnances de réformation de la justice, v. *infra* n° 213 et n° 214.
[8] Article 7 de l'ordonnance de 1667, reproduit par Jousse (D.) dans son *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, Paris, 1767, p. 6.
[9] Hilaire (J.), *op. cit.*, pp. 50-51.

§ 2. LE JUGEMENT, MISE EN ŒUVRE RATIONNELLE DE LA LOI

174. Malgré des efforts récurrents de réformation, la royauté s'avère incapable de contenir les pouvoirs exorbitants que ses juges s'attribuent sur le fondement d'une tradition monarchique incertaine. Les penseurs rationalistes du XVIII[e] siècle critiquent sévèrement l'arbitraire judiciaire qui en résulte et réclament, notamment en matière pénale, la stricte soumission des juges à la loi. Les acteurs de la Révolution française valident cette exigence, consacrant ainsi un mouvement que la royauté avait amorcé sans pouvoir le mener à son terme. Mais les députés de la Constituante vont bien au delà, élaborant une conception particulièrement restrictive du jugement à partir de laquelle s'opère la réorganisation de l'institution judiciaire dans son entier (A) et la redéfinition doctrinale de l'activité judiciaire (B).

A. LA TABLE RASE REVOLUTIONNAIRE

> « Les juges doivent être seulement chargés de juger les différends entre citoyens ; ainsi toute interprétation de la loi doit leur être interdite, et jamais il ne peuvent l'expliquer que sur un fait déjà arrivé. »
>
> Adrien Duport, séance du 29 mars 1790, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, Tome 3 – Assemblée constituante, Paris, éd. Henri Plon, 1860, p. 740.

175. Souhaitée par la majorité des Constituants, la table rase en matière judiciaire est vigoureusement réclamée dans les débats parlementaires dès les premiers jours de la Révolution. La volonté de rupture avec l'Ancien Régime se manifeste notamment par l'adoption d'une nouvelle formalisation théorique de l'art de juger que les révolutionnaires empruntent à certains philosophes du XVIII[e] siècle. Afin de réduire le pouvoir des juges, les députés insistent sur le caractère mécanique de l'activité judiciaire et réduisent celle-ci à une opération d'application de la loi (1). Cette conception oriente de manière décisive les discussions relatives à la refonte de l'administration de la justice et inspire les nouvelles institutions adoptées par les députés (2).

1 – MISE EN FORME THEORIQUE

176. Clairement conceptualisée par Montesquieu, qui en fait un trait caractéristique des gouvernements républicains, la soumission logique du juge à la loi devient pour les auteurs éclairés un *réquisit* de l'amélioration d'une justice criminelle vivement critiquée (a). En 1789, ce principe de légalité s'impose aux révolutionnaires. Réduisant l'acte de jugement à un syllogisme, ils assignent aux magistrats l'unique fonction de trancher les litiges par application de la loi générale de l'État aux faits particuliers de la cause (b).

a – Les antécédents philosophiques

177. Dans son travail de description des institutions humaines, Montesquieu est le premier à établir le lien unissant liberté politique et soumission stricte du juge à la loi. Analysant les formes de gouvernement, il constate que, dans le républicain, « il est de la nature de la constitution, que les juges suivent la lettre de la loi »[1]. Proche de la république en ce qu'elle garantit la liberté politique[2], la constitution d'Angleterre présente cette caractéristique : les juges y sont « la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur. »[3]. Cause de la nullité de la puissance judiciaire[4], cette conception du jugement est dans *l'esprit des lois* un modèle dénué de valeur normative[5]. Sa formulation rigoureuse ouvre néanmoins la voie, dans la seconde moitié du XVIII[e] siècle, à des revendications relatives à l'observance rigoureuse de la loi par les magistrats dans le domaine de la justice criminelle[6].

178. Le marquis italien Cesare Beccaria fut le fer de lance théorique de ce mouvement qui secoua l'Europe entière[7]. Suivant, selon ses propres mots, « les traces lumineuses » de « l'immortel président de Montesquieu »[8], il élabore, à partir d'une philosophie contractualiste et utilitariste, une théorie de la pénalité qui remporte un succès considérable en France[9]. Outre les appels à l'humanisation et à la rationalisation de la procédure qui y sont lancés, le *Traité des délits et des peines* est l'occasion pour l'aristocrate milanais de définir, en publiciste et non en théologien[10], la structure logique du jugement pénal : « 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 »[11].

179. Excluant toute interprétation de la loi et appelant une codification du droit, le principe de légalité ainsi exprimé va fortement marquer les esprits[12]. Il est repris par les philosophes qui fêtent Beccaria, avant de pénétrer à la toute fin de l'Ancien

[1] Montesquieu, *De l'esprit des lois*, préc., Part. 1, Liv. 6, Chap. III, p. 203.
[2] Manin (B.), « Montesquieu », *in* Furet (F.) et Ozouf (M.), dir., *Dictionnaire critique de la Révolution*, préc., p. 793.
[3] Montesquieu, *op. cit.*, Part. 2, Liv. XI, Chap. VI, p. 301.
[4] Timsit (G.), « M. le maudit, Relire Montesquieu », préc., not. pp. 624-628.
[5] Sur ce point, v. *supra* n° 106 et n° 108.
[6] Sur les « trois noms qui (…) ont le mieux illustré » ce mouvement théorique, v. Poumarède (J.), « Montesquieu, Voltaire, Beccaria », *in* Boucher (Ph.), dir., *La révolution de la justice*, préc., p. 103. Rappr. les développements de Royer (J.-P.) sur « la pensée des Lumières et la justice d'Ancien Régime », *Histoire de la justice*, préc., p. 185 et s.
[7] Badinter (R.), « Présence de Beccaria », *in* Beccaria (C.), *Des délits et des peines*, trad. Chevallier, Paris, Flammarion, 1991 (1[e] éd. 1764), p. 36.
[8] Beccaria (C.), *op. cit.*, p. 61.
[9] Publié en l'été 1764 à Livourne, le traité fut traduit en français par l'abbé Morellet dès la fin de 1765. Il reçut l'accueil enthousiaste des « encyclopédistes » et de Voltaire. Sur ces points, v. Godechot (J.), « Beccaria et la France », *in Regards sur l'époque révolutionnaire*, Paris, Privat, 1980, p. 39 et s.
[10] Beccaria (C.), *op. cit.*, « Avis au lecteur », p. 57.
[11] Beccaria (C.), *op. cit.*, chap. IV, p. 67.
[12] Carbasse (J.M.), *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF, 1990, pp. 305-306.

Régime une partie du monde judiciaire et de l'opinion publique[1]. Cette conception dont on trouve des traces dans les cahiers de doléances de 1789[2] imprègne si profondément les révolutionnaires qu'ils l'étendent au delà du domaine de la justice pénale et l'élèvent au rang de fondement commun aux nouvelles institutions judiciaires[3].

b – Les débats révolutionnaires

180. Couplé à la puissante attraction des représentations modernes, le rejet de l'appareil judiciaire monarchique conduit les Constituants à avaliser la théorie « mécaniste » de la fonction de juger[4]. Redéfini à l'ombre des figures du sujet de droit[5] - justiciable potentiel - et de la loi étatique[6] - nécessité naturelle - le rôle du magistrat est considérablement restreint. Il est réduit à sa portion congrue dans un univers juridique qui se reconstruit entre « d'une part la conscience des droits naturels et la connaissance des droits positifs, d'autre part, l'énergie juridique créée par les individus et l'efficacité de la norme publique »[7].

181. Dans la « cité idéale »[8] dont les députés élaborent les nouveaux principes, le juge « institué pour l'application de la Loi » a « pour but unique d'assurer l'exécution de tout ce qui est permis, d'empêcher tout ce qui est défendu »[9]. L'utopie rationaliste qui fait du magistrat un automate et du jugement un raisonnement syllogistique est très prégnante dans le discours des Constituants[10]. L'abbé Sieyès[11] n'y échappe pas, pour qui « en matière civile, comme en matière criminelle, il s'agit

[1] Schnapper (B.), « La diffusion en France des nouvelles conceptions pénales dans la dernière décennie de l'Ancien Régime », *in Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVI^e^-XX^e^ siècles)*, Paris, PUF, 1991, pp. 187-205.

[2] Le « résumé des cahiers sur la réforme judiciaire établi par la Chancellerie », reproduit en annexe de l'ouvrage de Seligman (E.) (*La justice en France pendant la Révolution (1789-1792)*, Paris, Plon, 1901, vol. 1, Annexe IV, art. 17, p. 492) présente comme un « vœu général » le fait que les tribunaux soient les simples « conservateurs des lois dont ils sont garants sans pouvoir s'en écarter ».

[3] Clère (J.-J.), « Les Constituants et l'organisation de la procédure pénale », *in* Vovelle (M.), dir., *La révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?* – Actes du colloque d'Orléans des 11-13 septembre 1986, Paris, PUF, 1988, vol. 2, p. 442.

[4] Halpérin (J.-L.), « Le juge et le jugement en France à l'époque révolutionnaire », *in* Jacob (R.), dir., *op. cit.*, not. pp. 238-239.

[5] Guibert-Sledziewski (E.), « L'invention de l'individu dans le droit révolutionnaire », *in* Vovelle (M.), dir., *op. cit*., vol. 1, p. 141. Du même auteur, rappr. « Individualité et modernité : regards sur une civilisation de l'individu », *in* Théry (I.) et Biet (C.), dir., *La famille, la loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, p. 363. Rappr., dans le même ouvrage, l'article de Bart (J.), « L'individu et ses droits », p. 351 et s.

[6] S*upra* Part. 1, Chap. 1, Sect. 1, § 2, A, n° 47 et s.

[7] Guibert-Sledziewski (E.), « L'invention de l'individu dans le droit révolutionnaire », préc., p. 141.

[8] Royer (J.-P.), *op. cit*., p. 271.

[9] Bergasse (N.), *Rapport du comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire présenté à l'Assemblée nationale*, Paris, 1789, p. 6.

[10] Sur cette question, v. Troper (M.), « La notion de pouvoir judiciaire au début de la révolution française », *in Mélanges offerts à Jacques Velu*, préc., Tome 2, not. pp. 832-834 ; Verpeaux (M.), « La notion révolutionnaire de juridiction », préc., not. pp. 40-41 ; rappr. Guastini (R.), « La fonction juridictionnelle dans la constitution de l'an III », *in* Dupuy (R.) et Morabito (M.), dir., *op. cit.*, p. 217 et s.

[11] Sur la figure historique majeure que fut Sièyes, v. Bredin (J.-D.), *Sieyès, la clé de la Révolution française*, Paris, de Fallois, 1988. Rappr. Bastid (P.), *Sieyès et sa pensée*, Paris, Hachette, 1970.

d'abord de mettre le *fait* soit *réel*, soit *personnel*, dans sa vérité ; ensuite de discerner en quoi le fait est contraire à la loi ; enfin de toucher celui qui en est responsable, et qui peut encourir la peine, ou devoir la réparation réglée par la loi »[1].

182. Pour l'Assemblée constituante, la transparence du juge garantit son asservissement à la loi et exorcise le souvenir des anciens Parlements. Exemplaire de cet état d'esprit, le député Bouchot affirme, lors de la séance du 5 juillet 1790, qu'on « ne saurait trop répéter aux juges qu'ils ne sont que les organes de la loi, et qu'ils doivent se taire quand elle n'a pas parlé »[2]. Nuancée par certains des révolutionnaires[3] avant d'être implicitement désavouée par les rédacteurs du Code civil[4], cette conception du jugement constitue néanmoins l'horizon théorique indépassable[5] des débats qui agitèrent, de la Constituante à l'Empire[6], les régimes à l'origine de l'organisation judiciaire contemporaine.

2 – MISE EN ŒUVRE PRATIQUE

183. Étouffées par des considérations plus pragmatiques lors des discussions relatives à la carte judiciaire, les préoccupations théoriques relatives à l'essence du jugement resurgissent avec une force particulière à l'occasion des controverses parlementaires relatives au référé législatif et au jury civil. L'adoption du premier (a) et le renoncement au second (b) ont été respectivement le résultat de l'assentiment du législateur à la théorie du jugement syllogisme et de sa méfiance à l'égard de certaines implications pratiques de cette conception.

a – Le référé législatif

184. Tenu de lire la loi – majeure du jugement – et de constater les faits – mineure du jugement – avant de rendre sa décision, le juge est théoriquement soumis à une nécessité qui s'impose à lui. Pour garantir en pratique cette exigence révolutionnaire et prévenir ainsi le retour de certaines pratiques de l'Ancien Régime, les députés s'efforcent de retirer au magistrat le « dangereux privilège d'interpréter la loi ou d'ajouter à ses dispositions »[7]. Un tel pouvoir lui permettrait en effet de

[1] Article 120 du plan sur *l'organisation de la justice et de la police* proposé par Sièyes, lu à l'Assemblée le jeudi 8 avril à l'occasion de la discussion sur les jurés, et reproduit dans la *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 4, p. 72.
[2] *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 5, p. 50.
[3] Sur les prémisses de cette évolution, v. Verpeaux (M.), *op. cit.*, not. pp. 41-43.
[4] V. *infra* n° 282 et s.
[5] Troper (M.) considère que l'Assemblée constituante adopte une conception du jugement « qui est aujourd'hui encore, malgré des signes d'évolution récente, au fondement du droit français », *op. cit.*, p. 832.
[6] Si les réformes napoléoniennes en matière judiciaire sont l'occasion de ressusciter certains traits de la justice d'Ancien Régime, il est non moins certain que c'est sur les fondations idéologiques révolutionnaires que Bonaparte fait reconstruire l'ordre judiciaire. Sur ce point, v. Halpérin (J.-L.), « L'Empire hérite et lègue », *in* Boucher (Ph.), dir., *La révolution de la justice*, préc., p. 221. V. également les réflexions de Bourdon (J.), *La législation du Consulat et de l'Empire. La réforme judiciaire de l'an VIII*, Rodez, Carrere, 1943, not. p. 474.
[7] Bergasse (N.), *Rapport du comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire…*, préc., p. 21.

modifier la majeure du syllogisme judiciaire et de se soustraire à la force obligatoire de cette opération mentale. Pour parer à de telles dérives, les révolutionnaires élaborent une réponse institutionnelle articulée autour d'un organe de cassation[1] et d'une procédure de référé à l'Assemblée[2].

185. Ce double mécanisme permet, d'une part, d'annuler « tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi »[3] et, d'autre part, d'éclaircir le sens de la volonté nationale en cas de doute sur cette dernière[4]. Une telle clarification peut être demandée *a priori* par les magistrats qui « s'adresseront au Corps-Législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle »[5]. Elle peut également leur être imposée *a posteriori* si une incertitude sur le droit fait durablement obstacle à la résolution d'un litige : le décret du 27 novembre-1er décembre 1790 prévoit en effet que lorsqu'un « jugement aura été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort, de la même manière que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au tribunal de cassation, qu'elle n'ait été soumise au Corps-Législatif »[6].

186. Adaptation au nouvel ordre politique d'un mécanisme pensé par l'ordonnance de 1667[7], l'institution révolutionnaire du référé législatif repose avant tout sur sa capacité à symboliser la nouvelle justice. La transposition de cette technique d'Ancien Régime, signe de continuité évident dans les montages juridiques du pouvoir, fut paradoxalement l'occasion pour les Constituants de manifester avec éclat le changement radical des représentations savantes du jugement[8]. En deçà de la diversité des volontés des députés, tous s'accordaient pour penser le référé à l'aune du syllogisme judiciaire[9]. La mise en œuvre difficile et l'abandon progressif de cette procédure l'ont reléguée, avec le temps, au rang de vestige historique d'une illusion rationaliste[10]. Assouplie dès les premiers jours de la Révolution[11], cette utopie n'en planait pas moins lourdement sur le débat relatif au jury civil.

---

[1] V. *supra* n° 119 à n° 121.
[2] Sur la genèse et l'histoire de cette institution, v. Hufteau (Y.-L.), *Le référé législatif*, Paris, PUF, 1965.
[3] Article 3 du décret du 27-novembre-1er décembre 1790 portant institution d'un tribunal de cassation, et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, reproduit par Duvergier (J.B.) dans sa *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'État*, 2e éd., Paris, 1834, Tome 2, p. 56.
[4] On a logiquement déduit des institutions mises en place par les Constituants que ces derniers ont entendu donner aux juges le droit d'interpréter les lois *in concreto (*Troper (M.), *op. cit.*, pp. 834-838 ; rappr., du même auteur, *La séparation des pouvoirs…*, préc., p. 63 et s.). Armés d'une foi évidente en la transparence du langage, les Constituants se sont en fait abstenus d'étudier la question : « ils ne pensaient pas qu'il pouvait se rencontrer des problèmes de qualification (…) nécessitant (…) un développement du texte littéral de la loi » (Halpérin (J.-L.), *Le tribunal de cassation…*, préc., p. 63).
[5] Article 12, Titre II du décret du 16-24 aout 1790 portant sur l'organisation judiciaire, reproduit par Duvergier (J.B.), *op. cit.*, Tome 1, p. 311.
[6] Article 21 du décret du 27-novembre-1er décembre 1790 précité.
[7] V. *supra* n° 173.
[8] Hufteau (Y.-L.), *op. cit.*, not. pp. 29-45.
[9] Royer (J.-P.), *op. cit.*, p. 279.
[10] Sur l'évolution du référé législatif jusqu'à son abrogation définitive par la loi du 1er avril 1837, v. Hufteau (Y.-L.), *op. cit.*, pp. 43-140.
[11] Verpeaux (M.), *op. cit.*, p. 41 et s.

b – Le jury civil

187. Avec l'élection des juges, le jury est l'un des moyens par lesquels les députés veulent rendre à la Nation sa justice[1]. Importation anglaise dénuée de tradition indigène, l'institution des jurés, parce qu'elle incarne la souveraineté populaire en acte, trouve naturellement sa place dans l'idéologie démocratique révolutionnaire[2]. Elle s'y fond d'autant mieux qu'elle y rencontre le souci de limiter le pouvoir des juges. Très tôt acquis au criminel[3], la création d'un jury pour juger les affaires civiles est l'occasion de riches débats qui courent sur plus d'un mois[4] et dévoilent, une fois de plus, l'idée étroitement mécanique de la fonction judiciaire que nourrissent les Constituants.

188. Exemplaire de cette conception, le plan exposé à l'Assemblée par Adrien Duport[5], lors des séances des 29 et 30 mars 1790, pousse à son paroxysme l'utopie rationaliste[6]. Pour l'ancien conseiller au Parlement de Paris, le procès - civil comme pénal - est un « enchaînement de questions à aborder et à trancher *séparément* pour parvenir automatiquement à la décision finale »[7]. Il exige à cette fin « des jurés pour le fait, et des juges pour l'application de la loi »[8]. L'interprétation particulièrement sévère du syllogisme qui sous-tend sa théorie l'amène à hypostasier la distinction traditionnelle du fait et du droit et à exclure, dans l'intérêt de la liberté politique, qu'un seul organe puisse se prononcer sur les deux questions[9]. Les dérives ratiocinantes de Duport n'emportèrent pas la conviction de l'Assemblée qui refusa finalement le jury civil le 30 avril, mais elles imprimèrent durablement leur marque aux représentations à partir desquelles cette institution est désormais pensée.

189. Certes, la distinction du fait et du droit est contestée par certains des Constituants. Nombreux sont ceux pour qui « vouloir qu'on sépare l'un et l'autre, ce serait exiger que le maçon séparât la pierre et le ciment »[10]. Sieyès lui-même opte

---

[1] Sur le traitement de la question du jury par les premiers révolutionnaires français, v. Padoa-Schioppa (A.), « La giuria all'Assemblea costituente francese », *in* Padoa-Schioppa (A.), dir., *The Trial Jury in England, France, Germany (1700-1900)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, pp. 75-163.

[2] Lombard (F.), *Justice représentative et représentations de la justice*, Paris, L'Harmattan, 1993, pp. 143-147.

[3] Sur les origines et le devenir du jury criminel, v. l'ouvrage collectif de Martinage (R.) et Royer (J.-P.), *Les destinées du jury criminel*, Lille, L'espace juridique, 1990. Rappr. les travaux de Schnapper, not. « Le jury criminel », *in* Badinter (R.), dir., *Une autre justice…*, préc., p. 149 ; ainsi que « Le jury français aux XIX^e^ et XX^e^ siècles » publié dans son ouvrage *Voies nouvelles en histoire du droit*, préc., p. 241.

[4] Cette question est traitée par Royer (J.-P.) dans son article « Et le jury civil ? », extrait du collectif dirigé par Martinage (R.) et Royer (J.-P.), dir., *op. cit.* ; v. également les développements qu'il consacre à la question dans son *Histoire de la justice*, préc., pp. 304-309.

[5] Sur la figure de Duport, v. Poncela (P.), « Adrien Duport, fondateur du droit pénal moderne », *Droits*, 1993, n° 17, p. 139.

[6] Padoa-Schioppa (A.) explore ce plan dans son article « Le jury d'Adrien Duport », *in* Vovelle (M.), dir., *op. cit.*, vol. 2, p. 609.

[7] Padoa-Schioppa (A.), *op. cit.*, p. 611.

[8] Séance du 29 mars 1789, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 3, p. 741.

[9] Selon Duport, pour juger, il faut « d'abord constater le fait, ensuite comparer le fait à la loi » et « ces deux opérations ne peuvent être confiées aux personnes d'un même état » (*ibid*).

[10] Intervention de Mougins de Roquefort, séance du mardi 6 avril, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 4, p. 54. Loin d'être isolé, ce commentaire est récurrent dans les débats parlementaires. En ce sens, v. par exemple Lanjuinais (séance du 31 mars 1789, *Réimpression de l'ancien*

pour l'indissociabilité en donnant au jury d'hommes de lois, qu'il propose à l'Assemblée, la charge d'identifier les prémisses juridiques et factuelles du syllogisme judiciaire[1]. Reste que ce dualisme conceptuel fonde toutes les représentations du jury des révolutionnaires, puis de leurs successeurs[2]. Peu prolixe sur la question du jury civil, la doctrine des facultés de droit n'en est pas moins acquise à la conception légaliste qui le justifie en réduisant le jugement à la simple application de la loi générale aux faits particuliers.

B. LA RECONSTRUCTION DOCTRINALE

> « Ceci nous amène à une conclusion très décevante : l'impossibilité de trouver un critère rigoureux de l'acte juridictionnel, tout au moins si l'on veut respecter les idées reçues. Et pourtant, l'existence d'un acte juridictionnel (…) est elle-même une notion courante, universellement admise et utilisée (…). L'idée d'acte juridictionnel ne serait-elle pas une "fausse idée claire" ? »
>
> Marcel Waline, « Du critère des actes juridictionnels », *Revue du droit public et de la science politique*, 1933, p. 572.

190. La recomposition d'une communauté doctrinale, à partir du règne napoléonien, s'opère dans un contexte institutionnel rationalisé consacrant le moindre prestige de la magistrature au sein de l'appareil d'État. A l'image de l'objet judiciaire qu'elle désigne, la notion de *jurisdictio*, si présente sous l'Ancien Régime, perd de sa visibilité dans le discours des dogmaticiens. Elle est cependant très tôt réintégrée dans leurs discours savants et fait l'objet de vives controverses au début du XX^e^ siècle (1). En deçà de ces débats, la doctrine dans son ensemble demeure fidèle à la figure révolutionnaire du magistrat cantonné à la résolution des litiges par application logique de la loi (2).

1 – CONCEPTUALISATION DE LA JURIDICTION

191. Renaissant dès la fin de la Révolution, la doctrine juridique peine à penser la justice dans les catégories conceptuelles de l'Ancien Régime. La *jurisdictio*, stérilisée par le légalisme ambiant, ne présente au cours du XIX^e^ siècle qu'un faible intérêt théorique pour les juristes savants (a). Dans la première moitié du XX^e^ siècle,

---

Moniteur universel, préc., Tome 4, p. 6). *Contra*, v. l'intervention peu rigoureuse de Robespierre (séance du 7 avril 1789, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 4, p. 68).

[1] Sur le projet de jury proposé par Sieyès, v. Bredin (J.-D.), « Sieyès et le "juri" civil », *in* Badinter (R.), dir., *op. cit.*, p. 189 ; rappr. Bastid (P.), *op. cit.*, pp. 98-99 et 496-501.

[2] Témoins de la prégnance de ce dualisme conceptuel sur la question du jury civil au delà de l'épisode révolutionnaire, les *Observations de la Cour de cassation sur un projet de loi relatif à l'organisation judiciaire* sont rapportées par le haut magistrat Portalis au ministre de la justice après la Révolution de 1848. Pour ce descendant du rédacteur du Code civil, le rejet du jury civil passe, toujours et encore, par une relativisation de la séparation du fait et du droit dans les matières non criminelles (Portalis (J.-M.), rédacteur, *Observations de la Cour de cassation sur un projet de loi relatif à l'organisation judiciaire*, Paris, Crapelet, 1848, pp. 34-38).

en revanche, la doctrine publiciste, suivie par les auteurs processualistes, réexploite ce thème afin de bien distinguer les fonctions juridictionnelles et administratives (b).

a – La confusion de la juridiction et de la compétence

192. Écrite par des hommes formés sous l'ancien droit, la doctrine du début du XIX^e^ siècle réutilise les concepts pré-révolutionnaires pour définir le ministère des juges. Dans un premier temps, la distinction entre *jurisdictio* et *imperium* reste de mise pour opposer la justice au commandement[1]. Très vite cependant, l'usage qui s'établit de « comprendre sous ce mot de juridiction, et le droit de juger, et celui de faire exécuter les jugements »[2], entraîne une dilution du sens de cette catégorie. Renforçant ce mouvement, la rupture idéologique occasionnée par l'épisode révolutionnaire oblige les juristes savants à édulcorer cette notion héritée de leurs prédécesseurs[3]. La toute puissance de la loi fait de l'ombre à la *jurisdictio* et c'est dans la dépendance de la première qu'est désormais pensée la seconde. Résultat de cet assujettissement conceptuel, la doctrine peine à distinguer pouvoir juridictionnel et compétence légale du magistrat.

193. Cette confusion apparaît clairement dans le *Répertoire de jurisprudence* réactualisé par Merlin de Douai en 1825 : la juridiction y est définie comme le « pouvoir de celui qui a le droit de juger »[4] et la compétence comme le « droit de juger »[5]. A la même époque, Carré s'efforce de différencier les deux notions, mais il consacre finalement la réductibilité de la juridiction à la loi. Selon lui, la seconde « confère » la première « toutes les fois qu'elle donne le droit d'appliquer les lois générales aux cas particuliers, par des décisions dont elle règle la forme, et qu'elle prend l'engagement de faire exécuter »[6]. Pour cet expert de l'organisation judiciaire, la juridiction est certes un pouvoir spécifique, mais celui-ci se mesure à l'aune de la compétence, laquelle est en dernier ressort circonscrite par la loi[7].

194. Les limites de cette distinction conduisent Berriat-Saint-Prix à reconnaître, quelques années plus tard, que, sous bien des rapports, « le mot compétence est synonyme de *jurisdiction* »[8]. Peu soucieuse d'approfondir la question, la doctrine

[1] V. notamment le *Traité de l'autorité judiciaire* d'Henrion de Pansey où il est établi que « l'autorité judiciaire a deux parties très distinctes, la juridiction et le commandement ; que la juridiction est concentrée dans le double droit de connoître des procès et de les terminer par des jugements ; et que, par son union avec la juridiction, le commandement se modifie de manière que tous ses mouvements sont réglés par la loi, et qu'il ne peut agir que pour faire exécuter les décrets de la justice », préc., Tome 1, p. 207.
[2] Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 302.
[3] S*upra* n° 145 et s.
[4] *V°* Juridiction, Merlin (M.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e^ éd., Bruxelles, 1826, Tome 16, p. 354.
[5] *V°* Compétence, Merlin (M.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e^ éd., Bruxelles, 1825, Tome 5, p. 234.
[6] Carré (J.L.G.), *Les lois de l'organisation…*, préc., Tome 1, p. 465.
[7] Selon Carré, « ce sont les lois qui établissent ce qu'on appelle *la compétence* des tribunaux, laquelle (...) n'est que *la mesure de la jurisdiction* », *ibid.*
[8] Berriat-Saint-Prix (J.), *op. cit.*, p. 31.

processualiste du XIX^e^ siècle s'en tient généralement à la thèse de Carré[1] quand elle ne passe pas sous silence la notion même de *jurisdictio*. La faible plus-value théorique de ce concept explique en partie sa raréfaction dans le discours juridique savant, mais c'est surtout dans la méthode des auteurs qu'il faut chercher les causes de ce désintérêt. Héritiers de Pigeau, inspirateur et premier commentateur du Code de procédure civile, la plupart des exégètes de ce bloc de granit se cantonnent à décrire la marche du procès en répétant le texte du législateur.

b – La distinction de l'administration et de la juridiction

195. Au tournant du XIX^e^ et du XX^e^ siècles, l'essor du contentieux administratif stimule le développement de la doctrine publiciste[2]. Les auteurs de cette discipline étudiaient jusqu'alors la notion de juridiction dans la dépendance du principe de séparation des pouvoirs[3] ; ils en font désormais un élément essentiel des montages dogmatiques qu'ils élaborent pour systématiser la justice, tant administrative que judiciaire, et la distinguer de l'administration.

196. Exemplaire d'une volonté scientifique partagée de repenser la matière, Maurice Hauriou opte, en 1905, pour une « méthode réaliste »[4] visant à « établir une définition du contentieux (…) purement sociale » avant d'en dégager « l'élément juridique »[5]. A la même époque, les professeurs de droit public s'efforcent surtout d'identifier les caractéristiques logiques propres à la fonction juridictionnelle. Selon Duguit, celle-ci inclut tous les actes juridiques rendus par un agent public conséquemment « à la constatation qu'il a faite qu'il y avait ou non violation du droit objectif ou atteinte à une situation subjective »[6]. Jèze, quant à lui, réduit la juridiction à « la certification d'une chose comme vérité légale (autorité de la chose jugée) »[7] et Bonnard y voit la combinaison d'une « contestation sur un droit subjectif », d'une « constatation relativement à ce droit et parfois (d'une) décision à la suite de la constatation »[8]. Les thèses de Kelsen, pour qui « la décision

[1] V. par exemple Boncenne, *op. cit.*, p. 90 ; plus récemment, v. le *Traité de procédure* de Glasson (E.) et Tissier (A.), publié en 1925, où l'on retrouve des considérations du même ordre : « La compétence d'un tribunal est la portion de juridiction confiée à ce tribunal. La juridiction étant le pouvoir de juger, la compétence de chaque tribunal est fixée par les limites apportées à sa juridiction ; c'est sa juridiction telle qu'elle est limitée par la loi. », préc., Tome 1, p.19.

[2] Sur cette période qui fut tout à la fois « l'âge d'or du pouvoir créateur du juge administratif » et « le temps des cathédrales » doctrinales, v. Burdeau (F.), *Histoire du droit administratif*, préc., pp. 255-358. Du même auteur, rappr. « Du sacre au massacre d'un juge. La doctrine et le Conseil d'État statuant au contentieux », *in La terre, la famille, le juge. Études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Paris, Economica, 1990, not. p. 312 et s.

[3] *Supra* n° 125 et s.

[4] Hauriou (M.), « Les éléments du contentieux », *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, p. 2.

[5] Hauriou (M.), *op. cit.*, p. 12.

[6] Duguit (L.), « La fonction juridictionnelle », *RDP*, 1922, p. 169. Définition reprise dans son *Traité de droit constitutionnel*, préc., Tome 2, p. 423.

[7] Jèze (G.), « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », Note de jurisprudence, *RDP*, 1909, p. 668. Jèze revient longuement sur ce critère de différenciation de la juridiction dans « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *RDP*, 1913, p. 437.

[8] Bonnard (R.), « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », *in Mélanges R. Carré de Malberg*, Vaduz : Topos ; Paris : E. Duchemin, 1977 (1^e^ éd. 1933), p. 29.

administrative est (…) l'analogue du jugement »[1], fragilisent ces conceptions substantielles, mais entretiennent une controverse apparemment sans fin : aux critères d'identification matériels de la juridiction succèdent en effet des définitions se revendiquant « formelles » comme celles de Carré de Marlberg[2] et Guillien[3], puis des lectures de type socio-politique comme celle d'Eisenmann[4].

197. Influencés par les discussions des publicistes, les spécialistes du procès civil à la recherche de nouveaux horizons scientifiques s'en inspirent[5]. Ils rendent compte des controverses sur la nature de l'acte juridictionnel[6] et approfondissent pour mieux le définir la distinction des jugements « déclaratifs » et des jugements « constitutifs »[7] ; mais comme leurs collègues, ils échouent à unifier théoriquement la fonction de juger. Tout au plus évitent-ils les dérives esthétisantes[8] et les lectures trop analytiques[9] de certains publicistes, préférant une approche pragmatique qui cantonne les magistrats au domaine « défini par la notion de contestation »[10], espace par excellence réservé à l'exercice de l'activité judiciaire.

---

[1] Kelsen (H.), trad. Eisenmann (C.), « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926, p. 625. Kelsen se refuse à opposer la juridiction à l'administration, mais insiste sur la nécessaire distinction conceptuelle entre l'administration indirecte et l'administration directe.

[2] Carré de Malberg (R.) revient à de multiples reprises dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État* sur « le *critérium* de la juridiction ». Pour cet auteur, ce dernier n'est « pas le contenu matériel de l'acte, mais sa forme ». Il ajoute : « Le signe distinctif auquel se reconnaît l'acte juridictionnel, c'est, d'une part, son origine, en tant qu'il est l'œuvre d'une autorité organisée spécialement pour l'exercice de la juridiction, et d'autre part, sa procédure, en tant qu'il a été accompli selon les règles propres à la fonction qui consiste à juger. Tout cela est d'ordre formel. », préc., Tome 1, p. 788.

[3] Pour Guillien (R.), « la valeur spéciale » de l'acte juridictionnel résulte de « l'autorité des solutions concrètes ». L'auteur considère que ce critère « ne peut naître que grâce au point de vue formel », perspective en dehors de laquelle « la notion d'acte juridictionnel s'évanouit », *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Bordeaux, Cadoret, 1931, p. 454. Du même auteur, v. « Retour sur quelques sujets d'acte juridictionnel et de chose jugée », *in Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 117 et s.

[4] Eisenmann (C.), « La justice dans l'État », *in* Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La justice*, préc., not. p. 16 et s. ; du même auteur, rappr. « Les fonctions sociales et les fonctions juridiques de l'État », préc., not. p. 305.

[5] Les professeurs spécialistes du procès civil ont le souci de renouveler en profondeur les méthodes de leur discipline dans le premier tiers du XX^e^ siècle. L'effort dans cette direction passe par l'étude « des conditions d'une étude scientifique de la procédure » et par la prise en compte des travaux de la doctrine publiciste sur le thème du contentieux. V. not. sur ce sujet les deux articles de Vizioz (H.), « Observations sur l'étude de la procédure civile » et « Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française du droit public », respectivement parus en 1927 et 1931 dans la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, et reproduits dans ses *Études de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956.

[6] V. par exemple Japiot (R.), *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Paris, Rousseau, 1916, p. 107 et s. ; rappr. Morel (R.), *Traité élémentaire de procédure civile*, préc., p. 77.

[7] V. par exemple la contribution de Mazeaud (L.), « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTDCiv*, 1929, pp. 17-56.

[8] V. not. Chaumont (C.) qui redécouvre candidement, au terme d'une étude de trente pages, qu'en « l'état actuel de la fonction juridictionnelle » celle-ci voit « son but pratique » prédominer sur son « but esthétique ou logique », « Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel », *RDP*, 1942, p. 122.

[9] V. par exemple Lampué (P.), « La notion d'acte juridictionnel », *RDP*, 1946, p. 5.

[10] Hébraud (P.), « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux. A propos de la condamnation pénale », *Revue de l'Académie de législation de Toulouse*, 1949, p. 206. Dans le même sens, v. Jugault (J.), *De la liaison du contentieux. Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel*, Thèse, Rennes, 1969.

2 – IDENTIFICATION DES FONCTIONS JUDICIAIRES

198. Le maintien du litige au cœur de la conception privatiste de la juridiction alimente, notamment au XX^e^ siècle, l'opposition entre jugements contentieux et décisions gracieuses (a). Ce dualisme, à partir duquel les spécialistes de la procédure civile pensent l'activité judiciaire, ne remet cependant pas en cause l'unité de l'opération juridictionnelle que la doctrine, longtemps unanime, découvre dans l'application logique de la loi générale aux faits particuliers (b).

a – Marginalité de la juridiction gracieuse

199. Au sortir de la Révolution, la distinction entre la juridiction volontaire et la juridiction contentieuse réapparaît dans le discours doctrinal. Commentée par les savants de l'Ancien Régime, cette division d'origine romaine est reprise telle quelle par les juristes du XIX^e^ siècle[1]. Acteur de cette continuité théorique, Henrion de Pansey en définit ainsi les termes : « Le juge exerce la juridiction contentieuse toutes les fois qu'il prononce sur des intérêts opposés, après des débats contradictoires (…). Tout ce qu'il fait sur la demande d'une seule personne, ou sur celle de plusieurs d'accord entre elles et sans contradicteur, appartient à la juridiction volontaire »[2]. Cette distinction est élevée au cours du XIX^e^ siècle au rang de *summa divisio* par les spécialistes de la procédure civile qui, soucieux d'éviter la fragmentation conceptuelle de l'activité judiciaire, parviennent à épuiser intégralement la fonction du juge dans ce doublet conceptuel[3].

200. Au tournant du XX^e^ siècle, alors que les développements de la pratique judiciaire appellent un approfondissement de la matière, la doctrine privatiste tente de clarifier les contours incertains de la matière gracieuse[4]. Monographies et notes sur le sujet se multiplient[5], contribuant à la mise au point d'une notion univoque de la juridiction gracieuse. A défaut de définition synthétique, les auteurs s'accordent

[1] Sur ce point, v. Foyer (J.), « La juridiction gracieuse après le Code de procédure civile et jusqu'à la loi du 15 juillet 1944 », *in Études d'histoire du droit à l'époque contemporaine présentées aux journées internationale de la Société d'histoire du droit (Poitiers et La Rochelle, 1^er^ au 4 juin 1983)*, Paris, PUF, 1985, p. 227.

[2] Henrion de Pansey, *op. cit.*, p. 334.

[3] V. par exemple le *Cours de procédure civile* de Berriat-Saint-Prix publié en 1855 où le célèbre juriste définit la juridiction en la démembrant en ces deux éléments gracieux et contentieux : « Le mot *jurisdiction* désigne parmi nous le droit qu'un tribunal a de connaître d'un différend, d'une affaire ; ou bien de présider à certaines espèces d'actes qui ne supposent pas une contestation. Dans le premier cas, la *jurisdiction* se nomme contentieuse ; dans le second, gracieuse ou volontaire », préc., p. 10.

[4] En 1912, Japiot décrit encore l'état théorique de la matière en des termes peu flatteurs : « Parmi les parties les moins achevées et les plus troublantes de la science de la procédure, il faut ranger sans contredit la matière de la juridiction gracieuse. La détermination des hypothèses qui rentrent dans ce domaine n'est pas établie ; la notion de la juridiction gracieuse, son *critérium*, sa réglementation sont absolument vagues ; on en traite surtout de façon fragmentaire, à propos de cas particuliers, ce qui induit à ne poser que timidement des principes, et souvent les principes ainsi découverts sont inexacts pour d'autres cas de juridiction gracieuse ; tout examen de cette question est précaire », « Jurisprudence française en matière de procédure civile », *RTDCiv*, 1912, p. 771.

[5] Pour une bibliographie de la matière, v. Solus (H.) et Perrot (R.), *op. cit.*, p. 442, note 2.

alors pour restreindre cette catégorie à certaines attributions[1] et pour en exclure les « actes de pure administration, étrangers aux droits privés »[2]. La loi du 15 juillet 1944 *sur la chambre du conseil*[3] vient consacrer cette dichotomie entre matières gracieuse et contentieuse.

201. Pour autant, jusqu'à l'adoption du nouveau Code de procédure civile dans les années 1970, la notion de juridiction gracieuse demeure l'objet de vifs débats, la doctrine questionnant la légitimité d'une telle qualification[4]. Au XIX^e^ siècle, Berriat-Saint-Prix considérait déjà la juridiction contentieuse comme « la plus importante » et justifiait que l'on désigne celle-ci « par le simple mot de juridiction »[5]. Cette tendance ne s'est pas démentie par la suite : l'activité gracieuse du magistrat se voit souvent refuser la qualification de « juridiction proprement dite »[6], celle-ci étant réservée au pouvoir de trancher les litiges. Et si Hébraud, dans son commentaire de la loi *sur la chambre du conseil* précitée, affirme que « la juridiction gracieuse est une véritable juridiction »[7], il ne convainc pas tous les auteurs, certains préferant y voir un pouvoir « de nature hybride »[8]. Rejetant ainsi la matière gracieuse à la marge de la fonction juridictionnelle, la doctrine maintient, par ailleurs, le syllogisme au centre de l'activité principale du juge qu'elle reconnaît dans le règlement des litiges.

b – Centralité du syllogisme juridique

202. Les dogmaticiens du XIX^e^ siècle se contentent le plus souvent de formules lapidaires pour rendre compte de la façon dont les juges exercent leur tâche[9]. Combinant ce laconisme à une puissante rhétorique légaliste, ils privent le magistrat de tout pouvoir normatif autonome en le cantonnant à la mise en œuvre des textes votés par le pouvoir législatif[10]. Largement partagée mais peu formalisée, cette

[1] Planiol (M.) dans une note de jurisprudence parue en 1906 au recueil Dalloz (p. 337) est l'un des premiers à proposer « un groupement par classes (…) pour donner une idée d'ensemble de la variété des attributions non contentieuses qui appartiennent à nos tribunaux ».
[2] Glasson (E.) et Tissier (A.), *op. cit.*, p. 36.
[3] *D.* 1945, lég. 258. « Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 » par Hébraud (P.), *D.* 1946, lég. 333.
[4] Le Ninivin (D.), *La juridiction gracieuse dans le nouveau Code de procédure civile*, Paris, Litec, 1983, p. 5, n° 19.
[5] Berriat-Saint-Prix (J.), *op. cit.*, p. 10.
[6] L'expression, réservée à la juridiction contentieuse, est de Japiot (*op. cit.*, p. 112). Elle résume parfaitement la posture d'une doctrine qui ne se résoud pas à abandonner l'expression de « juridiction gracieuse » mais renacle à qualifier de juridictionnelles les activités qu'elle désigne par ce nom.
[7] Hébraud (P.), *op. cit.*, p. 333.
[8] Solus (H.) et Perrot (R.), *op. cit.*, p. 447.
[9] Des exceptions existent, mais elles concernent des ouvrages originaux peu conformes à la tradition doctrinale du XIX^e^ siècle. On peut citer dans des styles très différents le *Traité de l'autorité judiciaire* d'Henrion de Pansey (préc.) et les *Éléments de droit politique* de Macarel (préc.). Tous deux consacrent de longs passages à la fonction de juger en s'inspirant des problématiques issues de l'Ancien Régime.
[10] Exemplaire d'un discours doctrinal récurrent au XIX^e^ siècle, Demolombe explicite la fonction de l'institution judiciaire dans le chapitre de son Cours de Code civil intitulé « de l'application, de l'interprétation et de l'abrogation de lois ». Il y décrit le pouvoir judiciaire comme celui auquel l'application de la loi est confiée, après que cette dernière, une fois sanctionnée, soit sortie du domaine du pouvoir législatif ; Demolombe (C.), *Cours de Code Napoléon*, Paris, Durand / Hachette & Cie, 1854, Tome 1, p. 122. Sur la figure de Demolombe, v. Musset (J.), « Un célèbre jurisconsulte caennais du XIX^e^ siècle : Demolombe », *RTDCiv*, 1995, p. 85.

conception selon laquelle « les attributions du pouvoir judiciaire consistent (...) à appliquer la loi à chaque fait particulier »[1] se retrouve sous des formes théoriques plus élaborées dans la doctrine de la première moitié du XX^e^ siècle[2].

203. En 1906, Duguit, pour fonder sa définition de l'acte juridictionnel, reprend la figure, chère aux Constituants, du jugement syllogisme. Selon lui, le juge « constate le droit », mais il « ne fait pas acte de volonté à proprement parler » puisqu'il « ne peut pas 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 »[3]. Cette conception de l'opération juridictionnelle se retrouve dans la théorie normativiste de Kelsen qui en détaille les étapes : « Il faut établir si le fait prévu *in abstracto* par la règle générale existe *in concreto*, et, dans l'affirmative, appliquer, c'est-à-dire d'abord ordonner et ensuite faire jouer la sanction prescrite également *in abstracto* »[4].

204. Au sortir du régime de Vichy et de ses incroyables dérives[5], la mécanique soumission du juge au droit positif ne semble pas devoir être remise en cause. Le syllogisme juridique trouve un avocat de talent dans la figure d'Henri Motulsky qui en fait la théorie, dans ses *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*[6], et en offre une interprétation subjectiviste[7] : « telle règle de Droit, dira-t-on, consacre tel droit subjectif ; or le "cas particulier" est contenu dans cette règle ; donc le droit subjectif consacré par cette règle existe dans ce cas particulier (= cette règle est "applicable" à ce cas) »[8]. Motulsky vante cette « façon de conduire la pensée », à la

[1] Marcadé (V.), *op. cit.*, p. 61. Comp. le *Cours de procédure civile de* Berriat-Saint-Prix (J.) publié la même année (préc., p. 21) : « le devoir du juge consiste dans l'action de prononcer sur les différends qui lui sont soumis ; c'est ce qu'on appelle rendre un jugement. On rend un jugement en appliquant les dispositions d'une loi ».

[2] Pour une présentation critique du modèle syllogistique, largement privilégié par la doctrine, et en vertu duquel la décision de justice est « corsetée » par la loi, v. Eisenmann (C.), « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, not. pp. 481-487.

[3] Duguit (L.), « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP*, 1906, pp. 450-451. Du même auteur, rappr. « La fonction juridictionnelle », précité.

[4] Kelsen (H.), « Aperçu d'une théorie générale de l'État », préc., p. 625. Comp., pour preuve de la continuité de l'auteur en la matière, *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, pp. 318-319.

[5] Durant cette période, l'application aveugle de la loi, à laquelle le juge est tenu, est cruellement rappelée dans le discours des dogmaticiens. Ainsi Vizioz, dans une note de jurisprudence parue en 1944 à la *Revue trimestrielle de droit civil*, écrit : « les actions en déclaration raciale aboutissent (…) à des jugements purement déclaratoires, dont le seul objet est d'établir la qualité d'aryen (ou de juif) de la personne qui forme la demande (ou contre laquelle la demande est formée), sans que le juge ait à se prononcer sur les conséquences qui en découlent, notamment en ce qui concerne les actes accomplis ou à accomplir par l'autorité administrative », *RTDCiv*, 1944, p. 132, reproduit dans Vizioz (H.), *Études de procédure*, préc., p. 200. Sur ces questions, v. les n° 28 (1994) et 30/31 (1996) de la revue *Le genre humain* respectivement intitulés « Juger sous Vichy » et « Le droit antisémite de Vichy ». Rappr. les développement de Royer (J.-P.) sur « la justice de "l'État français" », *Histoire de la justice*, préc., pp. 803-851.

[6] Motulsky (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Paris, Dalloz, 1991 (1^e^ éd. 1948).

[7] Sur le « subjectivisme » de Motulsky (H.), v. son article intitulé « Le droit subjectif et l'action en justice », *APD*, 1964, Tome 9, p. 215.

[8] Motulsky (H.), *Principes d'une réalisation…*, préc., p. 47.

fois « rigoureuse » et « inéluctable »[1], et y voit la méthode la plus sûre pour garantir les droits des justiciables. Il témoigne ainsi, à sa manière, de la proximité existant entre la question de la définition du jugement et celle des règles gouvernant l'activité du juge.

[1] Motulsky (H.), *op. cit*, p. 48.

Section 2

Le juge en activité, sujet soumis à la loi

205. Chargé d'une mission régalienne, le juge exerce son activité dans un cadre saturé d'obligations. Les dogmaticiens formalisent ces contraintes dans un discours savant qui définit, autorise et borne les prérogatives judiciaires. A la jonction du juridique et du théologique, au confluent de la théorie et de la pratique, la soumission des magistrats au pouvoir des lois prend des formes multiples. Au Moyen Âge, puis sous l'Ancien Régime, elle se donne à voir dans les prescriptions, formelles et substantielles, que dispensent ouvrages savants et précédents judiciaires, ainsi que dans une éthique sans cesse répétée et en principe sanctionnée par les corps de magistrats (§ 1). Soucieux de rompre avec ce modèle ancré dans une tradition que la royauté n'est pas parvenue à réformer, les révolutionnaires le repensent de fond en comble, laissant aux savants du droit le soin de décrire et commenter cet ordre judiciaire nouveau rationnellement reconstruit (§ 2).

§ 1. L'ENCADREMENT TRADITIONNEL DU JUGE EN ACTIVITE

206. Vecteurs essentiels de développement du droit au Moyen Âge, les ouvrages de pratique judiciaire constituent le terrain privilégié pour exposer les modalités de fonctionnement de telle cour ou de tel tribunal. Théoriquement contraignantes à l'égard des magistrats, les dispositions formalistes qui y sont rapportées n'épuisent pas l'ensemble des règles auxquelles l'exercice de la justice est soumis par les jurisconsultes médiévaux et leurs successeurs. D'une part, la fonction judiciaire d'application du droit doit être réglée par des principes qui donnent forme au jugement et permettent son inscription dans un système de précédents dotés d'autorité (A). D'autre part, la mission de résolution des litiges confiée aux officiers de justice ne se justifie que par leur conformité à un modèle idéal que la discipline judiciaire garantit théoriquement (B).

A. FORMES DU JUGEMENT

> « La forme est tellement essentielle à la manière de l'administrer, que sans cette forme la Justice perd son nom, et n'est plus qu'un pouvoir arbitraire et une précipitation de jugement. »
>
> Daniel Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, Paris, 1767, Tome 1, p. vii.

207. Les formes judiciaires désignent généralement l'ensemble des modalités qui règlent le processus par lequel les magistrats rendent la justice. Objet de précédents et de règles contraignantes, elles s'expriment dans le style des juridictions du royaume (1). Entendue plus concrètement, la forme du jugement s'entend également des traits distinctifs du jugement qui expose et authentifie la décision du juge. La pauvreté de la motivation judiciaire, tout au long de l'Ancien Régime, n'a pas empêché la naissance de l'arrestographie, discipline incertaine consacrée à l'étude des régularités rythmant les décisions de justice et dont l'objet n'est autre que la jurisprudence des arrêts (2).

1 – LE STYLE DES JURIDICTIONS

208. La méthode par laquelle on rend la justice et à laquelle on a « donné le nom, tantôt de *Style* & tantôt de *Procédure* »[1] a été dès la fin du Moyen Âge le sujet d'ouvrages de praticiens soucieux de décrire et systématiser les règles du procès dans les juridictions du royaume (a). Fruit de la rencontre entre les droits savants et les rituels judiciaires[2], ce corps de discours est l'occasion de pointer un risque de dérive procédurale et de justifier ainsi à rebours la volonté réformatrice de la royauté en la matière (b).

a – La théorie de la pratique[3]

209. La redécouverte du *Corpus Iuris Civilis* et l'essor des droits savants qui en résulte à partir du XII^e^ siècle suscitent la rédaction des premiers traités de procédure par les docteurs *in utroque*[4]. Cette abondante littérature théorique pénètre l'Église et modèle son administration avant d'influencer par ricochet les juridictions laïques dans le royaume capétien[5]. La matière suscite très tôt l'intérêt des auteurs

[1] Jousse (D.), *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, préc., p. vii.
[2] Sur ce thème, v. l'ouvrage collectif publié sous la direction de Gauvard (C.) et Jacob (R.), *Les rites de la justice - Gestes et rituels judiciaires au Moyen Âge*, Paris, Le léopard d'or, 2000.
[3] L'expression est empruntée à Hilaire (J.), « Actes de la pratique et expression du droit du XVI^e^ siècle à la codification », *Droits*, 1988, n° 7, p. 136 ; reproduit dans l'ouvrage du même auteur, *La vie du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 270.
[4] Van Caenegem (R.C.), « History of European Civil Procedure », préc., p. 11.
[5] Van Caenegem (R.C.), *op. cit.*, p. 12 et s. ; rappr. Lesné-Ferret (M.), « La procédure romano-canonique : moyen et symbole de vérité et d'équité dans un procès des années 1226-1228 en Languedoc », *Recueil de mémoires et travaux publié par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit (Critères du juste et contrôle des juges)*, 1996, Fascicule XVII, pp. 47-72.

coutumiers[1] et, à partir du XIV[e] siècle, on assiste à la multiplication de *Pratiques* et de *Styles*, manuscrits contenant les règles usuelles qui s'imposent à l'occasion de l'exercice de la justice[2].

210. La pratique, qui selon la *Somme rural* de Boutillier « enseigne & demonstre quelle chose on doit dire & quelle non »[3], présente à la fin du Moyen Âge le visage d'une connaissance fondée sur l'expérience. Cette matière a ses savants, praticiens éclairés qui déterminent les règles formelles du procès et systématisent tout au long de l'Ancien Régime la science de la procédure[4]. Consistant dans l'étude des modalités selon lesquelles « on doit intenter les demandes en Justice, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les exécuter »[5], cette discipline tend à se distinguer nettement du droit auquel elle s'oppose[6] comme la *forme* au *fond*[7].

211. Élevée au rang d'art dans la littérature juridique du XVIII[e] siècle, la procédure fait l'objet de brillants plaidoyers. Modèle du genre, la préface au *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667* de Jousse est l'occasion pour l'auteur de rappeler que l'observation des formes « est tellement essentielle, pour la décision des affaires, qu'une cause jugée sans s'y être conformée, est un monstre de Justice plutôt qu'un jugement »[8]. Cette apologie de la procédure, que l'on retrouve chez d'autres auteurs[9], répond à la nécessité de contrebalancer la mauvaise réputation dont elle jouit par ailleurs. Jousse ne l'ignore pas et reconnaît que « la plupart des personnes la regarde comme l'ouvrage de la chicane et de la

[1] Selon Hilaire (J.), on peut clairement mesurer l'influence de la procédure romano-canonique dans les coutumiers du XIII[e] siècle et, en particulier, chez Beaumanoir qui a écrit ses *Coutumes de Clermont en Beauvaisis* aux alentours de 1280, *Histoire des institutions judiciaires*, préc., p. 136.

[2] Ourliac (P.), « Un nouveau style du parlement de Paris », *Études de droit et d'histoire*, Paris, Picard, 1980, p. 20.

[3] Boutillier (J.), *Somme rural…*, préc., p. 1.

[4] Hilaire (J.), Turlan (J.) et Villey (M.), « Les mots et la vie. La "pratique" depuis la fin du Moyen Âge », *in Droit privé et institutions régionales, Études historiques offertes à Jean Yver*, Paris, PUF, 1976, not. pp. 370-377. Plus généralement, sur le rôle scientifique des praticiens sous l'Ancien Régime, v. Gazzaniga (J.-L.), « Quand les avocats formaient les juristes et la doctrine », *Droits*, 1994, n° 20, p. 31. V. également Chêne (C.), « La place des professionnels dans la formation des juristes aux XVII[e] et XVIII[e] siècles », *AHFDSJ*, 1985, n° 2, p. 51.

[5] Pothier, *Œuvres posthumes - Tome septieme concernant le traité de la procédure civile*, Paris / Orléans, 1778, p. 1.

[6] Exemplaire de cette opposition, Claude Joseph de Ferrière dans son *Dictionnaire de droit et de pratique* au titre si révélateur propose, au *V°* Pratique, la définition suivante : « Science de bien instruire un procès et de faire les procédures convenables, ce qui est opposé à la science du Droit », (2[e] éd., Paris, 1740), cité par Hilaire (J.), Turlan (J.) et Villey (M.), article précité, p. 375.

[7] Cette dichotomie qui marque pour longtemps la pensée juridique française est reprise en ces termes par l'*Encyclopédie* : « La matière du procès, & les moyens qui établissent le droit des parties, sont ce que l'on appelle le *fond*, au lieu que la procédure s'appelle la *forme* », préc., Tome 13, *V°* Procédure, p. 403.

[8] Jousse (D.), *op. cit.*, p. xv.

[9] V. par exemple le « Discours sur l'étude de la procédure », précité, publié dans *La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les jurisdictions ordinaires du Royaume* peu de temps avant la Révolution, et dans lequel Pigeau reprend, en les modernisant, certaines des thèses formulées par Jousse. L'auteur y démonte les « causes de défaveur (qui) viennent non de la Procédure, mais de l'abus » et justifie point par point les « longueurs », la « multiplicité des formalités », la « rigidité des règles », les « frais immenses » si souvent reprochés à cette « institution sage et nécessaire ».

mauvaise foi, comme un Art inventé par la malice des plaideurs, plus propre à empêcher l'exercice de la justice qu'à en accélérer le cours, et qui n'est capable que de causer la ruine des familles par la multitude des frais qu'elle occasionne »[1].

b – La réformation de la justice

212. L'évocation des abus procéduraux par les jurisconsultes de la fin de l'Ancien Régime n'est pas une thématique originale. Dès la fin du Moyen Âge, elle est invoquée pour légitimer les tentatives de « réformation de la justice » menées par les rois de France[2]. Acteurs majeurs de l'acculturation des pratiques judiciaires du royaume aux règles romano-canoniques[3], ils font de la marche du procès un terrain d'intervention privilégiée en invoquant les atteintes fréquemment portées à l'ordre de justice dont ils sont les garants[4].

213. En ce domaine, la philosophie politique royale traverse les siècles et se retrouve à l'identique dans les introductions oratoires précédant les ordonnances qui se succèdent tout au long de l'Ancien Régime[5]. Exemplaire de ce thème récurrent, le préambule de l'édit « fait à Crémieu, l'an 1536 » justifie l'action législative de François I[er] au motif que ses sujets ont été « mis en frais & (…) leurs droicts, actions & poursuites retardez »[6]. Plus d'un siècle plus tard, ce sont toujours « l'abréviation des Procès & la diminution des frais » qui constituent, selon le conseiller d'État Pussort, « l'esprit universel de tous les articles » de l'ordonnance civile de 1667[7].

214. Ce monument de la législation royale[8], ce *Code Louis* dont la structure se rapproche de nos codes actuels, est l'aboutissement d'une évolution qui voit finalement le monarque imposer « l'établissement d'un Stile uniforme en toutes les Cours et Juridictions du Royaume »[9]. Marquée par une oralité persistante et un

---

[1] Jousse (D.), *op. cit.*, p. v.

[2] Selon Chevalier (B.), c'est au XIV[e] siècle, « cette période cruciale dans l'histoire de l'État », que « commence ce long gémissement » qui se prolonge jusqu'à nos jours et par lequel est dénoncé « la lenteur excessive et le coût prohibitif des procès », « La réforme de la justice : utopie et réalité (1440-1540) », *in* Stegmann (A.), dir., *Pouvoir et institutions en Europe au XVI[e] siècle*, Paris, Vrin, 1987, p. 240.

[3] Van Caenegem (R.C.), « History of European Civil Procedure », précité, p. 15 et p. 33 et s.

[4] Chevalier (B.), *op. cit*.

[5] Pour un aperçu chronologique des plus importantes lettres patentes et ordonnances sur le fait de justice rendues par les rois de France à partir du règne de Louis IX, v. Van Caenegem (R.C.), *op. cit.*, pp. 35-36.

[6] *Ordonnances royaux sur le fait de la iustice et authorité d'icelle*, Rouen, 1628, p. 3.

[7] *Procès-verbal des conférences tenues par ordre du Roi, pour l'examen des articles de l'ordonnance civile, du mois d'avril 1667, et de l'ordonnance criminelle, du mois d'avril 1670*, Paris, 1740, p. 7.

[8] Sur les conditions de rédaction de ce texte et sur sa réception, v. Boulet-Sautel (M.), « Ordonnances », *in* Bluche (F.), dir., *Dictionnaire du grand siècle*, Paris, Fayard, 1990, p. 1122. V. également la récente réédition de l'ordonnance de 1667 et de ses travaux préparatoires, agrémentée d'une riche introduction de Picardi (N.), par Giuliani (A.) et Picardi (N.), *Code Louis, T.1 Ordonnance civile, 1667*, Milano, Giuffrè editore, 1996.

[9] Gauret (M.), *Stile universel de toutes les cours et jurisdictions du royaume, pour l'instruction des matières civiles, suivant l'ordonnance de Louis XIV, Roi de France et de Navarre, du mois d'avril 1667*, Paris, 1734, p. iiii.

caractère contradictoire accentué[1], cette synthèse royale du droit antérieur[2] est constituée de « règles techniques très strictes » gouvernant la manière dont les juges doivent conduire et juger les procès[3]. Occupant dans la littérature procédurale une place croissante, la législation sur le fait de justice n'épuise cependant pas une matière que la doctrine praticienne, soucieuse de déchiffrer les règles de la jurisprudence des arrêts, enrichit par l'étude approfondie des décisions de justice.

2 – LA JURISPRUDENCE DES ARRETS

215. Le lien étroit qui, au Moyen Âge, unissait style des juridictions et précédent judiciaire, se distend à mesure que le second suscite l'intérêt des praticiens au delà du domaine procédural. Élaborant progressivement la notion moderne de jurisprudence (a), les juristes de l'Ancien Régime demeurent, dans leur tâche, tributaires d'une procédure laissant traditionnellement « à la religion des juges » la question de la motivation des jugements (b).

a – La force du précédent

216. Le précédent procédural joue un rôle central dans l'élaboration des styles dès avant le XIII^e^ siècle[4]. A partir de cette époque, et par analogie avec la force probatoire lui étant attachée, l'usage d'alléguer la reconnaissance judiciaire des coutumes s'affirme progressivement[5]. C'est par le biais de ce rapport ambigu liant la preuve de la coutume à la citation d'un jugement que celui-ci accède au rang de source du droit indirectement consacrée par la science juridique[6].

217. Les glossateurs, puis les post-glossateurs, excluent l'autorité du précédent judiciaire mais reconnaissent son rôle d'attestation de la coutume sur le fondement du *Corpus iuris civilis*[7]. Mettant en pratique ces principes, les auteurs des premiers coutumiers français citent abondamment les décisions de justice à l'appui de leurs recensements des usages juridiques. C'est le cas de Beaumanoir dont les *Coutumes de Beauvaisis* contiennent plus de cent références de cette nature[8]. Au précédent « vague et abstrait » qui caractérise cette littérature succèdent des modes d'exposition plus raffinés par lesquels la provenance de la décision et son intérêt

[1] Sur les caractéristiques de la procédure civile française de l'Ancien-Régime, v. Bloch (C.), « Procédure civile », *in* Bluche (F.), dir., *op. cit.*, pp. 1259-1260. V. également Van Caenegem (R.C.), *op. cit.*, pp. 32-37 et pp. 60-63.
[2] Hilaire (J.), *Histoire des institutions judiciaires*, préc., p. 139.
[3] Ranieri (F.), « Styles judiciaires dans l'histoire européenne : modèles divergents ou traditions communes ? », *in* Jacob (R.), dir., *Le juge et le jugement…*, préc., p. 188.
[4] Sergène (A.), « Le précédent judiciaire au Moyen Âge », *RHDFE*, 1961, not. pp. 230-250.
[5] *Ibid.*
[6] La confusion des rapports génétiques unissant coutume et précédent aux temps de la « jurisprudence archaïque » est bien mise en lumière par Zenati (F.), *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 19-28.
[7] Sur les principes des droits savants relatifs à l'autorité du précédent judiciaire, v. Godding (P.), « Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du XVIII^e^ siècle », *in* Perelman (Ch.) et Foriers (P.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 43 et s.
[8] Sergène (A.), *op. cit.*, p. 359.

juridique sont indiqués[1]. Rédigées à la fin du XIV^e^ siècle et appelées à connaître un succès considérable par la suite[2], les *Quaestiones* de l'avocat Jean Le Coq témoignent de cette évolution qui consacre la force probatoire du précédent.

218. Au cours des siècles suivants, la doctrine praticienne assouplit la position restrictive des droits savants[3] et élabore, à partir de la notion classique de jurisprudence[4], l'idée moderne d'une autorité des jugements des cours souveraines « s'imposant par la continuité dans la répétition »[5]. Denisart en porte témoignage dans la seconde moitié du XVIII^e^ siècle : « Un Arrêt solitaire, qui a décidé une question, ne forme qu'un préjugé ; mais si plusieurs Arrêts ont jugé la même question de la même manière, cela forme un usage & une Jurisprudence dont les juges ne doivent pas s'écarter sans de grandes raisons »[6]. Rigoureusement conceptualisé par les jurisconsultes, ce mode d'expression du droit est à cette époque bridé dans son développement par la faible motivation des décisions de justice.

b – La faiblesse des motifs

219. Confirmée par un style de la chambre des enquêtes qui prescrit en 1336 de ne mentionner aucune « cause » dans la conclusion des arrêts[7], la disparition des motifs, qui caractérisaient les premiers registres du Parlement de Paris, trouve une justification dans le secret que les juges conseillers doivent au roi[8]. Conforme aux principes des droits savants[9] et aux intérêts professionnels des juges[10], l'usage de formules stéréotypées précédant le dispositif des jugements s'ancre durablement dans la pratique judiciaire[11]. En dépit de réclamations récurrentes des États généraux[12] ou de certains auteurs éclairés[1], et malgré de timides avancées liées à la

[1] Sergène (A.), *op. cit.*, p. 367.
[2] Hilaire (J.), *Histoire des instiutions judiciaires*, préc., p. 155.
[3] Godding (P.), *op. cit.*, p. 58.
[4] Les arrêtistes qui recensent les précédents judiciaires et tentent d'en dégager la régularité (v. *infra* n° 220) sont à la fois des spécialistes de la jurisprudence au sens classique de *justi atque injusti scientia* et les fondateurs d'une « science des arrêts ». Cette dernière prend le nom de « jurisprudence des arrêts » et, par extension, c'est l'objet de cette discipline qui se voit ainsi qualifié et référencé parmi les autres acceptions possibles de la jurisprudence dans la doctrine de la fin de l'Ancien Régime.
[5] Hilaire (J.), *op. cit.*, p. 155.
[6] Denisart (J.B.), *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, 1773, Tome 1, *V°* Arrêt, p. 137, n° 8. Rappr. Ferrière (C.-J. de) qui dans son *Dictionnaire de droit et de pratique* (préc.) d'une part définit la « Jurisprudence des arrest » comme « l'induction que l'on tire de plusieurs Arrêts qui ont jugé une question de la même manière, dans la même espèce » (Tome 2, p. 100) ; et d'autre part rappelle que « plusieurs Arrêts se trouvant conformes *in terminis* sur une question, forment à la fin une espèce d'usage (…) que les Juges ne sont pas absolument obligés de suivre, mais dont ils ne doivent pas non plus s'écarter facilement & sans raison » (Tome 1, *V°* Arrest, p. 118).
[7] Sauvel (T.), « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, pp. 20-21.
[8] Hilaire (J.), « Jugement et jurisprudence », *APD*, 1995, Tome 39, p. 184.
[9] Godding (P.), *op. cit.*, pp. 46-49.
[10] Godding (P.), *op. cit.*, p. 52 ; rappr. Sauvel (T), *op. cit.*, p. 25.
[11] Hilaire (J.), *op. cit.*, p. 184.
[12] Dès 1560, les États généraux réunis à Orléans demandent la suppression des arrêts non motivés. Alors non satisfaite, cette requête est réitérée à diverses occasions jusqu'à la Révolution. Elle se retrouve à l'identique dans les cahiers de doléances rédigés à la toute fin de l'Ancien Régime (Sauvel (T.), *op. cit.*,

procédure de cassation devant le Conseil du Roi[2], le principe selon lequel « il n'est pas nécessaire que les Juges expriment les motifs de leurs jugements »[3] conserve son autorité tout au long de l'Ancien Régime.

220. Cela n'empêche pas la floraison des recueils privés, qui bénéficie pleinement de l'essor de l'imprimerie à partir du XVI^e^ siècle. Œuvres de praticiens – magistrats pour la plupart - dont l'art consiste à retrouver les motifs des jugements à partir de leur propre expérience ou de celle relatée dans les notes de leurs collègues et de leurs prédécesseurs, ces ouvrages sont fréquemment dénoncés pour leur imprécision[4]. A l'incertitude relative au fondement juridique des décisions évoquées s'ajoute parfois, selon les auteurs, un doute sur leur existence même : « rien que la citation d'une date exacte pose problème »[5].

221. Les faiblesses de cette littérature, dont la cause doit être recherchée autant dans les qualités des arrêtistes[6] que dans les conditions d'élaboration des recueils[7], expliquent le point de vue ambivalent que porte l'opinion éclairée sur la jurisprudence à la fin de l'Ancien Régime. L'*Encyclopédie* y verrait le « meilleur guide si l'on étoit toujours bien instruit (…) des motifs qui ont déterminé les juges » tout en déplorant que les arrêts soient « le plus souvent rapportés peu exactement par les arrêtistes, & mal appliqués par ceux qui les citent »[8]. Dans les représentations de la justice royale, cette incertitude trouve un contrepoint dans la qualité des juges. Abondamment théorisée par les jurisconsultes, celle-ci garantit une bonne justice et

p. 27 et s. et p. 44). L'article 79bis du « résumé des cahiers sur la réforme judiciaire établi par la Chancellerie » en 1789 exprime très clairement ce souhait : « Que tout jugement ou arrêt rendu, soit au civil, soit au criminel, contienne les motifs de la décision (…) sous peine de nullité (…) et que la formule de condamner *pour les cas résultant du procès* soit à jamais proscrite » (Seligman (E.), *La justice en France pendant la Révolution (1789-1792)*, préc., vol. 1, annexe n° IV, p. 504).

[1] Sauvel (T.) rapporte les propos de Raoul Spifame qui, au milieu du XVI^e^ siècle, fit publier sous la forme de fausses ordonnances royales l'ordre aux juges d'exprimer « aux dictons de leurs sentences et jugements la cause (…) d'iceulx pour en faire une loi générale et donner forme aux jugements des procès futurs fondés sur mêmes raisons et différends » (article précité, p. 27). Mais, c'est surtout au XVIII^e^ siècle, et en rapport avec le secret de la procédure pénale, que certains philosophes s'engagent dans un combat pour une meilleure motivation de la jurisprudence. Sur cette période, v. Raynaud (Ph.), « La loi et la jurisprudence des Lumières à la Révolution française », *APD*, 1985, Tome 30.

[2] Cette question est traitée par Lebigre (A.), « "Pour les cas résultant du procès", Le problème de la motivation des arrêts », *Histoire de la Justice*, 1994, n° 7, pp. 23-37. Rappr. Bléry (C.), « L'obligation de motiver les décisions de justice était-elle révolutionnaire en 1790 ? », *Histoire de la justice*, 1991, n° 4, not. pp. 91-93.

[3] Jousse (D.), *Traité de l'administration de la justice*, préc., vol. 2, p. 34.

[4] Chêne (Ch.), « L'arrestographie, science fort douteuse », *Recueil de mémoires et travaux publié par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, 1985, fasc. XIII, p. 180.

[5] *Ibid.*

[6] Poumarède (J.) montre bien l'existence de degrés de qualité très variés dans le travail des arrêtistes toulousains (« Les arrêtistes toulousains », *in* Poumarède (J.) et Thomas (J.), dir., *Les Parlements de province…*, préc., not. p. 382 et s.) ; variété qui caractérise l'ensemble des publications du royaume en la matière.

[7] Outre les caractéristiques du discours judiciaire, il faut mentionner, parmi les éléments déterminant le travail des arrêtistes, la situation générale de la presse et les règles de publication des décisions de justice qui subordonnent cette dernière à l'accord des juridictions dont ils émanent. Sur ces points, v. not. Serverin (E.), *De la jurisprudence en droit privé, Théorie d'une pratique*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1985, p. 44 et s.

[8] *Encyclopédie…*, préc., Tome 9, p. 82.

rend superflue la production d'un discours judiciaire qui aurait pu s'imposer comme limitation au pouvoir propre des magistrats[1].

B. CONFORMITE DES JUGES

> « Les Rois et les Peuples souverains auroient en vain créé des Oficiers pour rendre la Justice, si en même tems ils n'avoient donné ordre de les retenir en leur devoir (…). C'est pourquoi ils ordonnerent (…) qu'ils s'obligeassent par un serment solennel, de suivre en leurs jugemens les Loix & les Ordonnances publiques, de ne point se laisser emporter à la faveur ni à la haine, ni corrompre par les presens, de ne point redouter la puissance des uns, ni mépriser la foiblesse des autres… »
>
> Cardin Le Bret, « Traité de la souveraineté du roy », *in Œuvres*, Paris, 1639, Liv. 2, Chap. 3, p. 43.

222. La convenance des juges à leur destination est la condition nécessaire de leur légitimité. Pour garantir l'une et l'autre, les représentations savantes et populaires du droit ont, depuis le Moyen Âge, inclu des références à la conformité des juges à certains standards de bonne justice. Les savants, les magistrats et les légistes s'attachent, chacun à leur manière, à dresser le portrait du parfait détenteur de la justice royale en énumérant les qualités requises pour exercer cette charge (1). A ce corps de représentations font écho des réflexions récurrentes sur la responsabilité des juges tant sur le plan moral que juridique (2).

1 – QUALITES

223. Le discours des juristes savants, des juges et des légistes construit, et maintient avec une continuité remarquable, une image idéale du juge ordinaire. Du XII[e] siècle à la fin de l'Ancien Régime, les jurisconsultes élaborent et développent une problématique selon laquelle « celui qui s'attache à l'administration de la Justice, doit joindre aux qualités de cœur » (a) certaines « qualités de l'esprit »[2] (b) afin de s'acquitter correctement de son devoir.

a – Qualités de cœur

224. Pierre d'angle des représentations savantes de la justice, la figure du juge médiéval se construit « à la confluence de la morale religieuse et du droit »[3]. Dans l'espace délimité par les règles procédurales, le magistrat occupe une place cruciale exigeant « intégrité, honnêteté, courage, diligence et discernement »[4]. Ces valeurs constituent autant de qualités subjectives dont la doctrine du bas Moyen Âge –

[1] Serverin (E.), *op. cit.*, p. 47. Rappr. pp. 64-65.
[2] Ferrière (C.J. de), *Dictionnaire de droit et de pratique*, préc., Tome 2, *V°* Juges, p. 81.
[3] Mayali (L.), « Entre idéal de justice et faiblesse humaine : le juge prévaricateur en droit savant », préc., p. 102.
[4] *Ibid*.

faisant écho à la législation pontificale d'une part et aux ordonnances royales d'autre part - pare les magistrats.

225. Les auteurs des XV^e^ et XVI^e^ siècles reprennent sans rupture ces réflexions et participent à leur amplification[1]. Bénéficiant des progrès de la théorie du droit divin qui s'étend, par analogie, du Prince à ses officiers, les juges profitent à cette époque de représentations génératrices « à la fois d'un renforcement du prestige, (…) mais aussi des devoirs »[2]. A côté des développements consacrés à la déontologie judiciaire dans les traités généraux, ce thème doctrinal s'exprime également dans les harangues et les mercuriales des parlementaires, ainsi que dans certains opuscules exclusivement consacrés à cette question[3]. C'est de ce genre que relève le mémoire sur *Les qualités necessaires a un juge, avec la résolution des questions les plus importantes sur les devoirs de la profession*, publié en 1699 et attribué à Fuyot de la Marche, dans lequel l'auteur entend « réduire en abrégé (…) tout ce que (…) les Juges doivent sçavoir par nécessité et pratiquer par devoir »[4].

226. Discours idéologique légitimant l'appareil justicier de l'État monarchique et outil de normalisation des pratiques judiciaires[5], cette littérature juridique insiste d'abord sur la piété du juge. Considérée comme « le fondement, le motif, & la règle » des études préparant aux charges judiciaires[6], la religion s'impose aux magistrats. Théoriquement, elle surplombe l'important dispositif de règles définissant les canons de l'intégrité des juges. Pratiquement, elle les oblige à adopter une conduite chrétienne dans tous les aspects de leur vie sociale et personnelle. Partagée par les juristes d'Ancien Régime, cette problématique est magistralement résumée par Domat à la fin du XVII^e^ siècle[7]. Pour l'illustre jurisconsulte, de toutes les qualités exigibles des officiers de justice, la « crainte de Dieu » apparaît comme la plus essentielle « puisqu'elle est le fondement des autres et les comprend toutes »[8] : gage « de force et de courage », d'« amour de la vérité » et d'« éloignement de l'avarice », elle est le « principe » sans lequel « l'uniformité dans tous les devoirs ne peut subsister »[9].

[1] Thireau (J.L.), « Le bon juge chez les juristes français du XVI^e^ siècle », préc., not. p. 132.
[2] *Ibid.*
[3] Exemplaire de cette littérature, le *Discours des parties et office d'un bon et entier juge* de Jean de Coras, professeur de droit et conseiller au Parlement de Toulouse jusqu'en 1572, est analysé dans l'article préc. de Thireau (J.-L.), pp. 136-141.
[4] « Avertissement » à l'ouvrage sur *Les qualités necessaires a un juge, avec la résolution des questions les plus importantes sur les devoirs de la profession*, Lyon, 1699.
[5] Pour une ébauche de problématique sur ces questions, v. Delprat (C.), « Magistrat idéal, magistrat ordinaire selon La Roche-Flavin : les écarts entre un idéal et des attitudes », *in* Poumarède (J.) et Thomas (J.), dir., préc., not. pp. 717-719.
[6] D'Aguesseau, « Instructions sur les Etudes propres à former un Magistrat », *in Œuvres*, préc., vol. 1, p. 260.
[7] Domat (J.), « Le droit public », préc., not. Livre II, Titre IV, Sect. 2.
[8] Domat (J.), *op. cit.*, p. 138.
[9] Domat (J.), *op. cit.*, p. 139.

b – Qualités de l'esprit

227. La pureté des intentions du magistrat est le premier de ses devoirs, mais la corruption des juges n'est pas le seul écueil qui menace l'exercice de la justice. L'incompétence peut également lui être fatale. Ce constat, récurrent dans la doctrine juridique du Moyen Âge[1] à la fin de l'Ancien Régime, conduit les auteurs à exiger des membres de l'appareil judiciaire une aptitude particulière à résoudre les différends. Ils refusent de voir cette tâche exercée par « ceux qui n'ont pas encore l'esprit formé, ou qui sont malades des maladies de l'esprit »[2], et réclament des juges qu'ils aient, non seulement un âge raisonnable et une santé mentale satisfaisante, mais également un savoir-faire propre à leur fonction.

228. Second versant du portrait doctrinal de l'officier de justice, la mise en valeur de ses capacités concilie l'idéal humaniste à l'idéal chrétien dans les représentations juridiques de la déontologie judiciaire. En la matière, la barre est placée très haut et le magistrat se voit parfois réclamer une érudition encyclopédique : ainsi, pour l'auteur du *Discours des parties et office d'un bon et entier juge*, celui « ayant le parfait sçavoir de tous artes et disciplines, celuy-là certes mériteroit sur tous d'estre juge pour avoir cognoissance de toute choses, desquelles luy convient quelquefois faire jugement »[3].

229. L'inaccessibilité de cet objectif conduit les jurisconsultes à exclure des compétences exigées du juge certaines disciplines de peu d'intérêt lorsqu'il s'agit de rendre la justice. Pour Bernard de la Roche-Flavin, il en va ainsi de la poésie[4], de la géométrie[5], de la peinture[6] et de la musique[7] également inutiles, ou de l'alchimie[8] et de « l'astrologie judiciaire »[9] absolument prohibées. Reste que les officiers judiciaires doivent être d'habiles juristes et de fins lettrés, comme en témoigne le « plan général » des études « propres à former un magistrat » établi par d'Aguesseau[10]. Selon le Chancelier, le futur juge doit se pénétrer de jurisprudence, dans son acception première de science du droit, et maîtriser autant le droit romain que le droit canonique. A ces matières, il ajoute également l'histoire[11], les « Belles-Lettres »[12] ainsi que « l'art de prouver » et celui « de plaire en prouvant pour mieux prouver »[13]. Autant de qualités dont l'absence, si elle nuit à l'exercice de la justice, peuvent déboucher sur une mise en cause de la responsabilité du juge.

---

[1] Mayali (L.), *op. cit.*, p. 96.
[2] Ferrière (C.-J. de), *Dictionnaire de droit et de pratique*, préc., Tome 2, *V°* Juge, p. 78.
[3] Coras, *op. cit*, p. 36, cité par Thireau (J.-L.), *op. cit.*, p. 137, note 3.
[4] La Roche-Flavin (B. de), *op. cit.*, Liv. VI, Chap. 30, p. 363.
[5] La Roche-Flavin (B. de), *op. cit.*, Liv. VI, Chap. 40, p. 375.
[6] La Roche-Flavin (B. de), *op. cit.*, Liv. VI, Chap. 41, p. 375.
[7] La Roche-Flavin (B. de), *op. cit.*, Liv. VI, Chap. 42, p. 375.
[8] La Roche-Flavin (B. de), *op. cit.*, Liv. VI, Chap. 43, p. 375.
[9] La Roche-Flavin (B. de), *op. cit.*, Liv. VI, Chap. 39, p. 375.
[10] D'Aguesseau, « Instructions sur les Etudes propres à former un Magistrat », préc., p. 257 et s. ; rappr. Gautier (P.-Y.), « Le discours de la méthode du Chancelier Daguesseau », *RTDCiv*, 1994, p. 67.
[11] D'Aguesseau, *op. cit.*, p. 284.
[12] D'Aguesseau, *op. cit.*, p. 342.
[13] D'Aguesseau, *op. cit.*, p. 403.

2 – RESPONSABILITE

230. La dignité de la fonction du juge, et l'immensité de ses devoirs, dessinent en creux l'image d'une nécessaire responsabilité : les magistrats doivent répondre de leur comportement et de leur activité. Cette idée qui se dégage très tôt des représentations juridiques, tant savantes que symboliques[1], s'exprime à travers des principes permettant aux juristes de penser le contrôle des magistrats par la justice (a) et par les justiciables (b).

a – Le magistrat devant la justice

231. Occupant une place importante dans les représentations religieuses médiévales[2], le serment devient au XII^e^ siècle « le véritable acte fondateur de la fonction de juger et, en même temps, la source de la responsabilité du juge »[3]. Corollaire de « l'invention de la conscience judiciaire » qui fait succéder la raison du juge aux autres formes du jugement de Dieu[4], cette pratique élève les fautes déontologiques au rang de parjures et conduit à juger les magistrats à l'aune de la fidélité à leur promesse. Organisé par les anciennes ordonnances des rois de France, ce rite religieux s'ancre durablement dans la tradition juridique[5]. Avec la réception et l'installation des officiers en leurs tribunaux, le serment demeure tout du long de l'Ancien Régime un des éléments qui « donnent au Juge le caractère de l'autorité publique »[6].

232. Cette promesse du magistrat faite à Dieu, loin de rester du ressort unique de son for interne, ouvre la voie à sa responsabilité disciplinaire. A l'image des conseillers au Parlement, qui doivent prêter avant examen un premier serment sur « l'image du crucifix », puis un second par lequel ils promettent de « porter honneur & reverance à leur presidens, & obeir aux Arrests & commandemens de la Cour »[7], les juges s'engagent devant la justice divine, mais également devant la justice des hommes[8].

233. Relevant à l'origine directement du roi, le pouvoir disciplinaire sur les magistrats lui échappe à mesure que ceux-ci gagnent en indépendance à partir du

[1] Sur cette dimension, v. Jacob (R.), *Images de la justice*, Paris, Le léopard d'or, 1994, not. pp. 65-91.
[2] Gaudemet (J.), « Le serment dans le droit canonique médiéval », *in* Verdier (R.), dir., *Le serment – Théories et devenir*, Paris, CNRS, 1991, vol. 2, p. 63.
[3] Jacob (R.), « Les fondements symboliques de la responsabilité des juges. L'héritage de la culture judiciaire médiévale », *Histoire de la justice*, 2000, n° 12, p. 9.
[4] Jacob (R.), « Le serment des juges ou l'invention de la conscience judiciaire (XII^e^ siècle européen) », *in* Verdier (R.), dir., *Le serment – Signes et fonctions*, Paris, CNRS, 1991, vol. 1, p. 439.
[5] La pensée jusnaturaliste du XVII^e^ siècle fragilise les fondements théologiques de la souveraineté politique mais ne porte pas atteinte dans son principe à cette pratique d'accession à la magistrature. Sur ce point, v. Goyard-Fabre (S.), « La nature et le sens du serment selon les jusnaturalistes du XVII^e^ siècle », *in* Verdier (R.), dir., *op. cit.*, vol. 2, p. 91.
[6] Denisart (J.B.), *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, 1773, Tome 3, *V°* Juges, p. 57, n° 24**.**
[7] La Roche-Flavin (B. de), *op. cit.*, Liv. 6, Chap. 47, p. 380.
[8] Un aspect de cette question est traité par Bongert (Y.), « Question et responsabilité du juge au XIV^e^ siècle d'après la jurisprudence du Parlement de Paris », *in Hommage à Robert Besnier*, Paris, Sté d'histoire du droit, 1980, p. 25 et s.

XV^e^ siècle[1]. L'inamovibilité, la vénalité et l'hérédité des offices ont pour corollaire l'appropriation par les juges eux-mêmes de la police des comportements judiciaires. A côté des modèles de vertu dressés par la doctrine, et des obligations établies par les textes royaux, la corporation judiciaire ébauche un droit disciplinaire visant à garantir la dignité, la loyauté et la droite activité du magistrat[2]. « Pour l'honneur de la compagnie et de la magistrature ! »[3], il importe de sanctionner, sinon de manière systématique[4], du moins de manière ostentatoire[5], celui qui manque à ses obligations, afin « que les sujets du roi aient confiance en leurs juges ordinaires »[6].

b – Le magistrat devant les justiciables

234. Ancré au cœur du système disciplinaire de la magistrature, le principe hiérarchique sert également le contrôle des juges par les justiciables qu'organise la procédure d'appel. Cette technique d'origine romaine, reprise et systématisée par les canonistes, et étendue aux cours laïques au XIII^e^ siècle[7], succède à des formes archaïques de mise en jeu de la responsabilité judiciaire par les justiciables devant les cours féodales. A la « provocation en duel élevée par la partie perdante contre l'auteur de la décision » abolie par Saint Louis[8], se substitue l'*appelatio* romano-canonique qui consiste, selon les termes de Tancrède[9], en un « recours adressé par une partie au juge supérieur dans le but de faire réformer une décision rendue par un juge inférieur lorsque cette partie prétend qu'elle est contraire aux règles du droit »[10].

235. Pendant, dans le domaine des voies de recours, de la rationalisation de la fonction de juger qui s'opère au XII^e^ siècle, cette procédure fut un puissant instrument de renforcement du pouvoir royal[11] en même temps qu'un mécanisme

[1] Sur ce processus, v. Soleil (S.), « "Pour l'honneur de la compagnie et de la magistrature !" Le pouvoir disciplinaire interne aux institutions judiciaires », *Histoire de la justice*, 2000, n° 12, p. 53.
[2] Soleil (S.), *op. cit.*, p. 57 et s.
[3] Soleil (S.), *op. cit.*, p. 57. Sur l'honneur dans la magistrature d'Ancien-Régime, v. Royer (J.-P.), *Histoire de la justice*, préc., p. 130.
[4] Santucci (M.-R.), « Les ambiguïtés du contrôle de la justice sous l'Ancien Régime », *Recueil de mémoires et travaux publié par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit (Critères du juste et contrôle des juges)*, préc., pp. 129-192.
[5] Évoquant la peine de « flestrissement des officiers de justice » qui consiste en un marquage au front « avec un fer chaud », la Roche-Flavin (B. de) la décrit comme « une peine plus douce & tollerable, que l'escorchement tout vif » et la justifie en invoquant sa visibilité : « comme les Magistrats estant plus eslevez, leurs crimes sont plustost veus & remarquez que des autres : aussi faut que la marque de la peine de leur mesfaict soit plus veuë et cognue que des autres, la marquant à la partie de l'homme plus haute, eslevée et découverte », *op. cit.*, Liv. XI, Chap. 17, p. 652.
[6] Gauvard (C.), « Les juges devant le Parlement de Paris aux XIV^e^ et XV^e^ siècles », *Histoire de la justice*, 2000, n° 12, p. 44.
[7] Ourliac (P.) et Gazzaniga (J.-L.), *Histoire du droit privé français…*, préc., p. 62. Rappr. dans le même ouvrage les remarques pp. 471-472, note 14.
[8] Jacob (R.), « Les fondements symboliques de la responsabilité des juges… », préc., p. 17.
[9] Tancrède fut l'un des canonistes les plus renommés du XIII^e^ siècle. Son traité de procédure est très tôt traduit en France et il fait autorité pendant tout le Moyen Âge. Il influencera notablement Beaumanoir. V. Guyader (J.), « L'appel en droit canonique mediéval », *in* Thireau (J.L.), dir., *Les voies de recours judiciaires, instrument de liberté*, Paris, PUF, 1995, p. 45, note 1.
[10] Tancrède, *Ordo judiciarius*, éd. F. Bergmann, Goettingue, 1842, *De appellationibus*, IV, V, I, cité et traduit par Guyader (J.), *op. cit.*
[11] *Supra* n° 41.

privilégié de mise en jeu de la responsabilité judiciaire. Élevant le Parlement des rois de France au rang de gardien de la discipline de tous les juges, l'appel hiérarchique conserve longtemps l'idée d'une mise en cause directe du magistrat par son justiciable[1]. Au XVIII[e] siècle, Pothier classe cette technique parmi « les manières de se pourvoir contre les sentences »[2], mais il y voit toujours « le recours d'une partie (…) contre les torts ou griefs qu'elle prétend lui avoir été faits par les Juges »[3].

236. Détaillant, à côté de l'appel, toute une gamme de techniques disciplinaires[4] permettant de garantir la conformité des magistrats aux exigences de leur fonction, la doctrine d'Ancien Régime banalise cet acte de pratique courante qui consiste à citer son juge. Mais, simultanément, les savants déplorent les abus résultant des recours en cascade et vilipendent la justice dans le Royaume de France pour « cette multiplication des degrez de Iurisdiction (qui) rend les procés immortels »[5]. Gage de bonne justice, les voies de recours sont également comble de l'injustice pour « le pauvre païsan » qui « mourra avant que son procès soit jugé en dernier ressort »[6] : « avant qu'on peust parvenir à la définitive, il falloit quelquefois faire vuider plus de six appellations, l'une après l'autre, & chacune en deux ou trois Sieges »[7]. Le poids de la tradition monarchique empêche la royauté de mener à terme une transformation institutionnelle en la matière[8] et c'est finalement la Révolution, dans son élan rationalisateur, qui opère le réaménagement nécessaire de la justice.

§ 2. L'AMENAGEMENT RATIONNEL DE L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

237. Aux discours sur la pureté des juges, la Révolution fait succéder la thématique de la perversité des juristes et les Constituants, désireux de liquider le fatras de cours et tribunaux accumulé par la monarchie, tracent à l'équerre le modèle d'une nouvelle justice. L'Empire exerce son droit d'inventaire sur ces plans et n'en conserve qu'une partie, revenant sur bien des points aux solutions d'Ancien Régime. Du moins l'épisode napoléonien consacre-t-il l'avènement d'un ordre judiciaire durablement organisé selon une logique volontariste se réclamant de la raison (A). Longtemps tout entière absorbée par la description minutieuse des textes législatifs organisant ces nouvelles institutions, la doctrine juridique s'engage tardivement dans

[1] Selon Jacob (R.), dans les derniers siècles du Moyen Âge, « toute invalidation d'un jugement en appel faisait présumer la faute professionnelle de son auteur et, réciproquement, tout appel prenait la physionomie d'un recours disciplinaire », *op. cit.*, p. 18.
[2] Pothier, *op. cit.*, p. 286.
[3] *Ibid.*
[4] Avec l'appel, la récusation et la prise à partie sont les deux principaux mécanismes permettant aux parties de faire jouer la responsabilité de leurs juges. Sur l'unification et la réglementation de ces procédures par l'ordonnance de 1667, v. Methy (C.), « Le juge entre prise à partie et récusation : résistance et compromis dans l'ordonnance civile de 1667 », *Histoire de la justice*, 2000, n° 12, p. 91.
[5] Loyseau (Ch.), « Discours de l'abus des justices de village », préc., p. 10.
[6] *Ibid.* Selon l'illustre jurisconsulte, le mal est tel qu'« aux endroits où il y a tant de degrez de Iurisdiction, il est plus expédient de tout quitter que de plaider », *ibid.*
[7] Loyseau (Ch.), *op. cit.*, p. 23.
[8] Hilaire (J.), « Un peu d'histoire », *Justices*, 1996, n° 4, p. 10.

la voie d'une systématisation de ce cadre normatif, traçant ainsi les contours de l'office du juge et du service de justice (B).

A. LA REFONTE INSTITUTIONNELLE DU CADRE JUDICIAIRE

> « Si l'on en croyait certaines personnes, on supprimerait toute espèce de procédures, comme si la décision des magistrats pouvait n'être précédée d'aucune instruction : on réduirait arbitrairement tous les droits, comme s'il pouvait exister dans l'État une classe d'hommes qui seule donnerait gratuitement à ses concitoyens ses soins, ses peines, le fruit de son travail et de son expérience. Comment peut-on se livrer encore à ces exagérations après l'épreuve récente que nous avons faite ? »
>
> Exposé général du système du Code de procédure civile, par M. Treilhard au Corps législatif, séance du 4 avril 1806, rapporté par Le Baron Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, Treuttel et Würtz, 1830, Tome XXI, pp. 32-33.

238. L'utopie rationaliste, qui préside à la régénération révolutionnaire de l'ordre judiciaire, nourrit un modèle de justice conciliatoire et un idéal institutionnel caractérisé par sa simplicité formelle et sa proximité spatiale. Les réformes des premières années de la Révolution vont en ce sens et marquent en profondeur le paysage juridique français (1). Tout à la fois érodant et consolidant cette empreinte, le régime napoléonien la fond à des éléments d'Ancien Régime et donne à la France un ordre judiciaire durable qui fixe, pour plus de 150 ans, l'organisation des juridictions civiles et leur marche procédurale (2).

1 – REGENERATION JUDICIAIRE ET UTOPIE RATIONALISTE

239. En dépit de la nomophilie régnant lors de la reconstruction de l'ordre judiciaire par les Constituants, la légalité cède le pas à d'autres topiques quand ils en viennent à déterminer les modalités pratiques d'exercice de la nouvelle justice. Un jusnaturalisme sous-théorisé et teinté d'optimisme favorise alors le développement des procédures conciliatoires au détriment des juridictions étatiques (a). Dans le même temps, l'antijuridisme et l'égalitarisme des révolutionnaires alimentent la simplification de l'organisation et des formes judiciaires (b).

a – Jusnaturalisme, optimisme et colonisation du judiciaire par l'arbitrage

240. Révélatrice de la faible pénétration des doctrines « scientifiques » du droit naturel dans la France pré-révolutionnaire[1], les limites de la réflexion révolutionnaire

[1] Selon Halpérin (J.-L.), « le droit naturel n'a jamais été, pour nos philosophes, un système mais plutôt une référence, parfois assez vague à des principes juridiques ou moraux censés remonter à la pureté de l'état de nature », *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992, p. 63. Sur les doctrines jusnaturalistes dites « scientifiques », v. les articles de Thomann (M.), « Histoire de l'idéologie juridique au XVIII[e] siècle, ou :

en la matière[1] ne sauraient faire oublier la perspective résolument jusnaturaliste adoptée par l'Assemblée[2]. Cet arrière-plan théorique nourrit largement la faveur des Constituants pour l'arbitrage et la conciliation, espaces d'expression privilégiés de la raison naturelle dans l'ordre du contentieux[3]. Sensible dans les cahiers de doléances[4], l'engouement pour ces modes de résolution des litiges, qui s'accordent parfaitement au souci révolutionnaire de limiter l'emprise des juges sur le corps social, s'appuie sur l'anthropologie sociale optimiste du moment. Pour les députés, « planter alentour des humains le décor neuf auquel on songe aura pour nécessaire effet de suffire à les bonifier »[5] ; et de cette conviction surgit la nécessité de nouvelles institutions, partiellement dégagées des exigences du droit positif pour être mieux sensibles à celles de la raison.

241. Cette justice projetée, qui doit amener la concorde où les instances judiciaires attisaient les rancœurs, a l'arbitrage pour principal pilier. Dans l'importante loi des 16-24 août 1790 qui reconstruit l'ordre judiciaire en son entier, les députés lui consacrent la première place et interdisent que celle-ci puisse lui être un jour contestée. L'article 1er de ce texte, voté sans discussion par l'Assemblée[6], décrète : « (l)'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législatures ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer, soit la faveur, soit l'efficacité des compromis ».

242. Cette préséance, qui s'impose jusque dans les constitutions révolutionnaires[7], non seulement rétrécit le territoire du judiciaire[8], mais en modifie

"le droit prisonnier des mots" », *APD*, 1974, Tome 19, et « Un modèle de rationalité idéologique : le "rationalisme" des Lumières », *APD*, 1978, Tome 23.

[1] Sur le droit naturel des députés au tout début de la Révolution française, v. Halpérin (J.-L.), *op. cit.*, chapitre 2, pp. 51-76. V. également les articles de Thomann (M.), « Droit naturel et Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 », *in* Vovelle (M.), dir., *op. cit.*, Tome 1, p. 65 ; et « Origines et sources doctrinales de la déclaration des droits », *Droits*, 1988, n° 8, not. pp. 68-69.

[2] V. sur ce point Wachsmann (P.), « Naturalisme et volontarisme dans la déclaration des droits de l'homme de 1789 », *Droits*, 1985, n° 2, pp. 14-15.

[3] Selon Clère (J.-J.), dans l'idéologie révolutionnaire, arbitrage et conciliation sont « indissociables » en ce qu'ils apparaissent tous deux « comme la suite logique du droit naturel, droit simple, clair et immédiatement perceptible », « L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution (1790-1806) », *Rev. arb.*, 1981-1, p. 8. Sur cette problématique, v. également l'article du même auteur intitulé « Recherche sur l'histoire de la conciliation en France au XVIIIe et XIXe siècles », *MSHDI*, 46e fascicule, 1989, p. 191.

[4] Dans son résumé des cahiers sur la réforme judiciaire (article 29), la Chancellerie présente comme un « vœu général » l'établissement d'un « Conseil de paix » dans chaque paroisse pour faire « office d'arbitre gratuit » avant que « les parties ne puissent se pourvoir en justice », reproduit *in* Seligman (E.), *op. cit.*, p. 494.

[5] Martin (X.), *Nature humaine et Révolution française du siècle des Lumières au Code Napoléon*, Bouère, Éd. Dominique Martin Morin, 1994, p. 99.

[6] Séance du 16 août 1790, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, Paris, Plon, 1860, Tome 5, p. 408.

[7] Reprennent ainsi une partie des principes exprimés par la loi des 16-24 aout 1790, la Constitution du 3 septembre 1791 (Titre III, Chap. V, Art. 5), le projet girondin des 15 et 16 février 1793 (Titre X, Sect. 2, art. 273), la Constitution du 24 juin 1793 (art. 86), celle du 5 fructidor an III (art. 210).

[8] Parmi les dispositions qui restreignent alors le domaine des juges au profit de celui des arbitres, on peut citer par exemple le principe selon lequel « il ne sera point permis d'appeler des sentences arbitrales, à moins que les parties ne se soient expressément réservées, par le compromis, la faculté de l'appel » et qu'elles aient également convenu « par le compromis, d'un tribunal entre tous ceux du royaume auquel

l'essence même. Conçus comme de simples « arbitres publics »[1], les juges voient leur activité réorganisée à l'aune d'un modèle dont la finalité est plus la réconciliation des parties que la résolution juridique de leurs litiges[2]. A l'Assemblée, Prugnon rappelle qu'avant de rendre la justice, la société doit « (e)mpêcher les procès », et à l'adresse des citoyens il ajoute : « (p)our arriver au temple de la justice, passez par celui de la concorde »[3]. Ce principe guide les révolutionnaires dans l'instauration d'un préliminaire de conciliation devant un *bureau de paix*, préalable obligatoire à la liaison de tout contentieux de quelque importance[4]. Il s'exprime également dans l'institution, au socle de l'édifice judiciaire, d'une justice de paix[5] « qui ne demande pas d'autres lois que les indications du bon sens »[6] et dont les magistrats sont « semblables aux citoyens qui décident (…) en qualité d'arbitres »[7]. L'établissement de *tribunaux de famille* relève de la même logique[8] : conçues pour « rendre la conciliation inévitable (…) en donnant aux parties des juges intéressés à les accorder »[9], cette incarnation domestique de l'arbitrage bénéficie, comme ce dernier, de l'antijuridisme croissant qui caractérise les premières années de la Révolution.

---

l'appel sera déféré, faute de quoi l'appel ne sera pas reçu », articles 4 et 5 du décret des 16-24 août 1790. L'extension de l'arbitrage, qui va se faire forcé en certaines matières, est continuelle jusqu'en 1794. Sur l'arbitrage forcé, v. Ikni (G.-R.), « La loi du dix juin 1793 et la sentence arbitrale : une procédure d'expropriation révolutionnaire ? », *in* Vovelle (M.), dir., *op. cit.*, Tome 2, p. 417 ; et dans le même volume, Solakian (D.), « Copartageants ou propriétaires ? Interprétations locales de la loi du 10 juin 1793 sur le mode de partage de terrains communaux », p. 429.

[1] Radicale en ce domaine comme en d'autres, la Constitution du 24 juin 1793 (articles 91 et 93) évite soigneusement le vocable de « juge » pour n'évoquer que les « arbitres publics » dont la fonction est de « (connaître) des contestations qui n'ont pas été terminées définitivement par les arbitres privés ou par les juges de paix ».

[2] Sur la philosophie générale et les formes institutionnelles des procédures conciliatoires, v. la synthèse de Royer (J.-P.), *Histoire de la justice*, préc., pp. 281-292.

[3] Séance du mercredi 7 juillet, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 5, pp. 73-74.

[4] Le décret des 16-24 août 1790 prévoit dans son Titre X, article 2, qu'« (a)ucune action au principal ne sera reçue au civil devant les juges de district (…) si le demandeur n'a pas donné, en tête de son exploit, copie du certificat du bureau de paix, constatant que sa partie a été inutilement appelée à ce bureau, ou qu'il a employé sans fruit sa médiation », Duvergier (J.B.), *op. cit.*, Tome 1, p. 326. Sur le préliminaire de conciliation, v. Léonnet (J.), « Une création de l'Assemblée constituante : la conciliation judiciaire », *in* Badinter (R.), dir., *Une autre justice*, préc., p. 267.

[5] V. Delaigue (P.), « Une justice de proximité : création et installation des juges de paix (1790-1804) », *Histoire de la Justice*, 1995-1996, n° 8-9, p. 31. V. également Ten Raa (M.G.), « Les origines de la justice de paix et la République », *in* Lorgnier (J.), Martinage (R.) et Royer (J.-P.), dir., *Justice et République(s)*, préc., p. 137. V. enfin les travaux de Métairie (G.), not. « Figures de juges de paix parisiens », *in Hommage à Romuald Szramkiewicz*, Paris, Litec, 1998, p. 235.

[6] Thouret, Séance du mercredi 7 juillet, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 5, p. 67. Poursuivant, l'illustre membre du comité de constitution explique que « (p)our être juge de paix, il suffira d'avoir les lumières de l'expérience et d'un bon jugement, et l'habitude des contestations », *ibid.*

[7] *Ibid.*

[8] Sur les tribunaux de famille, v. les travaux de Commaille (J.), « Les tribunaux de famille sous la Révolution. Recours à l'histoire comme contribution à une sociologie de la justice et des relations privé-public », *in* Badinter (R.), dir., *op. cit.*, p. 205 ; et « Les formes de justice comme mode de régulation de la famille, questions sociologiques posées par les tribunaux de famille sous la Révolution française », *in* Théry (I.) et Biet (C.), dir., *La famille, la loi, l'État…*, préc., p. 274. V. également, dans le même volume, Halpérin (J.-L.), « La composition des tribunaux de famille sous la Révolution, ou "les juristes, comment s'en débarasser ?" », p. 292.

[9] Guichard (A.-C.), *Traité du tribunal de famille*, Paris, 1791, cité par Halpérin (J.-L.), *op. cit.*, p. 295.

b – Antijuridisme, égalitarisme et simplification de la justice pour le justiciable

243. La croyance révolutionnaire selon laquelle « la loi naturelle est gravée dans le cœur de l'homme et (…) la loi politique – la volonté générale – existe dans toutes les consciences individuelles »[1] porte en germe l'idée selon laquelle les citoyens peuvent résoudre pacifiquement leurs différends. Lourde d'un antijuridisme implicite, cette conception renforce une aversion pour le droit qui s'exprimait déjà sous l'Ancien Régime dans la dénonciation de la chicane, mais qui croît à partir de 1789 au point de couvrir d'opprobre l'ensemble des hommes de lois[2]. Corollaire d'une Révolution radicale[3], cette défiance dissout la légitimité intellectuelle des jurisconsultes[4] et conduit à une « déprofessionalisation » de la justice[5]. L '« aristocratie thémistique »[6], dont la disparition est annoncée par les députés, se voit substituer l'ensemble des citoyens qui concourent également « à la formation et à l'exécution des lois »[7].

244. L'effroi suscité par l'opacité d'un droit de savants faisant obstacle à la transparence du rapport liant la loi au citoyen[8] incite les révolutionnaires à simplifier la marche des procès[9]. Préparée par une royauté impuissante à la mettre en œuvre[10], la réforme procédurale est à l'ordre du jour dès 1789, mais la Constituante se contente d'adopter certaines dispositions protectrices des plaideurs[11] dans l'attente

[1] Beaud (O.), « Ouverture : L'histoire juridique de la Révolution française est-elle possible ? », préc., p. 8.
[2] Sur le sort réservé aux juristes professionnels par la Révolution, v. Halpérin (J.-L.), *L'impossible Code civil*, préc., pp. 180-189, ainsi que son article « Haro sur les hommes de loi », *Droits*, 1983, n° 17, p. 55.
[3] Sur la rupture à l'égard de l'ancien droit induite par les révolutions « globales », v. Gilissen (J.), « Droit et Révolution. Quelques réflexions historico-juridiques sur un thème de philosophie du droit », *in Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 117.
[4] Signe évident de la désaffection à l'égard de la pensée juridique, l'enseignement du droit est malmené durant toute la période révolutionnaire. Cet épisode est évoqué par Imbert (J.) dans son article sur « L'enseignement du droit dans les Écoles centrales sous Révolution », *AHFDSJ*, 1986, n° 3, p. 37. Dans la même livraison, rappr. Halpérin (J.-L.), « Une enquête du ministère de l'Intérieur sous le Directoire sur les cours de législation dans les Écoles centrales », p. 57.
[5] Halpérin (J.-L.), « Haro sur les hommes de loi », préc., p. 60.
[6] Connotant péjorativement l'ensemble des juristes professionnels, cette expression revient plusieurs fois dans des débats de la Constituante. Ainsi Goupil de Préfeln évoque, lors de la séance du mercredi 31 mars 1790, le « despotisme des légistes et (…) l'aristocratie *thémistique*, la plus dangereuse de toutes les aristocraties », *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 4, p. 7.
[7] Halpérin (J.-L.), *op. cit.*, p. 60.
[8] Beaud (O.), « Ouverture… », article précité, p. 9.
[9] Sur la politique révolutionnaire en matière de procédure civile, v. Bloch (C.) et Hilaire (J.), « Nouveauté et modernité du droit révolutionnaire : la procédure civile », *in* Vovelle (M.), dir., *op. cit.*, Tome 2, p. 469 ; Halpérin (J.-L.), « Le juge et le jugement en France… », préc., not. pp. 240-248 ; rappr. Monier (J.-C.), « Note sur les caractères de la procédure civile dans la période 1789-1804 », *in* Théry (I.) et Biet (C.), dir., *op. cit.*, p. 306.
[10] Hilaire (J.) montre ainsi comment le souhait exprimé par les cahiers de doléances quant à la réduction des degrés de juridiction à deux atteste d'une « évolution confuse que la royauté était impuissante à mener à son terme » mais dont on admettait largement la nécessité, « Un peu d'histoire », préc., p. 11.
[11] Le décret des 16-24 août 1790 donne une autorité légale à quelques principes procéduraux essentiels comme ceux de la liberté de la défense (Titre II, art. 14), de la publicité de la justice (Titre II, art. 15), ou de la motivation des décisions (Titre V, art. 15).

d'une recodification de la matière[1] et elle maintient provisoirement l'ordonnance de 1667[2]. La Convention n'abroge pas plus cette dernière, mais elle franchit une étape dans la simplification des formes[3]. Généralisant la « procédure sommaire », le décret du 3 brumaire an II (24 octobre 1793) restreint drastiquement l'intervention des auxiliaires de justice dans la marche de la justice pour réaliser la gratuité promise et assurer une efficacité accrue[4].

245. S'imposant avec d'autant plus de force qu'elle se justifie aussi en vue de garantir l'égalité de tous devant la justice[5], la refonte des formes du procès civil accompagne celle de la distribution des tribunaux[6]. Coulée dans un découpage administratif en rupture avec la géographie institutionnelle de l'Ancien Régime[7], la carte judiciaire de 1790 est le fruit d'une nouvelle raison géométrique et d'une volonté de rapprocher les juges des plaideurs[8]. La multiplication des tribunaux à l'échelon du district[9] et la disparition des juridictions de second degré, remplacées par un système d'appel circulaire[10], épanchent la soif de proximité judiciaire des députés tout en satisfaisant leur défiance à l'égard des juges. Soucieux de remédier à une excessive fragmentation de l'administration de la justice, le Directoire passe d'un extrême à l'autre et élargit au département le ressort du tribunal civil quelques années plus tard[11]. Sans lendemain, cette mesure est vite balayée par une nouvelle

[1] L'article 20 du décret des 16-24 août 1790 prévoit que « le Code de procédure civile sera incessament réformé, de manière qu'elle soit rendue plus simple, plus expéditive et moins couteuse », mais les Constituants n'auront pas le temps de s'atteler à cette tâche, Duvergier (J.B.), *op. cit.*, Tome 1, p. 313.

[2] L'article 34 du décret des 6-27 mars 1791 *relatif au nouvel ordre judiciaire* prévoit que « jusqu'à ce que l'Assemblée nationale ait statué sur la simplification de la procédure, les avoués suivront exactement celle qui est établie par l'ordonnance de 1667 et règlemens postérieurs », Duvergier (J.B.), *op. cit.*, Tome 2, p. 243.

[3] Halpérin (J.-L.), *op. cit.*, p. 242.

[4] Sur le décret du 3 brumaire an II, v. Bloch (C.) et Hilaire (J.), *op. cit.*

[5] Exemplaire de cette préocupation, le décret des 16-24 août 1790 prévoit (Titre II, article 16) que « (t)out privilège en matière de juridiction est aboli ; tous les citoyens, sans distinction, plaideront en la même forme et devant les mêmes juges, dans les mêmes cas », Duvergier (J.B.), *op. cit.*, Tome 1, p. 312. Sur la justice dans son rapport avec le principe d'égalité, v. Caporal (S.), *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Aix en Provence : PUAM, Paris : Economica, 1995, pp. 77-87.

[6] Le processus d'élaboration de la carte judiciaire française est au centre des travaux socio-historiques de Chauvaud (F.). De cet auteur, en collab. de Jean-Jacques Yvorel, v. not. *Le juge, le tribun et le comptable. Histoire de l'organisation judiciaire entre les pouvoirs, les savoirs et les discours (1789-1930)*, Paris, Anthropos, 1995. Du même auteur, v. également « Carte judiciaire et justice de proximité (1790-1914) », *Histoire de la justice*, 1995-1996, n° 8-9, p. 49 ; ainsi que « La justice et le temps circulaire. Le destin des territoires de justice de 1789 au début des "années 1930" », *in* Association française pour l'histoire de la justice / École nationale de la magistrature, *Du juge de paix au tribunal départemental - Actes du colloque du 17 mars 1995*, Paris, 1997, p. 19.

[7] Sur l'avènement d'un nouveau découpage administratif dans les premières années de la Révolution, v. Godechot (J.), *Les institutions de la France …*, préc., p. 91 et s.

[8] Chauvaud (F.), *Le juge, le tribun…*, préc., pp. 89-105.

[9] Sur ces juridictions, v. Drugeon (L.), « La justice à portée de cheval : les tribunaux de district pendant la Révolution française (1790-1795) », *in Journées régionales d'histoire de la justice – Poitiers, 13, 14 et 15 novembre 1997*, Paris, PUF, 1999, p. 107.

[10] Sur l'appel circulaire, v. Royer (J.-P.), *Histoire de la justice*, préc., p. 292.

[11] Sur cet épisode, v. Chauvaud (F.), *op. cit.*, p. 106.

topographie judiciaire qui, coulée dans le bronze du legs napoléonien, reste inchangée jusqu'en 1958[1].

2 – SOLIDIFICATION INSTITUTIONNELLE ET RESURRECTION DE CADRES TRADITIONNELS

246. Bonaparte considérait les juges comme « des machines physiques au moyen desquelles les lois sont exécutées comme l'heure est marquée par l'aiguille d'une montre »[2]. Cette conception, que n'auraient pas reniée les révolutionnaires, n'a pas empêché Napoléon d'inscrire la justice civile dans un cadre institutionnel largement inspiré de l'Ancien Régime, tant en ce qui concerne l'organisation judiciaire (a) que les règles de procédure (b).

a – L'organisation judiciaire

247. Annonçant le 24 frimaire an VIII que la Révolution, « fixée aux principes qui l'ont commencée », est désormais « finie »[3], Napoléon entame un règne de quinze années durant lesquelles il donne sa forme moderne à la justice civile[4]. La constitution des « brumairiens »[5] et les deux lois du 27 ventôse an VIII constituent le socle de ce nouvel ordre judiciaire[6] qui, à l'image de la variété des hommes entourant le premier Consul[7], apparaît comme une œuvre de transaction. A défaut de démêler l'écheveau des influences multiples à l'origine de cette réforme[8], ses dispositions essentielles suffisent à démontrer qu'elle repose sur « un compromis entre l'idée de hiérarchie judiciaire, empruntée à l'Ancien Régime, et le schéma d'une organisation rationalisée qui vient de la Révolution »[9].

---

[1] Sur l'histoire de la carte judiciaire de 1930 jusqu'à nos jours, v. les travaux de Commaille (J.), notamment *Territoires de justice. Une sociologie politique de la carte judiciaire*, Paris, PUF, 2000. Du même auteur, v. également « L'enchâssement de la carte judiciaire dans les traditions de la société française. Bilan du passé, schémas d'un avenir », *in* Association française pour l'histoire de la justice / École nationale de la magistrature, *Du juge de paix au tribunal…*, préc., p. 33.

[2] Au Conseil d'État, 7 mai 1806, *Correspondance de Napoléon. Six cents lettres de travail (1806-1810)*, éd. par M. Vox, Paris, 1943, p. 455, cité par Martin (X.), *Nature humaine et Révolution française*, préc., p. 241.

[3] Proclamation des Consuls de la République du 24 frimaire an VII (15 décembre 1799), reproduit par Duverger (M.), *Constitutions et documents politiques*, Paris, PUF, 1996, p. 127.

[4] Sur la justice sous le règne de Napoléon Bonaparte, v. Monnier (F.), « Justice », *in* Tulard (J.), dir., *Dictionnaire Napoléon*, Paris, Fayard, 1987, p. 993. Du même auteur, et dans le même ouvrage, rappr. le « Magistrature », p. 1110. Sur ce sujet, v. également Halpérin (J.-L.), « L'Empire hérite et lègue », *in* Boucher (Ph.), dir., *La révolution de la justice*, préc., not. pp. 236-242.

[5] La constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) consacre son Titre V (articles 60 à 68), plus quelques dispositions éparses, aux « tribunaux » et à la fonction judiciaire.

[6] Sur ce chapitre de l'histoire judiciaire, il faut se reporter aux travaux de Bourdon (J.), *op. cit*.

[7] Exemplaire de cette variété, le *triumvirat* consulaire désigné par Sieyès le 22 frimaire (13 décembre) réunit, sous l'autorité de Bonaparte, l'ancien conventionnel régicide Cambacérès et l'ancien secrétaire du chancelier Maupeou et royaliste modéré Lebrun, Godechot (J.), *op. cit.*, p. 556.

[8] Bourdon (J.) revient longuement sur les origines de la réforme judiciaire de l'an VIII, *op. cit.*, pp. 273-318.

[9] Halpérin (J.-L.), *L'impossible Code civil*, préc., p. 269.

248. Adhérant au dessein des révolutionnaires qui voulaient substituer au chaos de l'Ancien Régime un système logique d'institutions cohérentes, le Consulat maintient les juges de paix dans les chefs-lieux de canton[1] et installe un tribunal civil de droit commun dans chaque arrondissement[2]. La peur des puissantes compagnies judiciaires suscitée dix ans plus tôt par les Cours souveraines n'est en revanche plus de mise : les nouveaux maîtres du pouvoir peuvent s'autoriser le rétablissement de juridictions supérieures, notamment dans les villes où siégeaient les Parlements et autres grands tribunaux de la monarchie, afin de statuer en appel sur les jugements de première instance[3].

249. Mais, c'est dans la recréation du corporatisme judiciaire que l'action du Consulat, puis de l'Empire, confine à une véritable « restauration »[4]. La nomination à vie des juges et leur théorique inamovibilité[5] ne menacent guère la maîtrise de Bonaparte sur sa Justice[6] ; elles signalent en revanche une volonté politique de redonner épaisseur à la magistrature. Le recrutement, qui privilégie les praticiens et favorise l'hérédité[7], la symbolique judiciaire prestigieuse issue de l'Ancien Régime[8], l'accession de certains juges à la noblesse impériale[9] sont autant de leviers utilisés pour reconstituer un grand corps de l'État et lui rendre sa dignité passée. Corollaire de ce mouvement, la recréation d'une hiérarchie interne à l'organisation judiciaire,

[1] La Constitution du 22 frimaire an VIII rappelle, dans son article 60, l'existence de juges de paix « élus (…) par les citoyens pour trois années » et dont la « principale fonction consiste à concilier les parties » (reproduit par Duverger (M.), *op. cit.*, p. 124), et la loi sur l'organisation des tribunaux du 27 ventôse an VIII précise pour sa part dans son article 2 qu'il « n'est rien innové d'ailleurs aux lois concernant les juges de paix », Duvergier (J.B.), *op. cit.*, Tome 12, p. 152. Remarquons néanmoins que la Constitution de l'an VIII, *a priori* libérale, est dénaturée en quelques années par une série de lois s'échelonnant jusqu'en 1802. L'oubli des principes d'élection, de collégialité et de proximité aboutit à transformer le profil des juges de paix : progressivement, « le dévouement et le courage civique cèdent le pas à la notabilité et aux compétences juridiques », Delaigue (P.), « Une justice de proximité : création et installation des juges de paix… », préc., p. 45.

[2] Sur « le sacre de l'arrondissement » comme ressort du tribunal civil, v. Chauvaud (F.), *op. cit.*, pp. 105-109. Rappr. Bourdon (J.), *op. cit.*, p. 333 et s.

[3] Les modalités choisies pour réintroduire les tribunaux d'appel dans le champ judiciaire (nombre, placement, composition) sont étudiées par Bourdon (J.), *op. cit*, pp. 348-371.

[4] Sur la reconstruction corporative de l'ordre judiciaire, v. Sautel (G.) et Harouel (J.-L.), *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 272-275. Rappr. Szramkiewicz (R.) et Bouineau (J.), *Histoire des institutions (1750-1914)*, 2e éd., Paris, Litec, 1992, p. 269 et s.

[5] S'appliquant à l'ensemble des juges à l'exception des juges de paix, le principe de nomination des magistrats par l'exécutif (articles 67 de la Constitution du 22 frimaire) et celui de conservation des fonctions judiciaires à vie (article 68) heurtent frontalement les idéaux révolutionnaires d'une justice déprofessionalisée de citoyens élus.

[6] Les atteintes à l'indépendance de la magistrature par le biais d'épurations successives et l'utilisation récurrente de juridictions d'exceptions sont exposées par Royer (J.-P.), *Histoire de la justice*, préc., p. 471.

[7] Szramkiewicz (R.) et Bouineau (J.), *op. cit.*, p. 270.

[8] Monnier (F.), « Magistrature », *in* Tulard (J.), dir., *op. cit.*, p. 1112.

[9] Le rétablissement de la noblesse permet aux premiers présidents « conseillers de sa majesté dans les cours impériale » selon la qualification imposée par l'article premier de la loi du 20 avril 1810 (Duvergier (J.B.), *op. cit.*, Tome 17, p. 66) de recevoir le titre héréditaire de baron « avec des armoiries comportant le franc-quartier de leur fonction : la balance de la Thémis », Szramkiewicz (R.) et Bouineau (J.), *op. cit.*, p. 271.

elle-même dominée par le ministre de la Justice[1], permet de confier aux juges le pouvoir disciplinaire tout en garantissant une efficace surveillance des magistrats[2]. Cette politique qui flatte le particularisme judiciaire, tout en en fixant sévèrement les bornes, trouve un écho dans le Code de procédure civile de 1806.

b – Le Code de procédure civile

250. Promise dès les premiers jours de la Révolution, la refonte des formes judiciaires est réalisée en 1806, dans la foulée de l'unification du droit civil. Code mineur parmi les cinq que Napoléon Bonaparte a fait sortir de terre[3], celui consacré à la procédure civile porte l'empreinte conservatrice des conditions de sa préparation. La codification de cette matière a été confiée à une commission de cinq spécialistes, anciens praticiens formés à l'ancien droit, où l'on retrouve notamment Treilhard, incontournable ingénieur de la législation napoléonienne, et le savant Pigeau, auteur éclairé de la *Procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les jurisdictions ordinaires du Royaume* publiée en 1784[4]. Soumis aux tribunaux qui l'accueillent fraîchement[5], le projet fortement inspiré de l'ordonnance de 1667 est finalement adopté dans un contexte institutionnel peu propice à son amendement[6].

251. Le souci révolutionnaire de réduire le procès à sa plus simple expression fait place à la préoccupation tout opposée « d'en régler le cours afin que le rapport de force des parties ou la subjectivité du juge n'en fausse le cours »[7]. Contrecoup de l'épisode terroriste, cet attachement aux formes se retrouve sous la plume des grands commis de l'État mais également sous celle d'auteurs peu suspects de complaisance à l'égard de l'Empire[8]. L' « autoritarisme de caserne » caractéristique de cette

[1] Héritant du titre si révélateur de « Grand Juge » par le *senatus-consulte* du 16 thermidor an X, le ministre de la justice – lui-même étroitement surveillé - est l'œil de l'exécutif placé au sommet de la pyramide judiciaire, Durand-Barthez (P.), *Histoire des structures du ministère de la justice (1789-1945)*, Paris, PUF, 1973, not. pp. 24-27.

[2] Clère (J.-J.), « L'exercice du pouvoir disciplinaire dans la magistrature depuis les débuts du Consulat jusqu'à la loi du 30 août 1883 », *Histoire de la justice*, 2000, n° 12, p. 115.

[3] Reléguant les autres au second plan, c'est bien sûr le Code civil - « inséparable de la personne de Bonaparte » - qui fut « le Code ancêtre, le Code par excellence, le Code », Carbonnier (J.), « Le Code civil », *in* Nora (P.), dir., *Les lieux de mémoire. II - la Nation*, Paris, Gallimard - Quarto, 1997, vol. 1, p. 1333.

[4] Sur le savant Pigeau, qui était aussi avocat, et sa méthode d'exposition de la procédure, v. *supra* n° 64.

[5] Dauchy (S.), « Les formes sont à la justice de la République ce que le pendule est à l'horloge ! Les observations des Cours d'appel sur le projet de code de procédure civile de l'an XII », *in* Lorgnier (J.), Martinage (R.) et Royer (J.-P.), dir., *Justice et République(s)*, préc., p. 290.

[6] Sur la déliquescence des procédures de discussion politique sous l'Empire, v. Godechot (J.), *op. cit.*, p. 583.

[7] Monier (J.-C.), « Note sur les caractères de la procédure civile dans la période 1789-1804 », préc., p. 309.

[8] Dans la version de 1806-1810 de ses *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, Benjamin Constant exprime une conception de la procédure fortement dépendante de son souvenir de la Terreur : « Il y a dans les formes quelque chose d'imposant et de précis qui force les juges à se respecter et à suivre une marche équitable et régulière. L'affreuse loi, qui, sous Robespierre, déclara les preuves superflues et supprima les défenseurs est un hommage rendu aux formes. Elle démontre que les formes modifiées, torturées en tout sens par le génie des factions, gênaient encore des hommes choisis soigneusement entre tout le peuple français comme les plus affranchis de tout scrupule de la conscience et de tout respect pour l'opinion ». Livre IX, Chap. 2, p. 164 de la réédition Hachette (Paris, 1997).

période[1] renforce ce mouvement de bascule et Treilhard peut s'aventurer à faire l'éloge de la longueur du projet, dont il est co-auteur, en expliquant qu'un code judiciaire « doit tout prévoir, tout prescrire » et « dire tout ce qui doit être fait, parce que rien ne doit être fait qui n'ait été ordonné »[2].

252. Dissimulant, sous une nouvelle terminologie, la consécration de pratiques anciennes, les rédacteurs du Code de procédure civile empruntent sans compter aux formes judiciaires de l'Ancien Régime[3]. La continuité profonde qui unit leur œuvre à l'ancien droit s'illustre notamment dans le déclassement qu'ils font subir au modèle de la justice arbitrale[4]. Incontournable quelques années auparavant, cet idéal est écrasé par le corset de légalité imposé par Napoléon à son administration judiciaire[5]. Le préliminaire de conciliation est certes maintenu, mais au prix de dispenses et d'exceptions qui en limitent considérablement la portée. Quant à l'arbitrage, il est « *a priori*, et en règle général interdit »[6] : subordonné au contrôle des tribunaux, il subsiste néanmoins de manière résiduelle, mais jouit d'un statut fragile l'empêchant de menacer l'intégrité de la loi et de rivaliser avec la justice étatique.

[1] L'expression est de Martin (X.), « Nature humaine et Code Napoléon », *Droits*, 1985, n° 2, p. 118. Sur le caporalisme qui anime l'idéologie du règne napoléonien, il faut se reporter aux nombreux travaux du même auteur. En plus de son ouvrage déjà cité (not. pp. 209-272), v. entre autres « Politique et Droit privé après Thermidor », *in* Vovelle (M.), dir., *op. cit.*, Tome 1, p. 173 ; « Approche du droit révolutionnaire et du Code Napoléon : précautions de méthode », *in* Théry (I.) et Biet (C.), dir., *op. cit.*, p. 237, « Aux sources thermidoriennes du Code civil. Contribution à une histoire politique du droit privé », *Droits*, 1987, n° 6.

[2] « Observations préliminaires sur le projet originaire de Code rédigé par la Commission » de Treilhard rapporté par le Baron Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, Treuttel et Würtz, 1830, Tome XXI, p. 16.

[3] Van Caenegem (R.C.), *op. cit.*, p. 90.

[4] Sur ce déclin, v. Clère (J.-J.), « Recherche sur l'histoire de la conciliation… », préc., p. 206 et s., et « L'arbitrage révolutionnaire… », préc., pp. 26-29.

[5] Comme le remarque justement Halpérin (J.-L.), « tout le système juridique napoléonien repose sur le principe de légalité, renforcé et quasi rigidifié par la codification » (« L'Empire hérite et lègue… », préc., p. 247). Si ce principe n'a pas toujours été respecté par l'Empereur lui-même, il n'en a pas moins présidé à l'élaboration d'un nouveau statut de l'arbitrage. Sur ce point, v. David (R.), « Arbitrage du XIX^e^ et arbitrage du XX^e^ siècles », *in Mélanges René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, not. pp. 218-221.

[6] David (R.), *op. cit.*, p. 221.

B. L'ENCADREMENT DOCTRINAL DE L'ACTIVITE JUDICIAIRE

> « Il est inexact de dire que, l'objet du procès appartenant aux parties, la marche de la procédure doive également dépendre de celles-ci. La justice rendue par l'État constitue un service public : du moment que les parties ont recours à ce service, les juges ont le devoir d'en assurer le fonctionnement dans les meilleures conditions possibles ; il leur appartient de diriger la procédure de manière à accélérer la solution des procès. »
>
> René Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, Sirey, 1949, p. 345.

253. Sévèrement réglementées par l'œuvre napoléonienne, les modalités d'exercice de l'activité judiciaire ne suscitent pas l'intérêt des professeurs du XIX^e^ siècle. Le rôle effacé du juge dans la marche du procès se prête peu à une conceptualisation approfondie et les processualistes ne prêtent guère attention à la notion d'*officium judicis* jusqu'à la seconde guerre mondiale (1). La pauvreté de la réflexion en la matière ne doit cependant pas dissimuler la richesse du discours doctrinal relatif aux principes de fonctionnement devant gouverner ce qui devient, au XX^e^, siècle le service public de la justice (2).

1 – LE ROLE DU JUGE DANS LE PROCES

254. Absorbée tout entière par l'exégèse étroite du Code de procédure civile, la doctrine processualiste s'abstient longtemps de mettre en système les différentes attributions du juge civil (a). Au XX^e^ siècle, une succession de réformes visant à renforcer la maîtrise des magistrats sur le déroulement des procès prépare néanmoins la réhabilitation de l'office du juge comme catégorie essentielle du discours juridique relatif à l'institution judiciaire (b).

a – Le juge soumis à la procédure

255. Les spécialistes de la procédure civile du XIX^e^ siècle se donnent explicitement pour objet d'étude « la collection de toutes ces règles établies pour diriger *la demande, l'instruction, le jugement, les voies à prendre contre le jugement et son exécution* »[1]. Ce programme doctrinal, s'il inclut l'exposition des formalités gouvernant l'action des magistrats, n'implique pas en revanche leur systématisation. Pour les professeurs de l'époque, la présentation de « l'art de *procéder* sur la réclamation que l'on fait du secours de la justice »[2] consiste en effet uniquement en

[1] Pigeau, *Introduction à la procédure civile*, 7^e^ éd., Paris, Joubert, 1842, p. 4. Cette définition de la procédure, qui se retrouve à quelques modifications près dans presque tous les manuels de procédure du XIX^e^ siècle, est dans la droite ligne de celle proposée par Pothier sous l'Ancien Régime. Comp. *supra* n° 210.

[2] C'est en ces termes que Pigeau explique étymologiquement le mot procédure dans son « Discours… », précité.

une description chronologique des actes juridiques susceptibles d'être mis en œuvre lors du règlement judiciaire d'un litige.

256. Tous les auteurs, même les plus hardis qui vont au delà d'un commentaire du code article par article[1], dressent un tableau du procès dans lequel la figure du juge brille par son absence[2]. Non que se dessine une volonté doctrinale de brider les pouvoirs du magistrat[3], mais ce sujet laisse indifférents les processualistes trop occupés à décrire les étapes successives du contentieux.

257. Au début du XX[e] siècle, Tissier peut légitimement constater que « le rôle du juge, son autorité, l'initiative qui lui est réservée quant à la marche et à l'instruction des procès » est une question qui n'a pas été « suffisamment étudiée »[4]. Familier du droit comparé, cet auteur s'inspire de la législation autrichienne pour critiquer la toute-puissance des parties sur le procès et la passivité du juge civil français, dépeint « comme une sorte d'automate à qui on fournit tous les matériaux du procès pour retirer ensuite un jugement »[5]. Le savant processualiste se prononce pour « un accroissement sérieux du rôle et de l'activité du juge dans la marche de la procédure »[6] et prône l'imitation de la procédure administrative contentieuse par la procédure civile[7]. Il prépare ainsi la réapparition de l'office du juge dans le discours doctrinal.

b – Le juge chargé de la procédure

258. Très peu modifié au XIX[e] siècle en dépit d'un désir récurrent de réforme[8], le Code de procédure civile fait l'objet de modifications législatives significatives à partir des années 1930[9]. Pour remédier à la lenteur et au coût élevé de la justice, maux séculaires frappant l'institution judiciaire, le législateur s'efforce à cette

[1] V. par exemple le *Cours de procédure civile* de Berriat-Saint-Prix (J.), précité.
[2] V. néanmoins l'exception à la règle que constitue l'ouvrage de Carré (G.L.J.), *Les lois de l'organisation et de la compétence des jurisdictions civiles* (préc., Tome 1, p. 76), où l'auteur consacre d'importants développements à l'art. 480 du Code procédure civile et au principe selon lequel : « Les juges ne peuvent exercer leur ministère que sur une réquisition des parties. Ils doivent statuer sur toutes les conclusions qu'elles ont prises, sans omettre aucun des chefs qui y sont exprimés, et, réciproquement, ils ne peuvent donner aucune décision sur un point qui ne leur serait pas expressément soumis par ces mêmes conclusions ».
[3] Ainsi Rodière (A.) dans son *Traité de compétence et de procédure en matière civile* (préc., Tome 1, p. 160) n'hésite pas à « poser en principe général » qu'en matière de procédure « tout ce que la loi ne défend pas aux juges est permis ».
[4] Tissier (A.), « Le centenaire du Code de procédure et les projets de réforme », *RTDCiv*, 1906, p. 647.
[5] Tissier (A.), *op. cit.*, p. 648.
[6] Tissier (A.), *op. cit.*, p. 656. Rappr. le *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile* de Glasson (E.) et Tissier (A.), préc., Tome 1, p. 69.
[7] Tissier (A.), « Le centenaire… », préc., p. 657. Le thème devient récurrent dans une partie de la doctrine de la première moitié du XX[e] siècle. Sur ce point, v. Debbasch (Ch.), *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, Paris, LGDJ, 1962, not. p. 439.
[8] Tissier (A.), *op. cit.*, p. 634 et s.
[9] Solus (H.), « Les réformes de procédure civile. Étapes franchies et vues d'avenir », *in Le droit privé français au milieu du XX[e] siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, Tome 1, p. 193.

époque d'accroître les faibles pouvoirs du juge dans la direction de l'instance[1]. Plusieurs textes, en rupture avec la logique accusatoire du Code de procédure civile de 1806, vont ainsi se succéder[2].

259. Premier mouvement en ce sens, le décret-loi du 30 octobre 1935 institue le « juge chargé de la procédure », auquel sont conférés un devoir de surveillance de l'instance et un pouvoir d'instruction de l'affaire. Les nombreuses attributions de ce magistrat en matière de recherche de la preuve et de conciliation des parties sont par la suite confirmées et renforcées, notamment par la loi du 15 juillet 1944[3] et les décrets du 22 décembre 1958[4] et du 2 août 1960[5]. Des termes de ces textes, la doctrine déduit logiquement l'avènement d'une nouvelle figure du juge civil, non plus instrument passif des parties mais acteur dynamique du procès, tout en doutant des chances de succès d'une telle entreprise législative.

260. Et, de fait, ces réformes successives semblent avoir été peu effectives, freinées par les réticences de certains parlementaires[6] et brisées par la résistance du monde judiciaire[7]. Elles ont du moins contribué à stimuler la réflexion scientifique sur la répartition des tâches entre magistrats et parties dès le milieu du XX^{e} siècle[8]. Préfigurant les travaux de recodification de la procédure civile[9], l'exaltation du rôle du juge dans la direction du procès civil ne fait alors pas l'unanimité parmi les docteurs[10]. Mais elle s'impose néanmoins à eux, comme une conséquence nécessaire des exigences que la société formule à l'égard d'une justice élevée au rang de service public et soumise à ce titre à des principes particuliers[11].

---

[1] Pour une perspective comparatiste sur l'accroissement des pouvoirs du juge dans l'instance civile en Europe dans la première moitié du XX^{e} siècle, v. Millar (R.W.), « Civil procedure reform in civil law countries », *in David Dudley Fields - Centenary essays*, New-York, NYU School of Law, 1949, not. p. 127 et s.

[2] Pour un synthèse de l'évolution du droit positif en la matière, v. Giverdon (C.), « Procédure ordinaire. Généralités. Évolution de la législation. Nouveau Code de procédure civile », fasc. 216, *J.-Cl. proc. civ.*, 1999.

[3] Hébraud (P.) et Madray (G.), « Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 », *D.* 1945, lég. 189.

[4] Merle (R.) et Madray (G.), « La réforme de la procédure civile par le décret du 22 décembre 1958 », *JCP* 1959, I, 1475. V. également Hébraud (P.), « La réforme de la procédure civile : le décret du 22 décembre 1958 », *AFDT*, 1961, Tome IX, fasc. 1, p. 3.

[5] *JCP* 1960, III, 25923.

[6] Foyer (J.), « Synthèse des travaux », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997, Paris, La documentation française, 1998, not. p. 322.

[7] V. par exemple Michel (R.), « Le juge chargé de suivre la procédure », *JCP* 1956, I, 1304. Rappr. Motulsky (H.), « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », publié une première fois en 1959 et reproduit dans ses *Écrits - Notes et études de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, not. p. 38 et s.

[8] V. par exemple Morel (R.), *op. cit.*, p. 344 et s.

[9] *Infra* n° 403 et s.

[10] V. par exemple Malaurie (Ph.), note sous Civ., sect. Soc., 18 mars 1955, *D.* 1956, jur. 517, not. p. 520.

[11] En ce sens, v. Désiry (R.), « Le rôle du juge dans le déroulement de l'instance civile », *D.* 1956, chron. 145. Rappr. Vienne (R.), « Le rôle du juge dans la direction du procès civil », *Études de droit contemporain*, Paris, Cujas, 1962, not. p. 311 et p. 326.

2 – LE CADRE D'EXERCICE DE LA JUSTICE

261. La spécificité de la fonction de justice, activité régalienne par excellence, justifie sa soumission à un régime juridique particulier. Constant dans la tradition juridique française, ce constat est coloré au XIX^e^ siècle par la proximité de l'épisode révolutionnaire (a). Au cours du XX^e^ siècle, l'existence de principes de fonctionnement particuliers ne se dément pas, mais la source de leur légitimité se déplace et vient se loger au cœur de la notion de service public (b).

a – Les principes d'une bonne administration judiciaire

262. Au sortir de la Révolution, les exigences doctrinales en matière de justice sont formulées dans un cadre dogmatique rénové. La rupture avec l'Ancien Régime est consacrée par la mise en exergue d'une série de règles légalisées par les révolutionnaires et conservées par l'Empire[1].

263. Consacrés « par la législation, comme constitutifs et fondamentaux de l'administration de la justice »[2], ces principes sont élevés par Carré au rang de « constitution de la magistrature »[3]. Le savant auteur s'attarde longuement sur ce canevas normatif, expression moderne d'une volonté de rationalité et d'un souci d'égalité. Certaines des règles évoquées s'inscrivent dans la continuité de l'Ancien Régime, soit qu'elles s'y appliquaient déjà, soit qu'elles constituaient alors des horizons raisonnables de réforme. Il en va ainsi de l'obligation faite aux magistrats de juger les affaires qui leur sont soumises sous peine d'être poursuivis pour déni de justice[4] ou de la reconnaissance d'un double degré de juridiction exclusif de tout appel supplémentaire[5]. D'autres dispositions, plus directement issues de l'épisode révolutionnaire, sont le fruit d'une « vision individualiste, libérale et démocratique de la justice civile »[6]. Parmi celles-ci, Carré évoque pêle-mêle le droit à n'être jugé que par son juge naturel[7], le principe de publicité des plaidoyers et des jugements[8] ou encore la gratuité de la justice[9].

264. Régissant toujours nos représentations, ces principes politiques n'ont pas disparu de la littérature processualiste. Ils ont en revanche très tôt perdu la place privilégiée que Carré leur réservait pour n'être plus évoqués que de loin en loin, au détour d'une introduction à la procédure ou d'une glose sur un article précis du code.

---

[1] Cornu (G.), « La justice civile et l'esprit du siècle », *in* Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La justice*, préc., p. 366.
[2] Carré (G.L.J.), *op. cit.*, p. 1.
[3] Carré (G.L.J.), *op. cit.*, p. 2.
[4] Carré (G.L.J.), *op. cit.*, p. 25.
[5] Carré (G.L.J.), *op. cit.*, p. 96.
[6] Cornu (G.), *op. cit.*, p. 367.
[7] Carré (G.L.J.), *op. cit.*, p. 40.
[8] Carré (G.L.J.), *op. cit.*, p. 72.
[9] Carré (G.L.J.), *op. cit.*, p. 107. Sur la question du coût de la justice civile au XIX^e^ siècle, v. les articles de Schnapper (B.), « Le coût des procès civils au milieu du XIX^e^ siècle » et « De la charité à la solidarité : l'assistance judiciaire française (1851-1972) », *in Voies nouvelles en histoire du droit…*, préc., respectivement p. 421 et p. 435. Rappr. Rouet (G.), *Justices et justiciables au XIX^e^ et XX^e^ siècle*, Paris, Belin, 1999, pp. 181-220.

Le souci déjà si présent sous l'Ancien Régime, d'une justice « rapide dans la marche et économe dans les frais »[1] se retrouve quant à lui avec une force particulière dans la doctrine du XIX[e] siècle. Ces deux thématiques doctrinales - l'une plus politique, l'autre plus pragmatique - coexistent dans un premier temps, mais elles tendent progressivement à se confondre dans la problématique du service public de la justice.

b – Les règles du service public de la justice

265. L'institution judiciaire occupe une place marginale[2] dans les théories du service public qui, dès la fin du XIX[e] siècle[3], problématisent en termes juridiques les attributions toujours plus nombreuses de la puissance étatique et leur soumission au juge administratif[4]. Les auteurs reconnaissent unanimement l'existence d'un « service de justice, lequel, de très bonne heure (…) a été un service public »[5]. Mais bien que la juridiction fasse partie « des besoins d'intérêt général pour la satisfaction desquels le procédé employé par l'administration est (…) le service public »[6], les publicistes évitent les références à l'administration de la justice[7] et axent leur problématique sur des activités présentant une spécificité moindre.

266. Pendant du désintérêt des juristes de droit public pour l'institution judiciaire, l'indifférence nourrie par les privatistes à l'égard de la notion de service public n'est pas moins remarquable. Cette catégorie est longtemps évoquée dans les ouvrages de procédure de manière très discrète[8] et force est de constater qu'elle occupe jusqu'à une époque récente une place insignifiante dans les montages

[1] Berriat-Saint-Prix (J.), *op. cit.*, p. 148. Ce processualiste, pourtant sensible aux problématiques politiques de sa matière, voit dans les « grands principes de la rapidité et de l'économie » l'objectif que « les législateurs ont toujours cherché à obtenir en matière de procédure » ; et il ajoute : « Ce qui ne laisse aucun doute à cet égard, c'est qu'ils ont préféré souvent de sacrifier quelques-uns des autres principes afin d'obtenir et cette rapidité et cette économie », *ibid.*

[2] Certains ont même affirmé que la justice était « étrangère » aux montages conceptuels de la théorie française du service public. En ce sens, v. Sauvé (J.-M.), « La justice dans la théorie française du service public », *in* Guigou (E.) *et al.*, *Le service public de la justice*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 65.

[3] Sur les limites de la réflexion doctrinale du XIX[e] siècle en ce qui concerne la notion de service public, v. Jourdan (P.), « La formation du concept de service public », *RDP*, 1987, not. pp. 108-109.

[4] Sur la question de l'émergence du concept de service public dans la tradition juridique française, v. Mescheriakoff (A.-S.), *Droit des services publics*, Paris, PUF, 1997, not. le chapitre préliminaire, pp. 15-109.

[5] Duguit (L.), *Traité de droit constitutionnel*, préc., Tome 2, p. 64.

[6] Jèze (G.), *Les principes généraux du droit administratif - La notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics*, 3[e] éd., Paris, Giard, 1930, Tome 2, p. 19.

[7] V. néanmoins les efforts de Bonnard (R.) pour intégrer « les services juridictionnels » dans une théorie compréhensive des services publics, « Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'État et sur les services publics », *RDP*, 1925, not. p. 47.

[8] Glasson (E.) et Tissier (A.) dans leur *Traité théorique et pratique de procédure* (préc.), publié en 1925, écrivent ainsi que la justice civile est « un service public, une fonction essentielle de l'État » (Tome 1, p. 2), et ils ajoutent : « Il est clair que, pour bien organiser ce service public et en assurer le bon fonctionnement, il faut des règles précises, des précautions minutieuses, de multiples garanties » (Tome 1, p. 3). Dans le même sens mais vingt quatre années plus tard, rappr. Morel (R.), *Traité élémentaire de procédure civile*, préc., p. 7.

doctrinaux élaborés pour rendre compte de l'administration de la justice civile[1]. Progressivement, néanmoins, certains spécialistes du droit privé décèlent le bénéfice théorique qu'ils peuvent tirer, en matière judiciaire, des avancées résultant de l'élaboration d'un régime juridique commun à tous les services publics.

267. Sans remettre en cause l'originalité de la fonction juridictionnelle, la doctrine processualiste accueille ainsi la conception publiciste des « lois de nature » propres aux activités étatiques[2] et reçoit l'idée selon laquelle la justice, « en tant que service public, (…) obéit à un certain nombre de principes fondamentaux, régulateurs de son fonctionnement »[3]. Évoquant l'égalité des citoyens justiciables, la continuité de la justice et la responsabilité des organes judiciaires, les auteurs envisagent ces règles comme autant d'applications particulières de principes généraux auxquels doivent se soumettre l'ensemble des services publics[4]. Ils perpétuent ainsi, en la renouvelant, la problématique doctrinale de la soumission du juge, et de son administration, à la loi républicaine protectrice du citoyen justiciable et garante de l'intérêt général[5].

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

268. Depuis la redécouverte des droits savants à l'époque médiévale, les juristes n'ont eu de cesse de définir l'activité du juge et de la soumettre à des règles précises. Ce travail doctrinal s'exprime sous la forme de théories explicatives et de propositions normatives portant sur des sujets aussi variés que la compétence des juridictions, la nature des jugements, la qualité des magistrats ou celle des procédures. Point commun entre ces discours juridiques, dont le contenu se révèle, au fil des siècles, parfois contradictoire, la loi y est systématiquement présentée comme la finalité et le moyen de l'activité juridictionnelle : tenu de se plier à la règle légale dans l'exercice de ses fonctions, le juge a pour mission de l'appliquer aux litiges qui lui sont soumis.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

269. En permanence réajustées afin de satisfaire aux exigences institutionnelles du moment, les théories élaborées par la science du droit pour rendre compte de

[1] Ainsi Solus (H.) et Perrot (R.), dans le premier tome de leur traité de droit judiciaire privé publié en 1961 (p. 15), constatent que « dans la mesure où il a pour but de pourvoir au fonctionnement du service public de la justice, le droit judiciaire est, à certains égards, apparenté au droit public » ; mais ces auteurs s'empressent de rappeler « la valeur des raisons qui (…) ont fait traditionnellement rattacher "la procédure civile" au droit privé » et oublient d'aborder par la suite la notion de service public de la justice.

[2] Sur ce « noyau de principes qui s'imposent à tout service public », dégagé par Louis Rolland dans les années 1930 et repris par la doctrine jusqu'à nos jours, v. Mescheriakoff (A.-S.), *op. cit.*, p. 143 et s. Sur l'applicabilité des « lois de Rolland » à l'institution judiciaire, v. Burgelin (J.-F.), « Égalité, continuité, adaptabilité du service public de la justice », *in* Guigou (E.) *et al.*, *Le service public de la justice*, préc., p. 79.

[3] Cornu (G.), « I - La justice », *in Encyclopédie française*, Tome X - L'État, préc., p. 315

[4] En ce sens, v. Cornu (G.) et Foyer (J.), *Procédure civile*, 1e éd., Paris, PUF, 1958, p. 78.

[5] Sur l'appréhension contemporaine de la justice à l'aune de la notion de service public, v. *infra* Part. 2, Chap. 2, Sect. 2, § 1, B, n° 480 et s.

l'administration de la justice se sont inscrites, jusqu'à une date récente, dans une conception du droit dominée par la loi. En témoignent les représentations savantes qui, du XII^{e} siècle à nos jours, fondent le pouvoir des juridictions, fixent leur statut, définissent l'essence du jugement et encadrent l'exercice de la fonction de juger. De cette pâte dogmatique à la texture hétérogène qui s'étire dans le temps, la figure légale a longtemps constitué le liant. Alors que l'idée même de légalité subissait de profonds bouleversements occasionnés par la sécularisation du pouvoir politique et la centralisation de l'ordre étatique, la conviction selon laquelle l'office du juge est institué par et pour la loi est longtemps restée inaltérée dans le discours des juristes. Cette conception, construite sur l'héritage des droits romain et canonique, demeure, aujourd'hui encore, très prégnante dans les représentations doctrinales. Elle est cependant fragilisée, à mesure que se renforce l'hypothèse d'un déclin de la loi[1], et concurrencée par l'idée selon laquelle le juge serait désormais l'opérateur essentiel d'un droit qui sourd de la société.

[1] Terré (F.), « La "crise de la loi" », *APD*, 1980, Tome 25, p. 17.

Deuxième partie

LA REALISATION DU DROIT PAR LE JUGE

270. Figure théorique transmise à travers les siècles par la tradition juridique, l'institution du juge par la loi fonde la légitimité du pouvoir de juger, détermine la place institutionnelle des magistrats et structure les représentations de l'acte juridictionnel. Ce montage dogmatique, qui caractérise toujours les représentations doctrinales, vacille aujourd'hui sous le coup de multiples ajustements de perspective. La doctrine altère en effet l'image orthodoxe de la fonction de juger et la retouche çà et là, infléchissant les certitudes légicentriques pour rendre compte des pratiques juridictionnelles, et éclairant les multiples indices qui font pressentir un essor du judiciaire au détriment du légal. Par leur sédimentation, ces adaptations conceptuelles, pourtant dénuées de liens logiques entre elles, donnent à l'office du juge une nouvelle physionomie : celle d'une institution symbolisant par excellence la réalisation du droit. En cours de formalisation, cette nouvelle configuration conceptuelle de la justice s'éprouve dans la description doctrinale de la production normative issue de l'activité jurisprudentielle (Chapitre 1) et dans l'élaboration théorique d'une figure procéduralisée du droit (Chapitre 2).

Chapitre 1

LA DECOUVERTE DU DROIT PAR L'ACTIVITE JURISPRUDENTIELLE

271. Redéfinissant strictement le rôle des tribunaux dans l'ordonnancement institutionnel, les révolutionnaires les placent sous le joug de la loi. Mais, avec l'assentiment du législateur, les juges se réapproprient rapidement d'importants espaces de liberté dans l'exercice de leurs fonctions. Pour rendre compte de cette autonomie, la doctrine, qui demeure longtemps fidèle au dogme de l'omnipotence légale, consacre néanmoins la légitimité de l'activité jurisprudentielle. Au XIX^{e} siècle s'établissent des canaux de diffusion, des méthodes de compilation et des techniques d'analyse des décisions de justice permettant la critique savante de l'interprétation judiciaire des lois (Section 1). Sous la plume de théoriciens qui valorisent le rôle créateur des juges et leur mission d'adaptation du droit, le fait jurisprudentiel est repensé au tournant du XX^{e} siècle. Considéré comme un lieu d'expression privilégié de normes issues du corps social, il acquiert à cette occasion une autorité redoublée (Section 2).

Section 1

L'interprétation jurisprudentielle de la loi

272. Dans l'imaginaire révolutionnaire, la loi domine toute représentation de la justice. C'est par elle et pour elle que le juge est pensé et l'administration judiciaire organisée. Le dogme légicentrique imprègne la culture juridique du XIX^{e} siècle, au point de constituer le cadre indépassable de tout effort conceptuel interrogeant l'activité du magistrat. Il n'a pas pour autant fait obstacle à l'épanouissement d'une jurisprudence des arrêts dont l'importance, tant pratique que théorique, n'a été rigoureusement niée que par Robespierre. L'attribution aux magistrats d'un pouvoir créateur *extra legem* et l'obligation de motiver les décisions de justice ont consacré l'institution d'un discours judiciaire autonome largement diffusé dès la fin de la Révolution (§ 1). Du *corpus* de décisions de justice ainsi produit, les savants du droit - professeurs et praticiens - ont fait un usage intensif, qui a très tôt donné lieu à une reconceptualisation de l'ancienne notion de jurisprudence (§ 2).

§ 1. L'INSTITUTION DU DISCOURS JUDICIAIRE

273. Expression d'une insatisfaction profonde à l'égard de la justice d'Ancien Régime, la Révolution française dénie *a priori* aux magistrats tout pouvoir normatif débordant la stricte application de la loi. Très tôt dénoncé par certains révolutionnaires, le caractère illusoire de ce projet stimule l'élaboration d'un modèle théorique alternatif redonnant au juge un réel pouvoir d'appréciation à côté de la loi. En 1804, la reconnaissance partielle de cette conception par le Code civil légalise l'activité créatrice des magistrats et consacre certaines pratiques institutionnelles existant depuis le début de la Révolution (A). Dès 1792 en effet, les juges, notamment de cassation, élaborent un discours autonome doté d'une forte visibilité par le biais de décisions rigoureusement motivées et régulièrement publiées (B).

A. LA DIVERGENCE DES MODELES JURIDICTIONNELS

> « Article 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.
>
> Article 5 : Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. »
>
> Code civil, Titre préliminaire - De la publication, des effets et de l'application des lois en général, promulgué le 24 ventôse an XI.

274. Expressément revendiquée par les députés en 1790, la conception syllogistique de la juridiction exclut la possibilité pour les juges d'élaborer des règles de droit générales. En 1804, ce principe légaliste s'incarne dans l'article 5 du Code civil qui proscrit les arrêts de règlement. Mais à la perspective révolutionnaire d'une destruction de la jurisprudence des arrêts (1), les codificateurs, sous l'influence de Portalis, opposent une vision active de la fonction judiciaire. Transaction entre ces deux modèles[1], le code finalement voté prohibe les arrêts de règlement, mais légalise le pouvoir normatif des magistrats : l'article 4 permet au juge d'interpréter la loi et, au besoin, d'y suppléer (2).

1 – LA DESTRUCTION DE LA JURISPRUDENCE DES ARRETS

275. La jurisprudence des arrêts ne trouve pas grâce aux yeux des révolutionnaires. Pour en conjurer le péril, la Constituante essaie de l'interdire (a). Mais certains députés, conscients de l'impossibilité de faire disparaître toute interprétation judiciaire de la loi, insistent sur la nécessité d'une jurisprudence de cassation permettant d'uniformiser l'application de la loi (b).

a – Le débat sur l'interdiction

276. A la veille de la Révolution, la jurisprudence des arrêts fait l'objet de doléances des justiciables. On réclame qu'elle « soit uniforme dans tous les tribunaux » et jamais « contraire aux lois »[2]. L'exigence des plaideurs rejoint la critique savante des jurisconsultes[3] et témoigne de la piètre estime dont jouit à l'époque ce mode d'expression du droit. Cette mauvaise réputation explique pourquoi, en cette matière plus qu'en d'autres, la rupture de 1789 se veut radicale.

277. Soucieux de desserrer une fois pour toute l'emprise des juges sur le pouvoir législatif, les révolutionnaires veulent interdire la jurisprudence. A cette fin, ils prohibent les arrêts de règlement en même temps qu'ils établissent le référé

[1] Sur la coexistence de deux modèles de juridiction en droit français v. Eisenmann (C.), « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », préc., not. p. 495.
[2] Article 19 du « Résumé des cahiers sur la réforme judiciaire établi par la Chancellerie », reproduit *in* Seligman (E.), *op. cit.*, 492.
[3] *Supra* n° 219 et s.

législatif[1]. L'institution de ce mécanisme, dont on a vu qu'il symbolisait la nouvelle justice[2], se comprend *a contrario* comme une défense faite au magistrat d'interpréter la loi. Le débat parlementaire sur la création d'un Tribunal de cassation fait écho à cette problématique[3]. Il est l'occasion pour certains orateurs de rappeler que ce haut conseil, « pas plus que les tribunaux de district, ne doit avoir de jurisprudence à lui »[4]. Robespierre synthétise cette thèse radicale, qui assimile cassation et interprétation des lois et réserve ces deux fonctions au pouvoir législatif[5], en des termes explicites : « Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'Ancien Régime, ne signifie plus rien dans le nouveau ; il doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi ; alors il y a toujours identité de jurisprudence »[6].

278. Désireuse d'encadrer strictement l'activité juridictionnelle et persuadée de l'avènement prochain d'un « code général de lois simples, claires et appropriées »[7], l'Assemblée interdit aux juges d'interpréter le texte légal. Cette volonté est le corollaire d'une conception syllogistique du jugement et d'une vision légicentrique du droit[8]. Pour autant, l'ensemble des Constituants n'est pas convaincu par le point de vue de Robespierre. Certains députés estiment en effet que la production d'une jurisprudence de cassation est une condition *sine qua non* de l'uniformité des décisions de justice sur l'ensemble du territoire.

b – La question de l'uniformité

279. La volonté politique de lier le pouvoir judiciaire à la loi votée par les représentants de la nation est partagée par l'ensemble de l'Assemblée, mais parmi ses membres, bon nombre n'adhèrent pas à l'utopie radicale de Robespierre. Pour ces modérés, le Tribunal de cassation a précisément pour mission d'interpréter la loi : sa vocation est d'assurer « l'uniformité dans les décisions » et d'éviter « une variété, une vicissitude continuelle »[9].

---

[1] « (Les juges) ne pourront point faire de réglemens, mais ils s'adresseront au Corps-Législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle », article 12, Titre II du décret du 16-24 aout 1790 portant sur l'organisation judiciaire, reproduit par Duvergier (J.B.), *op. cit.*, Tome 1, p. 311.

[2] *Supra* n° 184 et s.

[3] Pour une perspective générale sur ce débat, v. Halpérin (J.-L.), *Le tribunal de cassation et les pouvoirs…*, préc., p. 51 et s. ; rappr. *supra* n° 119 et s.

[4] Chapelier, séance du jeudi 18 novembre 1790, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, Paris, Plon, 1861, Tome 6, p. 415.

[5] Halpérin (J.-L.), *op. cit.*, p. 62.

[6] Robespierre, séance du jeudi 18 novembre 1790, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 6, p. 411.

[7] Article 19 du projet de décret sur l'ordre judiciaire proposé par le Comité de constitution à l'Assemblée lors de la séance du 5 juillet 1790, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 5, p. 51.

[8] Hilaire (J.), « Jugement et jurisprudence », préc., p. 187. Plus généralement, sur la proscription de la jurisprudence par les révolutionnaires, v. Zenati (F.), *La jurisprudence*, préc., pp. 44-55.

[9] Martineau, séance du jeudi 18 novembre 1790, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 6, p. 411.

280. Cette conception, qui en creux réserve aux juges suprêmes un pouvoir conséquent dans la détermination du sens de la loi, est très présente dans les débats révolutionnaires relatifs à la cassation[1]. Qu'il s'agisse de définir cette institution ou d'en déterminer les modalités d'exercice, les références à sa future jurisprudence sont légion. Discrète chez Merlin qui évoque « les moyens d'assurer l'unité des tribunaux »[2], l'allusion se fait plus claire chez le comte de Clermont-Tonnerre qui réclame de l'organe de cassation une certaine « constance dans sa doctrine »[3]. Barnave est encore plus explicite. Selon lui, l'organe de cassation est établi pour maintenir « la stabilité dans la manière d'appliquer le sens de la loi » : à défaut d'un tel tribunal, « il n'y aura jamais uniformité dans la manière de juger » quelle que soit la clarté de la loi[4].

281. Quelque temps avant que ne s'engage le débat sur le Tribunal de cassation, l'abbé Sieyès plaidait déjà pour un « grand conseil de révision » en charge « de maintenir la certitude et l'unité de principes et de formes dans la dispensation de la justice à tout le royaume »[5]. Ce conseil aurait notamment eu pour tâche de prononcer la cassation des jugements « pour variation de jurisprudence dans le même tribunal » et « pour dissemblance de jurisprudence dans les différents tribunaux »[6]. Pressentant le caractère irréductible de l'interprétation judiciaire de la loi, Sieyès était plus soucieux de la maîtriser que de l'anéantir. Son projet fit long feu, mais il montrait, dès les premiers jours de la Révolution, la voie d'une reconnaissance officielle de la jurisprudence.

2 – LE POUVOIR D'INTERPRETER LES LOIS ET D'Y SUPPLEER

282. Relancée par Napoléon, l'élaboration du Code civil est l'occasion d'un renouvellement des discussions sur le rapport du juge à la loi. Portalis, l'un des principaux artisans de la codification[7], y défendit une conception bienveillante à l'égard de la jurisprudence et de l'équité (a). Œuvre de transaction en cette matière comme en d'autres, le texte finalement voté consacre la possibilité pour les magistrats d'interpréter la loi et d'y suppléer dans l'exercice de leur fonction (b).

a – La philosophie de Portalis

283. Un temps émigré pour raison politique entre 1798 et 1799, Portalis devient à son retour homme de confiance de Bonaparte. Il se voit notamment confier la

[1] Hufteau (Y.-L.), *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, préc., not. pp. 40-42.
[2] Merlin, séance du 24 mai 1790, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 4, p. 450.
[3] Clermont-Tonnerre, séance du 25 mai 1790, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 4, p. 459.
[4] Barnave, séance du jeudi 18 novembre 1790, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 6, p. 415.
[5] Sieyès, *Aperçu d'une nouvelle organisation de la justice et de la police en France*, Paris, 1790, cité par Hufteau (Y.L.), *op. cit.*, pp. 40-41.
[6] *Ibid.*
[7] Arnaud (A.-J.), *Les origines doctrinales du Code civil français*, préc., p. 32.

délicate mise en œuvre du Concordat de 1801[1]. Cet ancien avocat au Parlement d'Aix, brillant politicien et théoricien de son temps, fut également l'un des quatre jurisconsultes nommés par le Premier consul pour rédiger une ultime ébauche de code civil[2]. Coauteur et lecteur du *Discours préliminaire* prononcé lors de la présentation de ce projet devant le Conseil d'État, il devient à cette occasion le porte-drapeau d'une conception de la loi et du juge en rupture avec les représentations révolutionnaires[3].

284. Foisonnante et parfois contradictoire[4], la réflexion de Portalis hérite du courant rationaliste[5]. Pour lui, le droit naturel est synonyme de raison et la législation en est le premier guide. Mais le texte légal ne peut pourvoir à tout[6] et, sauf à risquer un déni de justice généralisé, il est indispensable de confier aux magistrats le pouvoir de l'interpréter et d'y suppléer à l'aide de la raison naturelle. Sans menacer l'hégémonie théorique de la loi, cette conception réintroduit explicitement l'équité au cœur de la fonction de justice et renoue de manière discrète avec les représentations parlementaires d'Ancien Régime, comme en témoigne la rhétorique de l'illustre jurisconsulte : « 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 »[7].

285. Corollaire de cette conception du jugement, la reconnaissance de la jurisprudence est un autre trait saillant de la pensée de Portalis. Selon lui, à défaut de texte précis, « une suite non interrompue de décisions semblables » tient lieu de loi[8]. Cette conviction, qui s'ancre dans une conscience aiguë des limites de la législation, est exprimée à plusieurs reprises dans le *Discours préliminaire*. La jurisprudence, ce « dépôt de maximes, de décisions et de doctrine qui s'épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires »[9], y occupe une place de choix, au côté de la loi, dont elle comble les vides[10]. Dans un climat idéologique encore imprégné

[1] Sur la figure de Portalis, v. Long (M.) et Monier (J.-C.), *Portalis - L'esprit de justice*, Michalon, Paris, 1997. V. également l'article qui lui est consacré par Langlois (C.) dans le *Dictionnaire Napoléon* dirigé par Tulard (J.), préc., p. 1362.

[2] Halpérin (J.-L.), *L'impossible Code civil*, préc., chap. 9.

[3] Le « Discours préliminaire prononcé lors de le présentation du projet de la commission du gouvernement » est reproduit par Fenet (P.A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, Tome 1, p. 463.

[4] Oppetit (B.), « Portalis philosophe », *D.* 1995, chron. 331.

[5] Sur les origines de la pensée de Portalis, v. Beignier (B.), « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », *RHFDSJ*, 1988, n° 6, p. 77.

[6] Le « Discours préliminaire » remet clairement en cause le mythe révolutionaire de complétude de la loi : « 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. (…) L'office de la loi 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. », Fenet (P.A.), *op. cit.*, pp. 469-470.

[7] Fenet (P.A.), *op. cit.*, p. 474.

[8] Fenet (P.A.), *op. cit.*, p. 471.

[9] Fenet (P.A.), *op. cit.*, p. 470.

[10] Fenet (P.A.), *op. cit.*, p. 476 : « Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, (…) on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois. Or, c'est à la jurisprudence que

des idéaux révolutionnaires, cette thèse suscita de vives réactions et ne fut qu'incomplètement consacrée par le Code civil.

b – L'article 4 du Code civil

286. Les convictions de Portalis en matière de justice devaient initialement trouver leur place dans un *Livre préliminaire*, riche de 39 articles, dispensant la philosophie des rédacteurs sous forme d'une loi précédant le code[1]. Mais les juridictions, à qui est envoyé le projet pour observations[2], accueillent fraîchement ce texte. Le tribunal d'appel de Lyon y voit une somme « d'abstractions *métaphysico-légales* essentiellement sujettes (…) à controverse »[3]. Celui de Rouen insiste sur l'inutilité d'un livre dont les principes ont pour effet « d'affaiblir et énerver la force de la loi par la très grande latitude qu'ils donnent à l'arbitrage du juge »[4]. Ces critiques portèrent[5] et, au munificent *Livre préliminaire* consacré à l'exposition *Du droit et des lois*, fut substitué un austère *Titre préliminaire* de 9 articles relatifs à *la publication, aux effets et à l'application des lois en général*[6].

287. Cette « modeste ruine du solennel péristyle prévu »[7] édulcore la conception du juge nourrie par Portalis. Il n'y est question des magistrats que pour leur défendre de statuer par voie de disposition générale et leur enjoindre de juger dans le silence de la loi. Soumis au Conseil d'État, le bien-fondé de cette injonction est l'objet de discussions animées[8], avant que ne se dégage un accord sur la rédaction suivante : « le juge qui aura refusé 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 »[9].

288. Consacrant l'abrogation du référé législatif des tribunaux du fond[10], ce texte est appelé à devenir l'article 4 du Code civil[11]. A l'époque, il est pourtant loin de faire

---

nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, 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 à 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*. »

[1] Le projet de « Livre préliminaire » intitulé *Du droit et des lois* est reproduit par Fenet (P.A.), *op. cit.*, Tome 2, p. 3.

[2] Avant de soumettre le projet de la commission au Conseil d'État, les consuls l'envoyèrent au Tribunal de cassation et à tous les tribunaux d'appel de France pour recueillir leurs observations.

[3] Fenet (P.A.), *op. cit.*, Tome 4, p. 36.

[4] Fenet (P.A.), *op. cit.*, Tome 5, p. 459.

[5] Évoquant devant le Corps législatif l'abandon du projet de *Livre préliminaire*, Portalis s'exprime en ces termes : « On a judicieusement remarqué que les définitions générales ne contiennent, pour la plupart, que des expressions vagues et abstraites, dont la notion est souvent plus difficile à fixer que celle de la chose même que l'on définit », Fenet (P.A.), *op. cit.*, Tome 6, p. 42.

[6] La première version du *Titre préliminaire* est présentée par Portalis au Conseil d'État le 4 thermidor an IX. Le procès-verbal de la séance est reproduit par Fenet (P.A.), *op. cit.*, Tome 6, p. 1.

[7] Beignier (B.), *op. cit.*, p. 86.

[8] Fenet (P.A.), *op. cit.*, Tome 6, pp. 20-24.

[9] Fenet (P.A.), *op. cit.*, p. 24.

[10] Fenet (P.A.), *op. cit.*, p. 15. Plus généralement sur ce point, v. Hufteau (Y.-L.), *op. cit.*, pp. 92-99.

[11] Sur la procédure mouvementée et fort peu démocratique qui précéda l'adoption et la promulgation du Code, v. Halpérin (J.-L.), *L'impossible Code civil*, préc., pp. 273-274. V. également sous la direction de Ewald (F.), *Naissance du Code civil - La raison du législateur*, Paris, Flammarion, 1989, pp. 23-28.

l'unanimité, comme en témoignent les critiques virulentes portées par Mailla-Garat lors de sa discussion par le Tribunat[1]. Qualifiant cette disposition d' « abusive » et de « funeste »[2], le jeune tribun rappelle que le juge ne doit être « que la bouche de la loi »[3]. Lucide sur une doctrine législative qui marque l'abandon de la conception révolutionnaire de la justice, il dénonce un projet « qui anéantit le bienfait et l'existence des lois civiles »[4] et prend acte que, désormais, « juger est (…) autre chose qu'appliquer la loi »[5]. Ses critiques ne suffisent cependant pas à remettre en cause l'œuvre transactionnelle proposée par les rédacteurs du Code. Retenant de la Révolution l'interdiction des arrêts de règlement et de l'Ancien Régime la nécessité de « laisser une sorte de latitude aux juges quand la loi est obscure, ou quand elle se tait »[6], la nouvelle constitution civile de la France autorise l'émergence d'un discours judiciaire doté d'une autorité jurisprudentielle.

B. L'EMERGENCE D'UN DISCOURS JUDICIAIRE

> « Ne pouvant tout recueillir, j'ai donné la préférence aux questions plus *importantes*, aux tems plus *rapprochés*, aux décisions plus *positives*.
>
> Obligé d'opter entre la rigoureuse exactitude, et le soin de châtier le style, j'ai préféré d'être littéral autant que possible. »
>
> Jean-Baptiste Sirey, « Avertissement », *Jurisprudence de la Cour de cassation, ou Notices des arrêts les plus importans, depuis 1791, époque de l'institution de la Cour, jusqu'à l'an X*, Paris, an XIII.

289. Antérieure à sa reconnaissance par le Code civil, l'émergence d'un discours judiciaire distinct de la loi est en germe dès les premiers jours de la Révolution. A l'époque, les députés élaborent de nouvelles règles de motivation pour les jugements et arrêts, mais les pratiques judiciaires initiées à cette occasion évoluent rapidement dans une direction peu conforme aux objectifs légalistes poursuivis. Le Tribunal de cassation en particulier devient le siège d'une intense activité jurisprudentielle qui témoigne d'une forte autonomie des énoncés juridictionnels (1). Jouissant dans un premier temps d'une publicité réduite, ceux-ci sont l'objet d'une attention croissante à mesure que se multiplient les publications qui en permettent la diffusion et en garantissent la visibilité (2).

[1] Fenet (P.A.), *op. cit.*, Tome 6, pp. 143-170.
[2] Fenet (P.A.), *op. cit.*, p. 150.
[3] Fenet (P.A.), *op. cit.*, p. 158.
[4] Fenet (P.A.), *op. cit.*, p. 154.
[5] Fenet (P.A.), *op. cit.*, p. 151.
[6] L'expression est de Portalis, séance du 23 frimaire an X, reproduit par Fenet (P.A.), *op. cit.*, Tome 6, p. 270.

1 – L'AUTONOMIE DU DISCOURS JUDICIAIRE

290. Les révolutionnaires, qui souhaitaient lier de manière étroite les juges aux lois, ont institué des principes de rédaction des décisions de justice paradoxalement propices à l'autonomisation du discours judiciaire. L'obligation de motiver les décisions était initialement prévue pour garantir la légalité des jugements (a). Elle a en pratique permis aux magistrats de donner libre cours à leur créativité juridique en marge du texte légal (b).

a – La motivation des décisions de justice

291. Appelant à la proscription de « la formule de condamner *pour les cas résultant du procès* »[1], les cahiers de doléances rédigés dans la perspective des États généraux de 1789 expriment le vœu de voir les magistrats fonder en raison leurs jugements. Symptôme d'une perte d'autorité de la justice royale, le souhait que « tout arrêt rendu, soit au civil, soit au criminel, contienne les motifs de la décision »[2] illustre cette aspiration largement partagée à la fin de l'Ancien Régime[3]. Soucieux de chasser tout arbitraire de la fonction judiciaire, les révolutionnaires reprennent à leur compte cette exigence de motivation.

292. Pour permettre le contrôle du bien jugé, les Constituants règlent avec précision la forme des décisions de justice[4]. Leur légalisme les pousse dans un premier temps à exiger que « le résultat des faits reconnus (…) et le texte de la loi » soient mentionnés par le juge[5]. Mais devant les risques de lacune législative, les députés optent pour une formule plus souple[6] : la loi des 16-24 août 1790 requiert uniquement des magistrats qu'ils énoncent « les motifs qui auront déterminé le jugement ». En charge d'annuler « toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse à la

[1] Article 79 bis du « Résumé des cahiers sur la réforme judiciaire établi par la Chancellerie », reproduit *in* Seligman (E.), *op. cit.*, p. 504.
[2] *Ibid.*
[3] Sur ce point, v. *supra* n° 219 et s. V. également Sauvel (T.), « Histoire du jugement motivé », préc., not. pp. 29-43 ; rappr. Lebigre (A.), « "Pour les cas résultant du procès", Le problème de la motivation des arrêts », préc.
[4] L'article 15, Titre V, du décret des 16-24 août 1790 *sur l'organisation judiciaire* prévoit que « la rédaction des jugemens, tant sur l'appel qu'en première instance contiendra quatre parties distinctes. Dans la première, les noms et les qualités des parties seront énoncés. Dans la seconde, les questions de fait et de droit qui constituent le procès seront posées avec précision. Dans la troisième, le résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction, et les motifs qui auront déterminé le jugement, seront exprimés. Le quatrième enfin contiendra le dispositif du jugement. », reproduit par Duvergier (J.B.), *op. cit.*, Tome 1, p. 324.
[5] Proposition initiale du projet de réorganisation judiciaire défendu par Thouret le 4 août 1790, *Réimpression de l'ancien Moniteur universel*, préc., Tome 5, p. 306.
[6] Critiquant la disposition précitée au cours de la même séance de l'Assemblée, Chabroud suggère une ultime modification en ces termes : « Nous n'avons pas de lois assez précises pour assujettir, dans un jugement, le juge à copier le texte d'une loi. Je demande que l'on dise simplement : et les motifs qui auront déterminé le jugement seront exprimés ».

loi »[1], l'instance de cassation est pour sa part soumise à l'obligation de justifier ses arrêts en invoquant la lettre du texte légal[2].

293. Élevée au rang de règle constitutionnelle par la Convention[3], la motivation obligatoire est essentiellement conçue par les révolutionnaires comme un gage de légalité des jugements[4]. Le visa de textes légaux atteste de la soumission du juge à la volonté de la loi. Mais, paradoxalement, en voulant brider l'action des juges, « la Révolution a en fait créé les conditions de leur émancipation »[5]. En effet, les motifs ont été investis par les magistrats et utilisés comme vecteur d'un discours judiciaire autonome.

b – La créativité des juges de cassation

294. Les premiers arrêts du Tribunal de cassation sont laconiques, la haute juridiction se contentant souvent de déclarer qu'elle « casse et annule » un jugement comme contraire à tel article de la loi[6]. Cette retenue dans la motivation, conforme aux exigences du législateur, s'explique notamment par le contexte politique et les rapports de force institutionnels alors en vigueur[7]. D'emblée, néanmoins, certaines décisions sont accompagnées de motifs alors même que le Tribunal n'y est pas tenu[8]. S'affranchissant dès 1792 du modèle imaginé par les révolutionnaires, les hauts magistrats ne se contentent pas de « viser » un article de loi à l'appui de leur décision ; ils articulent un raisonnement sur des attendus explicitant le sens de la règle utilisée et son application au litige concerné[9].

295. S'engouffrant dans les lacunes du droit intermédiaire, les juges de cassation disposent alors d'une certaine liberté pour déterminer la règle applicable. Ils s'arrogent le pouvoir de sanctionner, non seulement la « contravention expresse à la loi », mais également sa « fausse application »[10]. Et à la fin de la Révolution, le

[1] Article 3 du décret des 27 novembre-1er décembre 1790 *portant institution d'un tribunal de cassation, et réglant sa composition, son organisation et ses attributions*, reproduit par Duvergier (J.B.), *op. cit.*, Tome 2, p. 56.
[2] L'article 17 du décret cité à la note précédente prévoit que « l'intitulé du jugement de cassation portera toujours, avec les noms des parties, l'objet de leurs demandes, et le dispositif contiendra le texte de la loi ou des lois sur lesquelles la décision sera appuyée ».
[3] La Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795) dispose dans son article 208 que les jugements « sont motivés, et (qu')on y énonce les termes de la loi appliquée », reproduit par Duverger (M.), *op. cit.*, p. 106.
[4] Sauvel (T.), *op. cit.*, p. 46.
[5] Zenati (F.), *op. cit.*, p. 62.
[6] A titre d'exemple, Cass. 3 mai 1792, *Recueil général des lois et arrêts*, fondé par J.B. Sirey, revu et complété par L.-M. Devilleneuve et A.-A. Carette, Paris, 1843, 1e série, p. 5.
[7] Sur ces questions, v. Halpérin (J.-L.), *Le tribunal de cassation et les pouvoirs…*, préc., not. pp. 105-205.
[8] C'est le cas de certains arrêts de rejet, justifiés par le Tribunal de cassation avant que le législateur n'exige formellement leur motivation par un décret du 4 germinal an II. A titre d'exemple, v. la décision de rejet rendu le 18 février 1792, S. 1843, 1e série, p. 3.
[9] Halpérin (J.-L.), « Le tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne », *in* Badinter (R.), dir., *op. cit.*, p. 233. A titre d'exemple, Cass., 28 fructidor an VII, S. 1843, 1e série, p. 246.
[10] S. 1843, 1e série, p. 231.

Tribunal suprême s'autorise en matière civile des « tentatives systématiques d'interprétation des lois civiles »[1].

296. Les limites apportées à la souveraineté de la Cour jusqu'en 1837[2] et la conception étroite de la cassation qui prévaut pendant la première moitié du XIX[e] siècle[3] n'empêchent pas les audaces des juges du droit. Passée la promulgation du code, les hauts magistrats conservent des sources d'inspiration extra-légales et marquent durablement leur attachement à l'ancien droit. Ils poursuivent par ailleurs l'élaboration de théories jurisprudentielles[4], n'hésitant pas parfois à se déjuger à l'occasion de revirements[5]. Au rythme des arrêts rendus par la juridiction de cassation s'élabore ainsi un discours judiciaire qui est l'objet d'une visibilité croissante.

2 – LA VISIBILITE DU DISCOURS JUDICIAIRE

297. Étape importante dans la constitution d'un *corpus* jurisprudentiel, la publication officielle des arrêts de cassation garantit leur exactitude, permet leur consultation et renforce leur autorité (a). Dotée d'un effet d'entraînement, cette diffusion publique stimule l'édition privée et, dans les années qui suivent la Révolution, on assiste à la multiplication des imprimés reproduisant des décisions de justice selon des modalités diverses (b).

a – Le principe de la publication

298. Portant institution du Tribunal de cassation, le décret des 27 novembre-1[er] décembre 1790 dispose que chacun de ses jugements est « imprimé, et inscrit sur les registres »[6]. Impression officielle et publicité interne se justifient par le statut particulier de la haute juridiction. Étroitement surveillée par le Corps législatif, elle est tenue de présenter chaque année devant les députés un « état des jugements rendus, à côté de chacun desquels sera la notice abrégée de l'affaire »[7]. Les décisions de cassation jouissent en retour d'une autorité suffisante pour qu'on leur accorde le privilège de la publication théoriquement réservée au texte légal.

299. La diffusion des jugements du Tribunal reste faible dans les premières années de la Révolution, mais elle croît progressivement. Aux feuillets *in-quarto* tirés à cent exemplaires succèdent des bulletins *in-octavo* rendant compte des arrêts

[1] S. 1843, 1[e] série, p. 232.
[2] La loi du 1[er] avril 1837 abroge définitivement le référé législatif et consacre l'autorité des Chambres réunies de la Cour de cassation. Sur cet épisode v. Hufteau (Y.-L.), *op. cit.*, p. 131.
[3] Halpérin (J.-L.), *Histoire du droit privé français depuis 1804*, préc., p. 53.
[4] Halpérin (J.-L.), *op. cit.*, p. 54. V. également, du même auteur, « Cour de cassation » dans le *Dictionnaire Napoléon*, dirigé par Tulard (J.), préc., p. 543.
[5] Sur cette question, v. notre article, « Genèse du concept de revirement de jurisprudence », *RRJ*, 2000-3, p. 991.
[6] Article reproduit par Duvergier (J.B.), *op. cit.*, Tome 2, p. 56.
[7] Prévu par l'article 24 du décret des 27 novembre-1[er] décembre 1790, l'*État des jugements* fut publié annuellement jusqu'à la fin de la Révolution.

de cassation sur une durée plus longue[1]. En l'an VII, le Directoire crée le *Bulletin officiel des arrêts de la Cour de cassation* et consacre définitivement le principe d'une publication *in extenso*, officielle, régulière et théoriquement accessible à tous, des décisions des hauts magistrats[2].

300. Cette mesure est destinée, selon ses auteurs, à « propager la connaissance de décisions qui ne doivent pas être concentrées dans l'enceinte des tribunaux »[3]. Si elle ne concerne initialement qu'un public restreint de juristes[4], elle ouvre la voie à une large reconnaissance du discours élaboré par les juges. La Révolution marque en effet le début d'une période fertile en imprimés donnant accès, selon des modalités diverses, aux arrêts de la Cour de cassation et des cours d'appel.

b – Les supports de diffusion

301. En plus des publications officielles, de nombreux journaux privés relaient l'information judiciaire durant la période révolutionnaire[5]. Des publications locales fleurissent dans le ressort de nombreuses cours d'appel et, à Paris, se développe une importante production éditoriale. Celle-ci se constitue surtout de gazettes présentant une forme semi-littéraire et mélangeant pêle-mêle décisions juridictionnelles diverses et informations variées[6]. Dans ce contexte, Jean-Baptiste Sirey lance en 1791 un journal mensuel, la *Jurisprudence du tribunal de cassation*, exclusivement consacré à la reproduction des décisions de justice les plus importantes[7].

302. Devenant *Recueil général des lois et arrêts* en 1808, cette publication est l'un des grands périodiques qui s'imposent durablement dans le paysage de l'édition juridique au début du XIX[e] siècle. A cette époque apparaissent, à côté du *Sirey*, le *Journal du Palais*[8], et le *Denevers*, hebdomadaire rebaptisé *Jurisprudence générale du royaume* quelques années plus tard par Désiré Dalloz[9]. Ces journaux contiennent, toutes les semaines ou tous les mois, les principaux arrêts rendus par la Cour de cassation, ainsi que de nombreuses décisions d'appel[10]. Ils diffusent l'information à

[1] Halpérin (J.-L.), « Le tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne », préc., p. 236.
[2] Halpérin (J.-L.), *op. cit.*, p. 237.
[3] Argument invoqué par le Directoire exécutif pour justifier la création du *Bulletin officiel des arrêts*, rapporté par Halpérin (J.-L.), *op. cit.*, p. 237.
[4] *Ibid*.
[5] Pour une vue générale de la question, v. l'article un peu vieilli mais riche d'informations de Meynial (E.), « Les recueils d'arrêts et les arrêtistes », *Le Code civil (1804-1904), Livre du centenaire*, Paris : Duchemin, Francfort : Sauer & Auvermann KG, 1969 (1[e] éd. 1904), Tome 1, p. 175. Plus récemment, v. Serverin (E.), *De la jurisprudence…*, préc., pp. 94-107. V. également Halpérin (J.-L.), *Histoire du droit privé…*, préc., 1996, pp. 54-55.
[6] C'est notamment le cas de la *Gazette des nouveaux tribunaux* (1791-1799), du *Journal des tribunaux* (1791-1792) et du *Journal de la justice civile, criminelle, commerciale et militaire* (1796-1797). Sur ce point, v. Halpérin (J.-L.), « Le tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne », préc., pp 237-238.
[7] Serverin (E.), *op. cit.*, p. 104.
[8] Première parution en l'an IX, fusion avec le *Sirey* en 1865.
[9] En 1825, Désiré Dalloz reprend à son compte le recueil de *Denevers*, périodique existant depuis l'an X.
[10] La justice administrative n'est cependant pas en reste, et en 1821 c'est au tour du recueil *Lebon* - spécialisé dans la repoduction des décisions du Conseil d'État - de voir le jour.

mesure de l'activité des juridictions supérieures et en permettent *a posteriori* la réunion en recueils annuels[1].

303. Fruit de praticiens, avocats pour la plupart, cette production éditoriale jouit d'un faible prestige dans les années qui suivent la Révolution[2]. La mauvaise réputation des recueils d'Ancien Régime pèse un temps sur l'ouvrage des arrêtistes, mais elle ne brise pas leur élan et, petit à petit, se construit un *corpus* donnant accès, de manière sélective mais très étendue, aux décisions de justice. Largement rééditée à partir de 1830[3], cette somme constitue, avec les bulletins officiels de la Cour de cassation, la source documentaire essentielle à partir de laquelle les théoriciens, qui reconceptualisent la notion de jurisprudence, appréhendent l'activité judiciaire.

§ 2. LA CONCEPTUALISATION DE LA JURISPRUDENCE

304. L'institution d'un discours judiciaire, distinct de la loi et accessible aux juristes, assure la conservation de pratiques jurisprudentielles dans la France post-révolutionnaire. La doctrine juridique, qui renaît sous l'Empire et s'épanouit par la suite, ne reste pas insensible à ce phénomène. Mais les savants du droit, loin d'en offrir une vision homogène, l'approchent sous des angles variés. D'une part, les commentateurs du Code civil ressuscitent l'ancienne jurisprudence des arrêts et l'inféodent à la loi en la réduisant au rang d'outil argumentaire dans l'explication du texte légal (A). D'autre part, l'exégèse du discours judiciaire acquiert progressivement ses lettres de noblesse et réunit praticiens et professeurs dans l'étude savante, et plus ou moins complaisante, des décisions de justice (B).

A. LES COMMENTATEURS DU CODE CIVIL

> « Un grand nombre de questions (…) ont été discutées par les auteurs, résolues par les arrêts ; et il s'est ainsi formé sur beaucoup de points, *un dépôt de maximes et de décisions*, un corps de doctrine et de jurisprudence, qui sont devenus, pour ainsi dire, inséparables des dispositions législatives elles-mêmes, en ce sens qu'il n'est pas plus possible désormais d'ignorer les unes que les autres. »
>
> Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, Paris, Durand, 1854, Tome 1, p. iv-v.

305. Légaliste et bourgeoise, la doctrine civiliste du XIX^e^ siècle se place du côté de l'ordre[4]. C'est pour enseigner le Code que Napoléon réorganise l'enseignement du droit, et c'est à cette tâche que se consacrent effectivement les professeurs.

[1] Sur ce point, v. Serverin (E.), *op. cit.*, p. 96.
[2] Jamin (C.), « Relire Labbé et ses lecteurs », *APD*, 1992, Tome 37, p. 262. Rappr. Meynial (E.), *op. cit.*, pp. 180-182.
[3] Entre 1835 et 1845, les rédacteurs de recueils (v. not. le *Journal du palais* et le *Recueil Sirey*) se lancent dans d'importantes rééditions qui leur donnent l'occasion de rassembler, et compléter, les publications d'arrêts qui s'accumulent depuis 1791.
[4] Arnaud (A.-J.), *Les juristes face à la société du XIX^e^ siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975, chap. 1.

Néanmoins, le mythe de l'École de l'Exégèse - pensée unique légicentrée, indifférente à l'activité judiciaire, qui aurait dominé les esprits académiques - ne résiste pas à l'analyse. Les traités, cours et manuels de droit civil de cette époque sont riches de références au droit romain et à l'activité des juridictions. Commentant le Code, les dogmaticiens n'en oublient pas de définir la jurisprudence (1) et leurs exposés savants, s'ils rappellent l'autorité relative des arrêts et des jugements, témoignent néanmoins d'un vif intérêt à leur égard (2).

1 – DEFINITION DOGMATIQUE DE LA JURISPRUDENCE

306. La réutilisation de la notion de jurisprudence des arrêts dans le discours doctrinal post-révolutionnaire ne doit pas dissimuler la profonde transformation sémantique que subit cette catégorie juridique au XIX^e^ siècle. Pour les dogmaticiens de l'époque, la jurisprudence est le simple produit d'une explication judiciaire de la loi (a) qu'ils s'efforcent d'encadrer en réglant les principes d'interprétation du Code (b).

a – Identification de la jurisprudence à l'interprétation judiciaire de la loi

307. Absorbée à acclimater le Code[1], la doctrine civiliste prête peu d'attention à l'institution judiciaire avant le début du XX^e^ siècle. Non que les auteurs de l'époque s'abîment dans un fétichisme légal qui les rendrait insensibles à l'action du juge dans le domaine du droit civil, mais leur effort est d'abord tendu vers l'explication du *corpus* juridique, uniforme et vierge de toute glose, légué par l'Empire napoléonien[2]. Renonçant à proposer une théorie élaborée de l'activité des magistrats, les théoriciens se contentent en la matière de réintroduire le concept, pourtant sévèrement écorné par la Révolution, de jurisprudence des arrêts.

308. Pétrie d'idéologie légaliste[3], la doctrine post-révolutionnaire importe cette notion de l'ancien droit, mais en modifie le sens afin de la rendre compatible avec les exigences politiques de l'époque. Pour les premiers commentateurs du Code, la jurisprudence au sens étroit du terme[4] est nécessairement le fruit d'une interprétation de la loi. En 1811, Toullier la définit comme « l'habitude d'interpréter les lois et de les appliquer aux *espèces* qui se présentent »[5]. Par la suite, il devient courant de désigner par cette notion, d'une part « l'habitude prise par les tribunaux d'interpréter et d'appliquer la loi dans tel sens plutôt que dans tel autre », d'autre part « le résultat

[1] Rémy (Ph.), « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIX^e^ siècle », *AHFDSJ*, 1985, n° 2, p. 100.
[2] Pour un panorama de la doctrine civiliste du XIX^e^ siècle, v. Rémy (Ph.), « Éloge de l'exégèse », *RRJ*, 1982 - 2, pp. 254-262.
[3] Arnaud (A.-J.), *op. cit.*, p. 53.
[4] Dans son acception la plus générale, la jurisprudence conserve au XIX^e^ siècle le sens de « science acquise du droit », mais les auteurs ne manquent pas de rappeler que cette conception large s'efface souvent derrière la notion plus étroite de jurisprudence des tribunaux. V. par exemple Demante (A.M.), *op. cit.*, p. 2. Rappr. Duranton (M.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, Thorel / Guibert, 1844, Tome 1, p. 8 ; et plus tardivement Mourlon (F.), *op. cit.*, p. 4.
[5] Toullier (C.M.B.), *op. cit.*, p. 3.

de cette habitude, c'est-à-dire l'uniformité de plusieurs décisions successives sur des questions semblables »[1].

309. Réduisant la jurisprudence à l'interprétation des textes légaux, la doctrine nourrit en contrepartie une conception relativement large de cette dernière[2]. Souvent définie comme une « explication » de la loi[3], elle consiste à « saisir »[4], à « découvrir »[5], « le véritable sens »[6] de cette dernière. En théorie, elle exclut toute tentative visant à « changer, modifier, innover »[7], « réformer »[8] ou « inventer »[9]. Mais en pratique, les auteurs savent la liberté des juges. Faute de résoudre cette contradiction, certains auteurs la méconnaissent, d'autres au contraire l'assument, à la manière de Demolombe : « 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 ; mais enfin il faut qu'elle n'ait pas la prétention d'avoir inventé ; autrement elle ne serait plus de l'interprétation »[10]. Soucieux d'encadrer ce pouvoir de faire parler la loi, les dogmaticiens en ont déterminé les modalités d'exercice.

b – Détermination des principes d'interprétation judiciaire de la loi

310. L'interprétation de la loi, parce qu'elle consiste à saisir le sens de celle-ci dans son application à un cas particulier, appartient également aux praticiens et aux théoriciens. Mais il revient aux seconds de définir l'orthodoxie méthodologique de cette activité. La définition des règles à appliquer dans l'obscurité de la loi occupe une place de choix dans les traités et les manuels de droit civil[11]. Dans un premier temps, les commentateurs du Code, fidèles à la philosophie de Portalis exprimée par l'article 4, encouragent l'utilisation de ressources juridiques extra légales. Ainsi Toullier, évoquant « les cas douteux où la loi semble se taire », enjoint au juge de recourir à « l'équité qui est le retour à la loi naturelle »[12].

311. Dominante dans la première partie du XIX^{e} siècle[13], cette thèse se fait progressivement plus discrète. Dans la résolution des problèmes de droit particuliers,

[1] Marcadé (V.), *op. cit.*, p. 19. Dans le même sens, voir Demante (A.M), *op. cit.*, p. 2 ; Massé (G.) et Vergé (C.), *Le droit civil français par K.S. Zachariae*, Paris, Durand, 1854, p. 3 ; Demolombe (C.), *op. cit.*, p. 13 ; Baudry-Lacantinerie (G.), *op. cit.*, pp. 45-46.
[2] Voir Husson (L.), « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *APD*, 1972, Tome 17, p. 119. Rappr. Ost (F.) et Van de Kerchove (M.), « Interprétation », *APD*, 1990, Tome 35, not. pp. 181-183.
[3] Demolombe (C.), *op. cit.*, p. 125 ; Marcadé (V.), *op. cit.*, p. 34.
[4] Toullier (C.M.B.), *op. cit.*, p. 80.
[5] Demolombe (C.), *op. cit.*, p. 125.
[6] Toullier (C.M.B.), *op. cit.*, p. 80.
[7] Demolombe (C.), *op. cit.*, p. 125.
[8] Laurent (F.), *op. cit.*, p. 345.
[9] Demolombe (C.), *op. cit.*, p. 126.
[10] Demolombe (C.), *op. cit.*, pp. 125-126.
[11] Arnaud (A.-J.), « La tradition française dans la théorie du droit des civilistes », préc., p. 263.
[12] Toullier (C.M.B.), *op. cit.*, p. 89.
[13] V. par exemple Delvincourt (M.), *Cours de Code civil*, Paris : Videcoq, Dijon : Lagier, 1834, Tome 1, p. 8. Rappr. Demante (A.M), *op. cit.*, p. 2.

les magistrats[1] comme les docteurs[2] persistent à se référer au droit romain et à l'équité naturelle. Mais les dogmaticiens insistent de plus en plus sur les limites de ces sources et conditionnent leur utilisation à l'acceptation de la loi positive. Acteur de cette évolution théorique, Demolombe la justifie par une interprétation stricte de l'article 4 : « si le demandeur n'invoque à l'appui de sa prétention qu'une *pure règle de droit naturel*, non sanctionnée même indirectement, même implicitement par la loi, le juge ne devra pas lui accorder le bénéfice de ses conclusions »[3].

312. Dès lors, l'art d'interpréter les lois se resserre et s'ordonne autour du texte légal[4]. Une double hypothèse de complétude et de cohérence du Code Napoléon[5] sous-tend cette conception qui débouche, chez certains auteurs, sur une stricte hiérarchisation des procédés d'explication du texte. Ainsi Aubry et Rau prévoient qu'en cas de doute sur un article, il convient d'interroger dans l'ordre, la structure grammaticale de la disposition, le système logique du Code, et la volonté du législateur[6]. Dans cette quête du sens de la loi, l'« appréciation des conséquences » auxquelles conduirait son application ne doit en revanche être prise en compte que de manière exceptionnelle[7]. Les tenants de ce modèle théorique postulent que « les cas dans lesquels la loi est véritablement insuffisante sont extrêmement rares »[8], mais ils n'en élèvent pas moins les décisions de justice au rang d'autorité subsidiaire.

2 – APPRECIATION SAVANTE DES DECISIONS JUDICIAIRES

313. Dans leur grande majorité, les traités et manuels de droit civil du XIX^e^ siècle regorgent de références jurisprudentielles. Certes, les commentateurs du Code accordent une autorité très relative au discours judiciaire (a). Ils s'y réfèrent néanmoins fréquemment et le citent selon des méthodes, et à des fins, qui varient sensiblement d'un auteur à l'autre (b).

a – L'autorité juridique de la jurisprudence

314. En dépit du bouleversement des représentations juridiques occasionné par la Révolution, Merlin, dans la cinquième réédition du *Répertoire universel et*

[1] Beignier (B.), « La conscience du juge dans l'application de la loi au début du XIX^e^ siècle. La jurisprudence au temps de l'Exégèse », *in* Carbasse (J.-M.) et Depambour-Tarride (L.), dir., *op. cit.*, p. 289.
[2] En ce sens, v. Kanayama (N.), « Les civilistes français et le droit naturel au XIX^e^ siècle. A propos de la prescription », *RHFDSJ*, 1989, n° 8, p. 129 ; et Desrayaud (A.), « École de l'Exégèse et interprétations doctrinales de l'article 1137 du Code civil », *RTDCiv*, 1993, p. 535.
[3] Demolombe (C.), *op. cit.*, pp. 125.
[4] Exemplaire de ce mouvement, Taulier, dans l'introduction de sa *Théorie raisonnée du Code civil* en 7 volumes (publiés de 1840 à 1848), s'autorise une profession de foi légicentrique remarquable : « J'expose donc la loi considérée dans son individualité actuellement vivante ; oubliant le droit romain, l'ancienne jurisprudence et la jurisprudence moderne, c'est par elle-même que je développe la loi et que je l'explique », Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, 1840, Tome 1, cité par Bonnecase (J.), *La Thémis (1819-1831) - Son fondateur, Athanase Jourdan*, Paris, Sirey, 1914, p. 311.
[5] Dubouchet (P.), « L'École de l'exégèse et la science du droit », *RRJ*, 1986 - 2, pp. 217-220.
[6] Aubry (C.) et Rau (C.), *op. cit.*, p. 130.
[7] *Ibid.*
[8] Huc (T.), *op. cit.*, p. 165.

raisonné de jurisprudence[1], conserve les articles « autorité » et « arrêts » respectivement rédigés par Darreau et Guyot sous l'Ancien Régime. Il y est établi que, parmi les arguments susceptibles d'appuyer une demande, les jugements et les arrêts viennent loin derrière la loi et les coutumes[2], mais également qu'une « suite de jugemens uniformes fait un usage qui est le meilleur interprète des lois »[3].

315. Cette tension issue de l'ancien droit se retrouve à l'identique dans la doctrine civiliste post-révolutionnaire. D'une part, les auteurs s'accordent sur le fait que la jurisprudence, « si elle n'est pas proprement une partie du droit en est au moins un puissant auxiliaire »[4]. Mais d'autre part, ils insistent sur le fait qu'elle « ne forme jamais une règle juridiquement obligatoire pour les citoyens ou pour les tribunaux »[5].

316. De Taulier à Laurent, en passant par Marcadé, nombreux sont les jurisconsultes de l'époque qui mettent en garde leurs lecteurs contre les décisions de justice dont la « complaisante intervention »[6] peut être source d'erreurs : si « les arrêts sont bons pour ceux qui les obtiennent ; il faut se garder de les invoquer comme une autorité décisive »[7]. Les théoriciens insistent sur la relativité des décisions juridictionnelles et leur extrême dépendance à l'égard des circonstances particulières de la cause. Ils rappellent en outre que même un « arrêt solennel » ne peut être gage de certitude puisque « la Cour suprême (...) peut juger différemment un peu plus tard, et qu'il suffira du changement de quelques-uns de ses membres pour amener ce résultat »[8]. Mais en dépit de ces nombreuses réserves, les auteurs dits de l'Exégèse font une utilisation intensive des décisions de justice.

b – Utilisation théorique des décisions

317. La prodigalité en références jurisprudentielles, qui caractérise la majorité des jurisconsultes du XIX^e^ siècle[9], ne doit pas masquer l'hétérogénéité de leurs méthodes d'utilisation des décisions de justice. Il y a peu de rapports entre Merlin de Douai qui collectionne les arrêts en vue d'accumuler les arguments, et Aubry et Rau qui y consacrent de volumineuses notes afin d'associer des éléments de pratique à

[1] Formé sous l'ancien droit, le « praticien » Merlin, qui fut également homme politique pendant la Révolution, a actualisé le *Répertoire de jurisprudence* de Guyot (2e éd., 1784-1785). Il reste célèbre pour la publication d'un *Recueil alphabétique des questions de droit* (quatre éditions de 1803 à 1830).
[2] *V°* Autorités (*Discours écrits)*, rédigé par Darreau, dans la 5e édition du *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* par Merlin, Bruxelles, Tarlier, 1825, Tome 2, p. 248.
[3] *V°* Arrêt, rédigé par Guyot, *Répertoire universel*…, préc., Tome 2, p. 87.
[4] Demante (A.M), *op. cit.*, p. 19.
[5] Aubry (C.) et Rau (C.), *op. cit.*, p. 129.
[6] L'expression est de Taullier, qui s'exprime en ces termes sur le sujet : « Quant à la jurisprudence des arrêts, qui est la science relative du droit, c'est-à-dire la science dans ses rapports avec les caprices des faits et dont je ne saurais trop blâmer la complaisante intervention dans les œuvres théoriques, elle peut fort bien être soumise à une analyse raisonnée », cité par Bonnecase (J.), *op. cit.*, p. 311.
[7] Laurent (F.), *op. cit.*, p. 354.
[8] Marcadé (V.), *op. cit.*, p. 66.
[9] *Contra* Zenati (F.), *op. cit.*, p. 56 et s., pour qui la doctrine universitaire classique a fait preuve d'un profond dédain pour les décisions de justice durant la majeure partie du XIX^e^ siècle.

leurs rigoureux commentaires dogmatiques de la loi[1]. Peu de choses en commun également entre Toullier qui a « soigneusement indiqué les points de jurisprudence fixés par les décisions suprêmes de la Cour de cassation »[2] mais semble d'avantage influencé par l'École du droit naturel, et Demolombe pour qui la description du discours judiciaire, « cette partie animée (...) presque dramatique de la législation, cette *viva vox juris civilis* »[3], tient une place centrale.

318. Plutôt que de rendre compte de cette variété d'approches en termes de *périodes doctrinales* où dominerait telle ou telle méthode[4], il semble plus pertinent d'envisager l'existence concomitante « de plusieurs courants - éventuellement entrecroisés - qui sont autant de conceptions de l'activité doctrinale »[5]. S'opposent ainsi les tenants d'une conception métaphysique du droit, qui usent de la controverse pour apprécier la justesse de l'opinion judiciaire[6], et les partisans d'un positivisme dogmatique, qui n'invoquent les arrêts que pour parfaire leurs constructions théoriques.

319. Mais si ces auteurs ont des conceptions juridiques parfois opposées et s'ils optent pour des méthodes d'exposition du droit souvent différentes[7], du moins se rejoignent-ils dans leur effort visant à intégrer le discours judiciaire dans une explication globale du droit civil. Certains d'entre eux n'ont d'ailleurs pas hésité, en plus de leur travail d'explication du Code, à se faire les exégètes du discours judiciaire, en participant à l'activité des revues qui, dès le deuxième tiers du XIX^{e} siècle, placent au cœur de leur objet de recherche la jurisprudence des tribunaux.

[1] S'inspirant d'un manuel allemand de Zachariae, ces auteurs sont influencés par le Pandectisme. Ils allient « méthode exégétique » et « enseignement dogmatique » (v. Halpérin (J.-L.), *Histoire du droit privé…*, préc., pp. 65-66).
[2] Toullier (C.M.B.), *op. cit.*, p. vi.
[3] Demolombe (C.), *op. cit.*, p. v.
[4] Jusqu'à une époque récente, l'histoire de la doctrine juridique du XIX^{e} siècle a été conçue comme une succession de périodes dominées par des styles bien définis. A l'origine de cette conception aujourd'hui soumise à la critique, v. Charmont (J.) et Chausse (A.), «Les interprètes du Code civil », *Le Code civil (1804-1904), Livre du centenaire*, préc., Tome 1, p. 133 et s. ; Bonnecase (J.), *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, Delmas, Bordeaux, 1933, Tome 1, not. pp. 288-303.
[5] Jamin (C.), « Relire Labbé et ses lecteurs », préc., p. 267.
[6] Sur l'usage de la controverse dans la doctrine du XIX^{e} siècle, v. Atias (C.), « La controverse et l'enseignement du droit », *AHFDSJ*, 1985, n° 2, p. 107.
[7] La plus notoire des querelles de méthode est celle du « *Traité*, où les matières s'exposent librement, et du *Commentaire*, où l'ordre d'exposition est commandé (...) par le plan du Code », Rémy (Ph.), *op. cit.*, p. 257.

B. LES EXEGETES DU DISCOURS JUDICIAIRE

> « Jusqu'ici, selon nous, on a trop considéré les recueils d'arrêts comme un dépôt d'argumens (…) ; on peut y voir aussi, malgré le superbe dédain de quelques maîtres de la science, une vaste série de faits judiciaires, aussi utile à étudier que celle des faits législatifs, puisque les arrêts en sont la réalisation, et par conséquent le meilleur commentaire.
>
> Cette manière d'envisager la jurisprudence au point de vue de l'histoire de la loi et de ses applications usuelles n'est autre chose au fond que la méthode expérimentale employée dans la science du droit ; c'est à notre avis, la seule voie du progrès. »
>
> *Recueil général des lois et arrêts*, fondé par J.-B. Sirey, revu et complété par L.-M. Devilleneuve et A.-A. Carette, Paris, 1843, 1e volume (1791-An XII), p.vi.

320. Au contraire de la doctrine civiliste classique qui se réfère essentiellement aux jugements et arrêts dans l'ombre de la loi, d'autres discours juridiques savants placent les décisions de justice au cœur de leur analyse. Longtemps, deux approches se disputent la matière. La première est le fruit d'une doctrine praticienne qui, par le biais des recueils d'arrêts, puis des répertoires et des codes annotés, donne cohérence à la jurisprudence et en assoit l'autorité (1). La seconde, plus théorique, voit le jour dans les revues dogmatiques qui fleurissent à partir de 1820. Elle consiste en une évaluation critique par les docteurs, et à l'aune de leurs critères académiques, de l'activité des juges, et débouche sur la technique des notes d'arrêt (2).

1 – DU COTE DES PRATICIENS

321. A l'occasion de préfaces et d'avertissements à leurs travaux[1], les praticiens qui élaborent les recueils d'arrêts et les premiers répertoires du XIXe siècle dévoilent une conception tranchée de la jurisprudence. Faisant l'apologie de ce mode d'expression du droit (a), ils justifient les méthodes guidant leur effort de rationalisation du discours judiciaire (b).

a – Apologie de la jurisprudence

322. Pour consolider *la science des arrêts* dont ils sont les nouveaux maîtres d'œuvre, les préfaciers des premiers recueils de jurisprudence post-révolutionnaires cherchent à légitimer leurs publications. Ils fustigent leurs détracteurs, « jeunes légistes » à qui l'on a rempli « la tête de *notions élémentaires*, plutôt que d'*espèces jugées* », et vantent leur discipline qui « maintient l'unité de doctrine, et ajoute à l'efficacité de la loi »[2].

---

[1] Sur cettte littérature, v. Beauthier (R.), « Jurisprudence et histoire du droit. Considérations limitées et quelque peu expressionnistes en histoire du droit belge et français. », *RRJ*, 1993-4, not. pp. 1282-1290.

[2] Sirey (J.-B.), *Table alphabétique et raisonnée du recueil général des lois et des arrêts, ou Notices décennales de législation et de jurisprudence depuis l'avènement de Napoléon (1800-1810)*, Paris, 1811, p. vii.

323. Anoblissant l'objet de leur recherche à mesure que celle-ci gagne en autorité, certains rédacteurs n'hésitent pas à taquiner la suprématie du texte légal. Ainsi, dans son introduction à la troisième édition du *Journal du Palais* publiée en 1837, Ledru-Rollin affirme que la jurisprudence n'a pas « pour objet unique de maintenir et de consolider la loi » mais « qu'elle exerce contre elle une action dissolvante, et en l'élargissant sans cesse, aspire à la remplacer »[1]. Sans aller jusque-là, les auteurs de recueils considèrent généralement que c'est par les décisions de justice « que la lettre froide de la loi s'anime et se vivifie, que les idées générales acquièrent la précision nécessaire, que les doctrines trop absolues se modifient et se tempèrent pour devenir applicables à la nature des choses et aux besoins des sociétés »[2].

324. Derrière l'éloge de l'activité judiciaire, c'est à une auto-consécration de leur travail que se livrent les arrêtistes. L'usage indifférencié de la notion de jurisprudence pour désigner, d'une part, les décisions juridictionnelles et, d'autre part, les périodiques[3], leur permet de faire rejaillir sur les seconds les louanges qu'ils adressent aux premières. Les directeurs de ces publications se targuent d'ailleurs de mettre de l'ordre dans le « chaos »[4] des décisions de justice en faisant œuvre de science. Il ne s'agit pas pour eux d'aller « d'éditions en éditions jusqu'à épuisement des archives des greffes »[5], mais plutôt de mettre en œuvre une « méthode expérimentale »[6] permettant « de vulgariser, en les formulant, les règles de la jurisprudence, et d'arriver ainsi à les faire passer plus promptement dans la théorie et dans la pratique »[7].

b – Méthodologie des arrêtistes

325. Pour satisfaire les objectifs qu'ils se sont assignés, les rédacteurs de périodiques organisent rationnellement leur œuvre compilatoire[8]. Ils inscrivent le discours judiciaire dans une chronologie stricte et organisent leur matière en usant de catégories thématiques dans les « chapeaux » introductifs des décisions reproduites. L'élaboration de tables générales, « résumé » du recueil classant les arrêts par rubriques fonctionnelles[9], annonce quant à elle le renouveau des

[1] « Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence », *Journal du Palais, Recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française*, 3e édition par Ledru-Rollin, Paris, Patris, 1837, Tome 1 (1791-an VIII), p. xvii.
[2] Dalloz l'ainé, « Idée générale de cette nouvelle édition », *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de juriprudence*, Paris, 1845, Tome 2, p. ix.
[3] Beauthier (R.), *op. cit.*, p. 1289.
[4] *Recueil général des lois et arrêts*, fondé par J.B. Sirey, revu et complété par L.-M. Devilleneuve et A.-A. Carette, Paris, 1843, 1e volume (1791-An XII), p.vi.
[5] S. 1843, 1e série, p. vii, note 1.
[6] S. 1843, 1e série, p. vi.
[7] S. 1843, 1e série, p. vii.
[8] Serverin (E.), *op. cit.*, p. 108. Rappr. Zenati (F.), *op. cit.*, pp. 67-69 ; et Halpérin (J.-L.), *Histoire du droit privé…*, préc., p. 55.
[9] V. par exemple la *Jurisprudence du XIXe siècle, ou Table générale alphabétique et chronologique du recueil général des lois et des arrêts (1791-1850)*, par Devilleneuve (L.-M.) et Gilbert (P.), Paris, 1851, Tome 1.

répertoires[1], outils pratiques dont l'objet est « de réunir et d'exposer dans un grand cadre et en forme de traité sur chaque matière, la législation, la doctrine et la jurisprudence »[2]. Parachevant ce mouvement, le succès des codes annotés où s'inscrivent, sous le texte de la loi, les décisions de justice les plus importantes, attestent de l'autorité croissante de ces dernières[3].

326. L'ensemble de ces travaux, qui constituent à proprement parler la jurisprudence à laquelle ont accès les juristes du XIX^e^ siècle, est le fruit d'une doctrine qui non seulement sélectionne et classifie l'information judiciaire[4], mais également l'exploite à des fins pratiques. En prise directe avec l'activité juridictionnelle, les directeurs des recueils en éclairent la signification en adjoignant, dès avant 1830, de courtes gloses présentées sans mention de nom d'auteur au bas de certaines décisions[5].

327. A l'origine, ces gloses comprennent les rapports, réquisitoires et prétentions des parties rendus publics à l'occasion du procès, mais rapidement les premières notes rédactionnelles apparaissent[6]. Écrites par des praticiens[7], ces annotations témoignent d'un pragmatisme fort éloigné de la dogmatique civiliste de la même époque. Ancrée dans des décisions rapportées *in extenso*, la démarche adoptée est inductive, « partant des faits pour aller aux principes »[8], et l'objectif est pratique, visant à anticiper les décisions des juridictions dans telle ou telle hypothèse[9]. Autant de traits qui opposent les premières notes de jurisprudence publiées dans les recueils, aux exercices académiques des professeurs de droit s'adonnant aux joies du commentaire de jurisprudence dans des revues spécialisées.

2 – DU COTE DES THEORICIENS

328. Sensibilisés au discours judiciaire tant par le travail des arrêtistes que par le succès de la méthode historique, les théoriciens du droit se sont tôt penchés sur la jurisprudence des arrêts. Appréhendant les décisions de justice de manière critique,

[1] Sur le développement des répertoires aux XIX^e^ siècle, v. Meynial (E.), préc., pp. 189-190.
[2] Dalloz l'ainé, « Idée générale de cette nouvelle édition », *Répertoire méthodique.*…, préc., Tome 2, p. iii.
[3] Serverin (E.), *op. cit.*, p. 110.
[4] Beauthier (R.) remarque justement que « la jurisprudence à laquelle ont accès les juristes du XIX^e^ siècle (…) est le fruit de la doctrine. Une certaine forme de doctrine, sans doute moins littéraire et moins apparente que celle qui fleurit dans les traités, mais une doctrine qui classifie, sélectionne, supprime et commente », préc., p. 1286.
[5] Halpérin (J.-L.), *op. cit.*, p. 55.
[6] Serverin (E.), *op. cit.*, pp. 110-113.
[7] Bourgeois et Ledru-Rollin, respectivement premier et second directeurs du Journal du Palais, étaient avocats. C'était également la profession de Devilleneuve qui continua le *Sirey* et de Dalloz qui reprit le *Denevers*, précédemment dirigé par un secrétaire-greffier de la Cour de cassation (Serverin (E.), *op. cit.*, p. 107).
[8] Il s'agit pour les rédacteurs de dégager les principes « qui ont guidé les tribunaux dans leur choix des intérêts à privilégier » à partir du discours judiciaire lui-même, Serverin (E.), *op. cit.*, p. 112.
[9] Priviégiant les perspectives pratiques ouvertes par l'examen du discours judiciaire, les premières notes d'arrêts mettent l'accent sur la constance ou les divergence qui caractérisent des décisions juridictionnelles successives.

ils en font l'examen doctrinal (a) et élaborent des notes d'arrêts, fertiles hybrides des annotations de praticiens et de la critique dogmatique (b).

a – L'examen doctrinal de la jurisprudence

329. Athanase Jourdan souhaitait que la *Thémis*, première revue juridique importante à paraître depuis la promulgation du Code civil[1], rendit compte tous les trois mois des arrêts récents les plus importants[2]. Précurseur de l'analyse dogmatique de la jurisprudence, ce propagateur des idées de l'École historique dans la science juridique française[3] ne parvint pas à satisfaire cet objectif. Sa tentative atteste en tout cas de la précocité de l'intérêt porté par certains docteurs à l'égard de l'activité juridictionnelle.

330. Cette curiosité scientifique ne se dément pas après la disparition de la *Thémis*[4]. Les *revues critiques*, qui se multiplient dans le deuxième tiers du XIX^e^ siècle, en deviennent le lieu naturel d'expression[5] comme en témoignent la *Revue étrangère de législation et d'économie politique* (1833-1843), la *Revue de législation et de jurisprudence* (1834-1852), ou la *Revue critique de jurisprudence en matière civile* (à partir de 1852). A la tête de ces publications siègent non plus des avocats, mais des professeurs[6] et quelques magistrats qui se livrent à un examen de la jurisprudence[7].

331. Se voulant « complément doctrinal des recueils d'arrêts »[8], l'exercice consiste à passer en revue une série de décisions rendues sur une période de plusieurs mois et à les jauger à l'aune de la théorie. Travail dogmatique et déductif, plus axé sur l'évaluation du discours judiciaire que sur sa description[9], l'examen témoigne à la fois d'un vif intérêt doctrinal pour les décisions de justice et d'une évidente condescendance académique à leur égard[10]. Érigé en censeur du discours judiciaire, l'examinateur cherche en effet avant tout à « soumettre au frein d'une salutaire critique les arrêts qui lui sembleront s'égarer, comparer leur doctrine à la

[1] Halpérin (J.-L.), *op. cit.*, p. 55.
[2] Bonnecase (J.), *La Thémis (1819-1831)*, préc., p. 309.
[3] Sur l'historicisme de la *Thémis*, v. Rémy (Ph.), « "La Thémis" et le droit naturel », *RHFDSJ*, 1987, n° 4, p. 145.
[4] Halpérin (J.-L.), *op. cit.*
[5] *Ibid.* V. également Jamin (C.), « La rupture de l'École et du Palais dans le mouvement des idées », *in Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, Tome 1, not. p. 75 et s.
[6] Parmi les professeurs ayant collaboré à ces publications, certains comme Troplong, Demolombe ou Marcadé, sont également des commentateurs du Code civil et bénéficient à ce titre d'une certaine célébrité.
[7] Sur cet exercice, v. Serverin (E.), *op. cit.*, p. 113-116.
[8] Sous-titre de la *Revue critique de la jurisprudence en matière civile* (Paris, Cotillon, 1851) fondée entre autres par Marcadé et Demolombe.
[9] Le fait que les décisions commentées fassent seulement l'objet de références et ne soient pas intégralement reproduites est révélateur de leur dévalorisation par rapport aux principes théoriques.
[10] Zenati (F.), *op. cit.*, p. 73.

doctrine légale, signaler les erreurs et ramener enfin sous le joug des principes une jurisprudence qui, emportée par le fait, les méconnaît trop souvent »[1].

b – La note d'arrêt

332. Dans la seconde moitié du XIX^e^ siècle, les professeurs investissent les recueils de jurisprudence à l'invitation de l'élite praticienne. Terrain de ce rapprochement entre l'École et le Palais[2], les grands périodiques que sont le *Sirey*, le *Dalloz* et le *Journal du Palais* accueillent les premières notes savantes signées par des professeurs extérieurs au monde judiciaire[3]. Parmi eux, certains tel Labbé, Buffnoir ou Beudant, s'illustrent par leurs analyses et donnent leurs lettres de noblesse à l'exercice[4].

333. Renouvelant profondément le genre de l'annotation, les professeurs le fertilisent en combinant lecture « critique » et lecture « organisatrice » des arrêts[5]. Leurs commentaires ne renoncent pas à la controverse, mais ils sont d'abord dirigés vers la production de théories permettant de penser en termes généraux le contentieux que les décisions donnent à voir dans sa diversité. Outils d'une meilleure appréhension juridique du social, les notes d'arrêts de Labbé et de ses collègues sont destinées à « produire des principes *abstraits*, suffisamment larges pour parvenir à régir un grand nombre de situations *concrètes* »[6].

334. Vouée à un grand succès, la note d'arrêt demeure le mode d'analyse privilégié de l'activité judiciaire par le juriste contemporain[7]. Elle est fondée sur une méthode qui s'élabore dès le milieu du XIX^e^ siècle. Mais si l'apparition précoce de cet exercice atteste de l'ancienneté des pratiques doctrinales plaçant le discours judiciaire au cœur de la systématisation de l'ordre juridique, elle ne doit pas laisser croire à la permanence du statut de la jurisprudence. Longtemps sous-théorisé, celui-ci devient objet d'une actualité brûlante au tournant du XX^e^ siècle. De nombreuses études justifient alors l'adaptation jurisprudentielle du droit en des termes nouveaux. Ce phénomène, déjà constaté par la doctrine, est désormais élevé au rang de nécessité scientifiquement démontrée.

[1] C'est en ces termes que Faustin Hélie définit l'objectif de la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (Paris, Cotillon, 1853, Tome 3, p. vii).
[2] Zenati (F.), *op. cit.*, p. 72.
[3] Serverin (E.), *op. cit.*, p. 117.
[4] Parmi les arrêtistes, le plus célèbre est sans doute Labbé. Il rédigera plus de 100 notes entre 1861 et 1895 et sera qualifié de théoricien de l'annotation par ses contemporains. Sur cette figure importante de la doctrine du XIX^e^ siècle, v. l'article de Jamin (C.), « Relire Labbé… », préc.
[5] Serverin (E.), *op. cit*. et *loc. cit.*
[6] Serverin (E.), *op. cit.*, p. 118.
[7] Sur la note d'arrêt aujourd'hui, v. Carbonnier (J.), « Notes sur des notes d'arrêts », *D.* 1970, chron. 31.

Section 2

L'adaptation jurisprudentielle du droit

335. Sous le coup d'une double évolution judiciaire et intellectuelle, la science juridique du début du XX^{e} siècle prétend repenser la notion de jurisprudence. Cette refonte, fruit d'une rupture théorique qu'il convient de ne pas hypostasier, est l'occasion pour les savants d'insister sur l'activité judiciaire dans le processus d'évolution du droit. Moins préoccupée que par le passé de découvrir le sens rationnel de la loi en usant de l'adjuvant jurisprudentiel, la doctrine s'engage dans l'étude positive et systématique des décisions judiciaires. Ce renversement théorique se veut libérateur pour les juges dont l'activité est désormais valorisée (§ 1). Il débouche sur une exégèse savante du texte judiciaire qui confine parfois à l'adoration, les arrêts rejoignant la loi au rang des objets de culte à partir desquels les oracles doctrinaux déchiffrent le droit positif qui sourd de la société (§ 2).

§ 1. LA LIBERATION DE LA JURISPRUDENCE

336. Le rapport au fait jurisprudentiel se modifie profondément à partir de la fin du XIX^{e} siècle. Cette évolution, qui voit le potentiel créatif du discours judiciaire libéré par une doctrine soucieuse de le systématiser, a été rendue possible par la conjonction d'un certain nombre de facteurs. Les audaces jurisprudentielles de la magistrature et le renouvellement du contexte intellectuel comptent au nombre de ces conditions de libération de la jurisprudence (A). Cette transformation théorique, qui passe par l'élévation du juge au rang d'acteur fondamental du processus d'adaptation du droit à la réalité, a pour corollaire sa reconnaissance en tant que source juridique à part entière par toute une frange de la communauté savante (B).

A. CONDITIONS D'UNE LIBERATION

> « Le XIX^e^ siècle a vu (…) dans les rapports sociaux, tant de choses nouvelles (…). Il a bien fallu que la loi écrite s'adaptât à ce milieu nouveau. Or, ces transformations du droit civil, qui les a notées en même temps que consacrées ? C'est la jurisprudence. (…) C'est donc elle, autant que le Code civil lui-même, qu'il faut étudier directement et scientifiquement. »
>
> Adhémar Esmein, « La jurisprudence et la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 12.

337. A l'origine des efforts doctrinaux visant à repenser le phénomène jurisprudentiel, on peut supposer plusieurs causes combinées. A défaut d'en démêler rigoureusement l'écheveau, l'inscription de cette évolution théorique dans son environnement juridique et idéologique est riche d'explications. D'une part, la curiosité suscitée par la jurisprudence s'épanouit en une période d'audaces judiciaires qui voit un petit juge vanter une justice équitable et des juges de cassation élaborer des constructions conceptuelles de grande ampleur (1). D'autre part, et plus fondamentalement peut-être, le mouvement des idées au sein de la communauté doctrinale est, à cette période, favorable à l'approfondissement du rôle des décisions de justice dans la formation du droit (2).

1 – LE DISCOURS JUDICIAIRE

338. Objet d'étude consacré depuis de longues années, le discours judiciaire est à la fin du XIX^e^ siècle le lieu d'événements renforçant son actualité scientifique. L'expérience ponctuelle de l'activisme judiciaire dans les rangs de la magistrature suscite plus méfiance qu'intérêt dans la doctrine (a). Mais l'activité jurisprudentielle de la Cour de cassation, dont le contrôle sur les juridictions inférieures va en s'élargissant, retient en revanche l'attention des savants (b).

a – L'activisme d'un juge

339. De 1890 à 1905, le juge Magnaud, président du tribunal de Château-Thierry et futur député radical, use de « bon sens » pour trancher les litiges qui lui sont soumis[1]. Ses jugements aux attendus explicites sont largement relayés par la presse et lui valent une renommé immédiate de « bon juge »[2]. Livrant au détour de ses motivations une conception légaliste de sa fonction, mais pratiquant une interprétation des textes législatifs teintée de féminisme et d'égalitarisme, le célèbre

[1] L'expression est du juge Magnaud lui-même qui précise, dans un des attendus du jugement rendu le 6 février 1903, que « les lois doivent être interprétées avec équité, bon sens et sans routine ». Décision reproduite par Rossel (A.), *Le bon juge*, Thomery, L'arbre verdoyant, 1983, p. 113.

[2] Sur le juge Magnaud, v. l'ouvrage de Rossel (A.), *op. cit.* ; rappr. Bonnecase (J.) qui reproduit les attendus du magistrats sur plusieurs pages, *La pensée juridique française…*, préc., Tome 2, not. pp. 227-234.

magistrat élabore, sans la théoriser, une pratique judiciaire animée par le souci du rétablissement d'une certaine équité socio-économique[1].

340. Vouée à rester sans lendemain, cette démarche ne fit guère d'émule dans la magistrature. Les jugements de Magnaud furent régulièrement réformés par la cour d'appel d'Amiens et, plus généralement, on ne peut constater aucune « poussée continue d'une jurisprudence "progressiste" qui aurait bousculé les conceptions traditionnelles »[2]. Sur le terrain familial comme en matière sociale, les magistrats sont demeurés prudents, suivant toujours mais ne précédant que rarement les avancées législatives libérales.

341. Mais en dépit de son caractère isolé, la « passade de jurisprudence »[3] que constitue l'épisode Magnaud est plus qu'anecdotique pour la doctrine du début du XX^e^ siècle. La conception du juge qui sous-tend l'action de ce magistrat atypique fait lointainement écho aux thèses socialistes prônant la transformation du droit bourgeois par le biais d'une interprétation active de la loi[4]. Ce tableau nourrit l'inquiétude des docteurs et, parmi eux, Gény stigmatise « l'impressionnisme anarchique dans l'application du droit »[5] qui résulte des décisions du tribunal de Château-Thierry. Il prend note néanmoins que ce « système de jurisprudence de pur sentiment »[6] participe d'une « transformation du rôle du magistrat, tendant à un rehaussement incontestable de la fonction »[7].

b – L'activité jurisprudentielle

342. Les œuvres du président Magnaud brillent d'un éclat particulier en une période que les savants du droit s'accordent à définir *a posteriori* comme un « âge d'or de la jurisprudence »[8]. Un siècle après l'institution du Tribunal de cassation, la Cour du même nom trône au sommet de l'édifice judiciaire. Ayant conquis un large contrôle sur l'application concrète de la règle de droit par les juridictions inférieures[9], elle conserve plus que jamais « la mission spéciale de faire respecter par les tribunaux la volonté du législateur et de maintenir, par l'interprétation qu'elle donne des textes (…), l'unité de la jurisprudence qui est la loi en action »[10].

---

[1] Arnaud (A.-J.), *Les juristes face à la société…*, préc., p. 103.
[2] Halpérin (J.-L.), *Histoire du droit privé…*, préc., p. 179.
[3] Gény (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1919, Tome 2, p. 287.
[4] Sur ces thèses, v. Arnaud (A.-J.), *op. cit.*, pp. 86-90. Rappr. Bonnecase (J.), *op. cit.*, Tome 2, pp. 234-238. V. également Halpérin (J.-L.), *op. cit.*, p. 188.
[5] Gény (F.), *op. cit.*, p. 303.
[6] Gény (F.), *op. cit.*, p. 307.
[7] Gény (F.), *op. cit.*, p. 305.
[8] V. par exemple Cornu (G.), *Droit civil - Introduction, les personnes, les biens*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 181.
[9] Sur ce point, v. Marty (G.), *La distinction du fait et du droit - Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Sirey, 1929, Livre 3. Rappr. Boré (J.), *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, 1997, not. pp. 17-18 de la 2^e^ partie.
[10] Faye (E.), *La Cour de cassation, Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile*, Paris, Duchemin, 1903, p. 11.

343. Mais sous couvert de cette activité, les juges de cassation adaptent la législation à l'évolution de la société et des mœurs[1]. Ils élaborent des constructions jurisprudentielles qui, par le biais du travail des commentateurs, donnent naissance à des théories juridiques de grande ampleur. Pour mémoire, c'est à cette époque que sont mises au point les règles prétoriennes relatives à l'abus de droit[2] ou à l'enrichissement sans cause[3]. C'est également durant ces années que la Cour de cassation élabore, sur des textes de lois laconiques, une importante jurisprudence relative à la responsabilité du fait des choses[4] ou à la personnalité morale des sociétés[5].

344. Ces développements, dont la dimension créatrice est explicitement assumée par les juges du droit[6], renforcent l'intérêt des professeurs pour les décisions judiciaires. Et, en 1912, Perreau peut légitimement affirmer, en introduction à un article sur la technique de la jurisprudence, que plus personne ne conteste « l'importante utilité de (cette dernière) dans l'élaboration du droit, et notamment du droit privé »[7]. Il est vrai que le contexte intellectuel est à l'époque, et depuis de nombreuses années déjà, particulièrement propice à la reconnaissance du pouvoir jurisprudentiel du juge.

2 – LE CONTEXTE INTELLECTUEL

345. Faisant écho aux hardiesses judiciaires, l'évolution de la pensée juridique va permettre, à la fin du XIX^e^ siècle, une valorisation nouvelle du fait jurisprudentiel. D'une part, la perception de l'historicité du droit s'aiguise au point de justifier l'étude généalogique des décisions de justice (a). D'autre part, l'influence de conceptions organicistes issues des sciences biologiques magnifie le rôle d'adaptation du droit joué par le juge (b).

---

[1] Halpérin (J.-L.), *op. cit.*, p. 179.

[2] La théorie de l'abus de droit s'inspire d'une série d'arrêts dont le premier a été rendu par la Cour d'appel de Colmar dès 1855 (arrêt *Doerr*, 2 mai 1855, *D.* 1856, 2, p. 9). Il faut attendre 1902 pour que la Cour de cassation confirme explicitement la validité de cette construction doctrinale (Req. 10 juin 1902, *D.* 1913, 2, p. 177).

[3] La jurisprudence relative à l'enrichissement sans cause a son origine dans le célèbre arrêt *Boudier* (Req. 15 juin 1892 ; S. 1893, 1, p. 281 ; *D.* 1892, 1, p. 596).

[4] Après une phase de tâtonnements qui débute en 1896 (Civ, 16 juin 1896 ; S. 1897, 1, p. 17 ; *D.* 1897, 1, p. 433), la Cour de cassation fixe sa doctrine à l'occasion de la célèbre affaire *Jand'heur* où elle fait une application énergique de l'article 1384 al.1 (Civ. 21 février 1927 ; S. 1927, 1, p. 137 ; *D.* 1927, 1, p. 97 ; suivie par un arrêt des Chambres réunies du 13 février 1930, S. 1930, 1, p. 12 ; *D.* 1930, 1, p. 57).

[5] C'est un arrêt de la Cour de cassation de 1891 qui pose clairement la notion de personne morale. Les juges y affirment qu'il est « de l'essence des sociétés civiles aussi bien que des sociétés commerciales, de créer au profit de l'individualité collective, des intérêts et des droits propres et distinctes des intérêts et des droits propres de chacun de ses membres (...). Les sociétés civiles constituent tant qu'elles durent, une personne morale », Req. 23 février 1891, S. 1892, 1, p. 73.

[6] « Discours de M. Ballot-Beaupré, premier président de la Cour de cassation » prononcé pour la célébration du centenaire du Code civil, *Le Code civil (1804-1904), Livre du centenaire*, préc., Tome 2, p. 23 de l'annexe.

[7] Perreau (E.-H.), « Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé », *RTDCiv*, 1912, p. 609.

a – Historicisme

346. Travaillant la pensée politique française du XIX[e] siècle, la sensibilité historique - qui se développe en miroir aux problématiques allemandes[1] - nourrit un désir d'élargissement du champ de l'enseignement juridique[2] et alimente une recherche qui se veut à la fois éclectique et encyclopédique[3]. Ouvrant en ce sens la voie à une étude systématique des décisions de justice[4], l'histoire du droit influence également certains juristes en quête de scientificité.

347. Acteur de cet échange disciplinaire, l'historien et constitutionnaliste Adhémar Esmein[5] ouvre en 1902 le premier numéro de la *Revue trimestrielle de droit civil* par un véritable plaidoyer en faveur d'une appréhension historique de la jurisprudence[6]. Selon ce juriste polyvalent, elle est « une œuvre collective et progressive, qui (…) s'est faite par un apport continu de décisions fragmentaires »[7]. Elle est à ce titre redevable d'une analyse approfondie qui doit, non seulement « la prendre dans ses origines » et « la suivre dans ses développements », mais également en trouver « les causes profondes (…) dans les besoins de la vie sociale ou dans les idées morales ou scientifiques des contemporains »[8].

348. Raymond Saleilles[9] fut le principal relais de cette thèse dans les rangs privatistes. Pour lui, la méthode historique est « la méthode scientifique par excellence »[10] puisque, dégagée de tout élément subjectif, elle s'en tient aux faits. Elle est donc le moyen idéal d'analyser la vie du droit qui réside dans l'adaptation constante de la loi aux besoins nouveaux. Selon Saleilles, le juge est l'organe de cet ajustement permanent et la jurisprudence le moyen « de combler les lacunes du texte et d'en adapter les dispositions à toutes les nécessités successives qui pourraient se faire jour »[11]. Cette conception évolutionniste, qui n'exclut pas l'idée d'un droit

[1] Gaudemet (J.), « Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX[e] siècle », *RHFDSJ*, 1998, n° 19, p. 87.
[2] Dauteribes (A.), « Laboulaye et la réforme des études de droit », *RHFDSJ*, 1990, n° 10-11.
[3] Sur « les débuts de l'école française du droit historique », v. l'article de Poumarède (J.), *in* Journes (C.), *La coutume et la loi. Études d'un conflit*, Lyon, PUL, 1986, p. 95. Plus généralement sur l'histoire du droit au XIX[e] siècle, v. Halpérin (J.-L.), « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *RHSH*, avril 2001, n° 4, p. 9.
[4] Anecdote significative, Edouard Laboulaye, qui fut l'une des figures majeures de l'histoire du droit en France, fut également, dès 1839, partisan de l'introduction de conférences consacrées à la jurisprudence des arrêts dans les facultés de droit. Sur ce point, v. Dauteribes (A.), *op. cit.*, p. 36.
[5] Sur cet auteur, v. Halpérin (J.-L.), « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *RHDFE*, 1997, p. 415.
[6] Sur les intentions d'Adhémar Esmein, v. l'exégèse de son manifeste pour l'étude de la jurisprudence par Jestaz (Ph.) et Jamin (C.), « Doctrine et jurisprudence : cent ans après », *RTDCiv*, 2002, p. 1.
[7] Esmein (A.), « La jurisprudence et la doctrine », *RTDCiv*, 1902, p. 13.
[8] *Ibid.*
[9] Sur Saleilles, v. *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Rouseau, 1914. Plus récemment, v. Tellier (F.), « Le droit à l'épreuve de la société. Raymond Saleilles et l'idée du droit social », *RHFDSJ*, 1999, n° 20.
[10] Saleilles (R.), « Le Code civil et la méthode historique », *Le Code civil (1804-1904), Livre du centenaire*, préc., Tome 1, p. 99.
[11] Saleilles (R.), *op. cit.*, p. 104.

naturel à contenu variable[1], s'efforce ainsi de combiner le « spiritualisme » de la doctrine classique au « positivisme » dont se targuent de plus en plus de juristes.

b – Organicisme

349. Au même titre que l'historicisme, la philosophie comtienne et les sciences expérimentales influencent très tôt la doctrine privatiste[2] dans le sens d'une meilleure prise en compte de la matière jurisprudentielle. Certains juristes n'hésitent pas à importer purement et simplement les catégories explicatives d'un organicisme biologisant pour valoriser le rôle du juge. Ainsi, dans un texte introductif aux *Pandectes françaises*[3], répertoire juridique qui voit le jour en 1886, Robert Fremont invoque la théorie évolutionniste d'Herbert Spencer[4] pour rendre compte du « développement graduel des idées juridiques et leur adaptation progressive au milieu social ». Plaçant les décisions de justice au cœur de ce processus, il voit dans la jurisprudence « le reflet du mouvement des idées » et « le prélude au renouvellement des institutions »[5].

350. Cette analogie maladroite entre théories juridique et biologique participe d'un mouvement plus général qui place le droit du côté des réalités positives susceptibles d'une appréhension non métaphysique. Confinant parfois au scientisme[6], les tenants de ce point de vue font peu d'émules dans les rangs des juristes. Certains réagissent même vivement contre une logique qui joue la science sociale nouvelle contre la dogmatique juridique ancienne[7].

351. La fracture qui se crée à l'époque entre les facultés de droit et de sociologie[8] ne doit cependant pas faire croire à l'hermétisme des savoirs[1]. Du côté des juristes,

---

[1] Saleilles (R.), « École historique et droit naturel », *RTDCiv*, 1902, not. p. 97.

[2] Sur ces influences, v. 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^ siècles », *RTDCiv*, 1994, p. 815.

[3] Fremont (R.), « De la formation des notions juridiques et du rôle de la jurisprudence dans les institutions », *Pandectes françaises*, Paris, Marescq / Plon, 1886, Tome 1, p. vi.

[4] Selon Fremont, « quand elle se rapporte aux organismes vivants, la théorie évolutionniste n'est encore qu'une hypothèse contestée et quelquefois contredite par les faits ; mais quand on l'applique à cet organisme idéal qu'on nomme *le Droit*, on lui découvre un caractère d'exactitude et de précision qu'elle n'avait pas jusqu'alors », *ibid.*

[5] Fremont (R.), *op. cit.*, p. 7.

[6] V. par exemple Worms (R.), « Sciences naturelles et sciences sociales », *RDP*, 1896, p. 66. Directeur de la *Revue internationale de sociologie*, ce sociologue, qui fut aussi juriste, affirme que tout comme les sciences biologiques, les sciences sociales, dont le droit fait partie, « n'ont qu'une chose à se demander : comment les êtres (là les individus, ici les sociétés) sont-ils construits et fonctionnent-ils ? » Pour répondre à cette question, Worms veut « résolument écarter les méthodes subjectives, qui opèrent par intuition et déduction » et ne conserver que des « méthodes objectives » qui « observent les faits, puis groupent les résultats des observations, enfin tâchent de découvrir les lois constantes des phénomènes », pp. 69-70.

[7] En ce sens, v. Beudant (R.), « L'application des méthodes biologiques à l'étude des sciences sociales », *RDP*, 1896, p. 434.

[8] Sur la « concurrence » entre les deux facultés au tournant du XIX^e^ siècle et du XX^e^ siècle, v. Soubiran-Paillet (F.), « Histoire du droit et sociologie : interrogations sur un vide disciplinaire », *Genèses*, 1997, n° 29, not. pp. 156-158.

certains auteurs donnent une orientation très sociologique à leurs travaux[2]. Plus discrètement, l'influence diffuse de l'idéologie scientifique conduit nombre d'entre eux à insister sur la dimension sociale du phénomène juridique tout en se cantonnant à une observation des normes comme faits objectifs[3]. Le rapport des savants à la jurisprudence est sensiblement renforcé par ces évolutions : l'étude des décisions de justice permet en effet à la doctrine d'approfondir les rapports du droit et de la société tout en conservant à la science du droit un objet propre, distinct des autres sciences sociales[4]. La voie s'ouvre ainsi à l'élévation des décisions de justice au rang d'objet d'étude doté d'une légitimité égale à celle de la loi.

B. Aspects d'une libération

> « Or, depuis le commencement du XX^e^ siècle, tout un courant doctrinal s'est annoncé, qui élargit de plus en plus la notion de droit positif, en multiplie de plus en plus les "sources formelles" reconnues pour équivalentes, dépossède de plus en plus la loi étatique, non seulement de son prétendu monopole et de sa suprématie, mais aussi de sa force créatrice, et la réduit à une simple procédure technique pour constater des réalités juridiques préexistantes. »
>
> Georges Gurvitch, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1931, p. 214.

352. La doctrine juridique prend conscience, un siècle après la promulgation du Code civil, des déformations successives subies par le texte législatif sous le coup d'une interprétation judiciaire, qui tel « le vin nouveau fait éclater les vieilles outres »[5]. Si les dogmaticiens de l'époque ne rompent pas radicalement avec les méthodes de leurs prédécesseurs, ils revendiquent en revanche une conception du droit dont le centre de gravité s'est déplacé de la raison écrite incarnée dans la loi vers un donné social à constater dans les faits. Cette évolution, qui redonne tout son lustre à la fonction judiciaire, est susceptible de multiples nuances sous la plume des théoriciens. Elle prend toute sa dimension dans le renouveau méthodologique de l'interprétation juridique (1) et dans une réflexion épistémologique sur les sources du droit (2).

---

[1] Sur l'intérêt porté au droit par les sociologues de la fin du XIX^e^ siècle, v. Chazel (F.), « Émile Durkheim et l'élaboration d'un "programme de recherche" en sociologie du droit », *in* Chazel (F.) et Commaille (J.), dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 27.

[2] C'est notamment le cas du publiciste Léon Duguit et, dans une moindre mesure, de son contemporain Maurice Hauriou.

[3] Jamin (C.), *op. cit.*, p. 826.

[4] Sur ce double processus de rapprochement et de distinction, entre la science du droit et les autres sciences sociales, par le biais d'une prise en compte plus approfondie de la dimension jurisprudentielle du droit, v. Serverin (E.), *op. cit.*, not. pp. 160-161. Rappr. Lascoumes (P.), « Le droit comme science sociale. La place de Durkheim dans les débats entre juristes et sociologues à la charnière des deux derniers siècles (1870-1914) », *in* Chazel (F.) et Commaille (J.), dir., *op. cit.*, not. p. 46 et s.

[5] Morin (G.), *La révolte des faits contre le code*, Paris, Grasset, 1920, p. iv.

1 – LE RENOUVEAU METHODOLOGIQUE DE L'INTERPRETATION JURIDIQUE

353. Cent ans après la promulgation du Code civil, quelques « trublions »[1] revendiquent au sein des facultés de droit une rupture théorique avec la tradition académique dominante (a). Cette nouvelle génération de civilistes, qui s'attribue le titre d'École scientifique contre leurs prédécesseurs, porte son attention sur le processus de production du droit par le juge et reformule les principes d'interprétation des lois (b).

a – Une volonté de rupture

354. Sur fond de révolution théorique nécessaire[2], un important effort méthodologique est mené à la charnière du XIX^e^ et du XX^e^ siècles par une poignée de professeurs afin d'affiner et de réformer les méthodes juridiques. Pour légitimer cette entreprise théorique, sont invoqués pêle-mêle le vieillissement des codes, le dynamisme de la jurisprudence tant civile qu'administrative, l'introduction des sciences sociales dans les facultés de droit et la nécessité de faire barrage au socialisme juridique[3]. Autant d'éléments justifiant, aux yeux d'une génération de jeunes dogmaticiens, la recherche de nouveaux procédés pour exclure l'arbitraire du juge tout en lui permettant de « marcher avec son temps »[4].

355. Pour mieux asseoir leur légitimité historique, les acteurs de cette recherche cherchent à se démarquer de leurs prédécesseurs. Gény[5] notamment, auteur du célèbre essai *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*[6], s'efforce de prouver l'originalité de sa démarche en se livrant à un examen sévère de la doctrine antérieure. Faisant courir sa critique sur près de deux cents pages[7], il peint un tableau sombre de la littérature juridique du XIX^e^ siècle qu'il voit dominée par le culte aveugle de la loi[8] et l'abus des abstractions logiques[1].

---

[1] L'expression est de Arnaud (A.-J.), *Les juristes face à la société*, préc., p. 75.

[2] Atias (C.), « Philosophie du droit : les enjeux d'une fin de siècle », *in* Planty-Bonjour (G.) et Legeais (R.), dir., *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris, PUF, 1991, not. pp. 241-251. Rappr. Jamin (C.), « Relire Labbé et ses lecteurs », préc., p. 248.

[3] Sur ce point en particulier, v. Saleilles (R.), « Introduction » aux leçons faites au Collège libre de sciences sociales en 1910, *Les méthodes juridiques*, Paris, Giard & Brière, 1911, p. xxiii. Plus généralement, v. la préface à cet ouvrage par Paul Deschanel.

[4] Saleilles résume en ces termes la nécessité de nouvelles méthodes : « 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 son temps, qu'il puisse tenir compte des coutumes et des usages qui se créent, des idées qui évoluent, des besoins qui sollicitent une solution de justice. Contradiction angoissante et terrible, au premier abord ! », *op. cit.*, p. xxii.

[5] Sur l'œuvre du doyen Gény, v. Thomasset (C.), Vanderlinden (J.) et Jestaz (Ph.), dir., *François Gény. Mythes et réalités. 1899-1999, centenaire de* Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Montréal : Blais, Paris : Dalloz, Bruxelles : Bruylant, 2000. V. également Oppetit (B.), *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, pp. 231-254. Rappr. Terré (F.), « En relisant Gény », *APD*, 1961, Tome 6, p. 126.

[6] La publication de *Méthode d'interprétation et sources* date de 1899. L'ouvrage connaît une première réédition « mise au courant » en 1919.

[7] Gény (F.), *Méthode d'interprétation et sources…*, préc., Tome 1, pp. 17-204.

[8] Gény (F.), *op. cit.*, p. 70 et s.

356. Julien Bonnecase transforme en 1933 cette description engagée en une vérité acquise. Pour l'historien officiel de la pensée juridique française, 1880 marque un tournant essentiel par lequel « l'École scientifique l'emporte définitivement sur l'École exégétique »[2]. Cette consécration historiographique d'une rupture théorique et d'un renouveau intellectuel au sein des facultés de droit n'est pas dénuée d'arrière-pensée et l'on a pu y voir une manœuvre destinée à « mieux vendre Saleilles, Gény et Planiol (…) à des générations successives d'étudiants »[3]. Soigneusement orchestrée, l'opposition de ces auteurs à la méthode traditionnelle *a posteriori* qualifiée d'exégétique, a ainsi permis de forger une nouvelle orthodoxie académique en matière d'interprétation judiciaire de la loi.

b – Un effort de reconstruction

357. L'attention portée aux faits sociaux et la volonté de désacraliser la loi dont se targue François Gény en 1899 sont à l'époque moins originales qu'il n'y parait[4]. Son travail de reconstruction méthodologique n'en est pas moins réel. Contre son mentor Saleilles, qui classiquement considère le texte légal « non pas comme la seule source vivante du droit, mais comme le seul cadre (…) qui lui serve en quelque sorte de passeport devant les tribunaux »[5], Gény reconnaît expressément une valeur juridique positive à certains éléments extra-légaux. Il attaque ainsi de front le postulat de complétude de la loi très répandu dans la doctrine privatiste.

358. Le porte-drapeau de la nouvelle école ne rompt pas, loin s'en faut, avec le légalisme de ses aînés. Mais prenant acte de l'incapacité de la loi écrite à satisfaire tous les *desiderata* de la vie juridique, il dresse les grandes lignes d'une méthode « d'investigation purement scientifique » permettant d'en combler les lacunes sans recourir aux artifices d'une interprétation extensive du texte légal. Parmi les moyens de découverte du droit à la disposition du juge, sont évoqués « la considération de l'organisation sociale existante » et « le résultat des disciplines sociologiques, rendant compte de la vie de l'humanité et visant à satisfaire (…) la plus large utilité sociale »[6].

359. La consécration des faits bruts comme voie d'accès à la réalité normative n'a jamais été aussi explicite au sein de la doctrine civiliste. Pour autant, cette démarche ne se justifie qu'à titre auxiliaire. La domestication des sciences sociales par le juriste s'impose, mais elle ne remet pas en cause la croyance en « des principes de justice, supérieurs à la contingence des faits »[7]. Gény est à cet égard formel : « le juge, appelé à dire le droit, (…) doit compter avec les inspirations de la raison et de la conscience pour scruter le mystère du juste, avant de descendre à

[1] Gény (F.), *op. cit.*, p. 124 et s.
[2] Bonnecase (J.), *Histoire de la pensée juridique…*, préc., p. 349.
[3] Jamin (C.), « La rupture de l'École et du Palais dans le mouvement des idées », préc., p. 70.
[4] Jamin (C.), « François Gény d'un siècle à l'autre », *in* Thomasset (C.), Vanderlinden (J.) et Jestaz (Ph.), dir., *op. cit.*, not. pp. 13-23.
[5] Saleilles (R.), préface de l'ouvrage de Gény (F.), *op. cit.*, p. xix.
[6] Gény (F.), *op. cit.*, Tome 2, p. 192.
[7] Gény (F.), *op. cit.*, p. 101.

l'examen de cette *nature des choses positives*, qui précisera son diagnostic et mettra en œuvre les principes rationnels »[1]. Cherchant à lier le primat de la loi étatique, l'ouverture au réel et le droit naturel[2] dans l'acte judiciaire, cet essai de reconstruction des méthodes d'interprétation en droit ne pouvait rester indifférent à la question du statut normatif de la jurisprudence.

2 – LA REFLEXION EPISTEMOLOGIQUE SUR LES SOURCES DU DROIT

360. En théorisant l'autonomie du juge dans le silence de la loi, Gény participe au réveil d'une réflexion collective sur l'autorité juridique des décisions de justice. Envisagée à l'aune de la coutume[3], la jurisprudence des arrêts conquiert dans la doctrine le statut de source juridique à part entière (a). Certains auteurs vont jusqu'à la placer sur un pied d'égalité avec la loi, réduisant l'une et l'autre au rang d'expression d'un donné normatif à constater (b).

a – L'assimilation de la jurisprudence à la coutume

361. Invoquant des raisons constitutionnelles pour couper court à toute discussion sur le sujet[4], Gény refuse de voir dans les décisions de justice « une source formelle de droit privé positif, qui à côté de la loi écrite et de la coutume, puisse jouir d'une force créatrice indépendante »[5]. Ce jugement, qui souffre une exception dans l'hypothèse des jurisprudences initiatrices de coutumes populaires, ne doit pas surprendre sous la plume d'un auteur effrayé par l'activisme judiciaire et soucieux de conserver à la *loi écrite* sa suprématie. Le rénovateur de la méthode civiliste se trouve ici en retrait par rapport à toute une frange de la doctrine qui, à la même époque, reconnaît force obligatoire à la jurisprudence.

362. Le comparatiste lyonnais Edouard Lambert est l'un des principaux acteurs de cette évolution théorique[6]. Dans son *Introduction à la fonction du droit civil comparé*, il critique la timidité de la conception de Gény, qui ne renonce pas au

[1] Gény (F.), *op. cit.*, p. 100.
[2] Le deuxième tome de son œuvre de maturité que représente *Science et technique en droit privé positif* a pour second intitulé *L'irréductible droit naturel*. Sur le jusnaturalisme de Gény, v. not. Villey (M.), « François Gény et la renaissance du droit naturel », *in Le centenaire du doyen François Gény*, Paris, Dalloz, 1963, p. 39 ; Cayla (O.), « L'indicible droit naturel de François Gény », *RHFDSJ*, 1988, n° 6. Rappr. Sourioux (J.-L.), « La doctrine française et le droit naturel dans la première moitié du XX^e^ siècle », *RHFDSJ*, 1989, n° 8.
[3] Sur la relation conceptuelle unissant coutume et jurisprudence, v. l'article de Serverin (E.), « Coutume et jurisprudence dans les théories du droit privé reçues en France (XIX^e^ siècle et début du XX^e^ siècle) », *in* Journes (C.), *op. cit.*, p. 137.
[4] Gény (F.), *op. cit.*, Tome 2, p. 35.
[5] Gény (F.), *op. cit.*, p. 49. La notion de source formelle du droit positif s'entend, dans la théorie de Gény, des « injonctions d'autorités, extérieures à l'interprète et ayant qualité pour commander à son jugement, quand ces injonctions compétemment formées, ont pour objet propre et immédiat la révélation d'une règle, qui serve à la direction de la vie juridique », *op. cit.*, Tome 1, p. 237. Rappr. Jestaz (Ph.), « François Gény : une image française de la loi et du juge », *in* Thomasset (C.), Vanderlinden (J.) et Jestaz (Ph.), dir., *op. cit.*, p. 37.
[6] Sur les thèses de Lambert, v. Serverin (E.), *op. cit.*, not. pp. 151-153. Du même auteur, rappr. *La jurisprudence…*, préc., pp. 154-159.

« postulat fondamental de l'immobilité des règles juridiques »[1], et réfute point par point les arguments invoqués pour refuser aux décisions de justice le caractère de source formelle du droit[2]. Pour le professeur de Lyon, la jurisprudence est, à côté de la législation, « l'agent nécessaire de la transmutation du sentiment juridique en normes »[3]. Sans consécration institutionnelle, la coutume demeure incertaine et c'est seulement par « la répétition de plus en plus rapide d'une série de décisions judiciaires uniformes » que se dégage « une auréole d'unanimité »[4] à son sujet.

363. Absorbant la jurisprudence dans la coutume pour faire bénéficier la première de la force obligatoire de la seconde, Lambert fait accéder le discours judiciaire au rang de source du droit sans heurter de front le dogme de la supériorité juridique de la loi. Planiol, dans un *Traité élémentaire de droit civil* publié en 1901 et appelé à devenir un classique, donne à cette conception son onction académique : selon lui, les juridictions « reconstituent perpétuellement, en dehors des codes et des lois, un droit coutumier de nouvelle formation »[5]. Suffisamment audacieux pour reconnaître le pouvoir normatif de la jurisprudence, mais trop frileux pour valider l'idée d'une équivalence des sources juridiques, Planiol contribue à fixer les grandes lignes d'une nouvelle conception civiliste en matière de sources du droit[6].

b – L'équivalence de la loi et de la jurisprudence

364. Au début du XX^e^ siècle, la revalorisation théorique de la jurisprudence est également le fait de grands auteurs publicistes. Familiers du droit prétorien du Conseil d'État et férus de sociologie, Duguit et Hauriou[7] ont tous deux œuvré à cette réhabilitation. Mais en la combinant à une sévère critique du volontarisme juridique et à une mise en cause de la suprématie de la loi, ils ont été plus loin que leurs confrères civilistes. Duguit notamment, tenant d'un objectivisme radical, voit dans les juges les interprètes, non pas du texte légal, mais de la « vraie norme juridique » secrétée par la société au sein des consciences individuelles[8]. Il leur dénie ainsi le rôle de « créateur »[9] tout en les plaçant sur un pied d'égalité avec le législateur dont l'œuvre est l'expression, au même titre que la jurisprudence, d'un principe de solidarité sociale[10].

365. Cette intuition se retrouve, de manière plus ou moins raffinée, dans toute une série de théories qui nient la prépondérance de la loi sur les autres modes

[1] Lambert (E.), *La fonction du droit civil comparé*, Paris, Giard & Brière, 1903, p. 35.
[2] Lambert (E.), *op. cit.*, p. 162 et s.
[3] Lambert (E.), *op. cit.*, p. 802.
[4] Lambert (E.), *op. cit.*, p. 801.
[5] Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, préc., p. 5.
[6] Sur la conception générale du droit nourrie par Planiol (M.), v. Rémy (Ph.), « Planiol : un civiliste à la Belle Époque », *RTDCiv*, 2002, p. 31 et s.
[7] Sur la conception de la jurisprudence développée par Hauriou, v. Beaud (O.), « Hauriou et le droit naturel », *RHFDSJ*, 1988, n°6, not. p. 128.
[8] Duguit (L.), *Traité de droit constitutionnel*, préc., Tome 1, p. 164.
[9] *Ibid.*
[10] Sur les conceptions théoriques générales de Duguit, v. Pisier-Kouchner (E.), *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972. Rappr. Raynaud (Ph.), « Léon Duguit et le droit naturel », *RHFDSJ*, 1987, n° 4.

d'expression du droit positif[1]. Certains auteurs, juristes iconoclastes sensibles aux tendances corporatives existant au sein de la société, insistent sur l'importance du droit extra-législatif et spontané. Dans leurs ouvrages aux titres explicites, tels *La vie du droit et l'impuissance des lois*[2] ou *La révolte des faits contre le Code*[3], ils mettent l'accent sur l'équivalence de toutes les sources du droit.

366. Magistral théoricien de cette idée qu'il rattache à sa conception du droit social[4], George Gurvitch[5] élabore une philosophie pluraliste des sources juridiques[6]. Voyant dans la loi et la jurisprudence de simples procédés techniques de constatation des « faits normatifs » secrétés par la société, ce sociologue rejette comme « pur dogmatisme » l'idée d'une hiérarchie entre ces différents modes de réalisation du droit[7]. N'exerçant guère d'influence sur la sociologie du droit, et encore moins sur la dogmatique juridique[8], ces vues n'en ont pas moins participé à la création d'un climat propice à l'adoration de la jurisprudence.

§ 2. L'ADORATION DE LA JURISPRUDENCE

367. Octroyant à la jurisprudence un nouveau statut théorique, les docteurs élargissent progressivement aux décisions des hautes juridictions le culte qu'ils vouaient jusqu'alors au texte légal. Progressivement considérés comme un objet essentiel de l'enseignement juridique, les arrêts de la Cour de cassation constituent désormais, aux yeux des savants, la matière première d'un droit vivant qu'ils ont pour mission de découvrir et de systématiser. Cette tâche est menée à bien par le biais d'une réduction du discours judiciaire à une somme de normes dégagées par la doctrine qui se fait l'oracle des juges (A). Une telle conception, qui fait des docteurs les censeurs de la jurisprudence, demeure largement dominante alors même que les postulats implicites dont elle est porteuse sont sévèrement battus en brèche (B).

[1] Sur ces doctrines, v. le compte-rendu de Gurvitch (G.) dans *Le temps présent et l'idée du droit social* (Paris, Vrin, 1931), p. 227 et s.
[2] Cruet (J.), *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion, 1908.
[3] Morin (G.), *La révolte des faits contre le code*, Paris, Grasset, 1920.
[4] Sur cette notion, v. l'œuvre maitresse de Gurvitch : *L'idée du droit social. Notion et système du droit social - Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Paris, Sirey, 1932.
[5] Sur Gurvitch, v. le numéro de *Droit et Société* (1986, n° 4) qui lui est consacré. Rappr. Garapon (A.), « L'idée de droit social : Georges Gurvitch », *in* Bouretz (P.), *La force du droit - Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 215.
[6] Gurvitch (G.), *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pedone, 1935, not. p. 138 et s.
[7] Gurvitch (G.), *op. cit.*, p. 143.
[8] Sur les limites de l'influence de Gurvitch, v. dans le numéro précité de *Droit et Société* les articles de Belley (J.-G.), « Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique » (p. 353), et de Carbonnier (J.), « Gurvitch et les juristes » (p. 347).

A. PRATIQUE DU CULTE JURISPRUDENTIEL

> « La force et la valeur de la jurisprudence ne sont (…) pas discutables. Nul juriste ne s'aviserait aujourd'hui d'exposer les règles du droit sans tenir compte de la jurisprudence établie. Le jugement individuel qu'il portera sur sa valeur n'a pas plus d'importance que celui qu'il a le droit de porter sur une loi. La règle qui se dégage des arrêts de justice est aussi obligatoire que celle résultant de la loi. »
>
> Georges Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 385.

368. L'élaboration d'œuvres théoriques élevant le fait jurisprudentiel au rang d'objet d'étude aussi légitime que la loi s'est accompagnée de profondes transformations dans le travail doctrinal. Occupant une place de plus en plus importante dans les représentations académiques du droit, les décisions de justice ont fait l'objet, tout au long du siècle, d'une attention croissante de la part des dogmaticiens. Pour rendre compte au plus près de cette matière juridique, ces derniers ont réorganisé l'exploitation du discours judiciaire (1). Le statut de la jurisprudence a par ailleurs été l'objet d'une intense problématisation justifiant l'utilisation des arrêts de la Cour de cassation à titre de source du droit para-législative (2).

1 – L'EXPLOITATION DE LA JURISPRUDENCE

369. Premier signe du recentrage radical des auteurs sur les décisions de justice, les publications ayant uniquement pour objet théorique ou pour matière première la jurisprudence se multiplient et se diversifient (a). Mais, c'est plus encore dans l'utilisation revendiquée du discours judiciaire pour exposer le droit positif que se mesure la portée de ce changement méthodologique (b).

a – Publications nouvelles

370. Dans le sillage des théories ambitieuses qui redéfinissent le rôle du juge au début du XX^{e} siècle, des travaux doctrinaux d'ampleur plus modeste se multiplient. Des thèses de doctorat[1], des articles[2] et des monographies[3] consacrés à la spécificité du fait jurisprudentiel sont publiés. Les auteurs y interrogent les procédés

[1] En 1905, la *Revue trimestrielle de droit civil* recense deux thèses, soutenues l'année précédente à Paris, respectivement intitulées « Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile (1804-1904) » et « Essai sur les procédés d'élaboration du droit employés par la jurisprudence française en droit civil », *RTDCiv*, 1905, pp. 96-97.

[2] V. par exemple, et pour la seule *Revue trimestrielle de droit civil*, Esmein (A.), « La jurisprudence et la doctrine », *RTDCiv*, 1902, p. 5 ; Charmont (J.), « Les analogies de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence civile », *RTDCiv*, 1906, p. 813 ; Perreau (E.-H.), « Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé », *RTDCiv*, 1912, p. 609.

[3] V. par exemple Mallieux (F.), *L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique*, Paris, Giard et Brière, 1908 ; Perreau (E.-H.), *Technique de la jurisprudence en droit privé*, Paris, Rivière, 1923 ; Bonnecase (J.), *Précis de pratique judiciaire et extrajudiciaire*, Paris, Sirey, 1927, pp. 79-224.

interprétatifs des juges, recherchent leurs sources d'inspiration et systématisent leurs principales constructions.

371. Signe plus évident encore de l'accession de la jurisprudence à une légitimité académique entière, un « groupe de professeurs des facultés de droit » publie en 1924 un recueil d'*Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*. Inspiré par les méthodes d'enseignement anglo-saxonnes, ce livre a vocation, selon l'un de ses préfaciers, à ouvrir « un nouveau rayon dans notre production française de livres de droit »[1]. Il a pour objectif de « faire pénétrer l'étudiant dans la vie juridique, (et) lui donner (…) un bain de réalité, c'est-à-dire quitter l'abstrait pour le concret »[2] en montrant le droit « sous forme de conflits d'intérêt »[3]. A cette fin, cette publication originale mentionne les circonstances de fait et les questions de droit extraites d'espèces litigieuses et renvoie le lecteur aux périodiques où sont publiés les jugements et arrêts qui ont statué sur ces contestations types.

372. Quelques années plus tard, l'un des auteurs de ce recueil, Henri Capitant, élabore en guise de supplément à son *Cours élémentaire de droit civil* une compilation rassemblant *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. Promis à de multiples rééditions et à de nombreuses imitations[4], cet ouvrage partage avec le précédent l'idée selon laquelle « l'étude raisonnée et critique de la jurisprudence est un des facteurs essentiels de l'éducation juridique »[5]. Il en diffère en ce qu'il contient le texte intégral des décisions de justice, consacrant ainsi l'irréductibilité du discours judiciaire à une présentation de cas. L'évolution théorique est notable qui consacre « le rôle créateur de la jurisprudence, face à la loi d'abord, face aussi à une école moins sûre d'elle-même et de la légitimité de son pouvoir »[6].

b – Utilisation nouvelle

373. Quand, en 1902, Adhémar Esmein appelle la doctrine à prendre la jurisprudence « pour son principal objet d'étude » au motif qu'elle est « la nature actuelle et vraie » du droit français[7], il esquisse un programme de recherche auquel se plieront ses successeurs. Cinquante ans plus tard, dans la même revue, son fils Paul Esmein prend acte qu'il n'est déjà plus besoin « de pousser les chercheurs dans

[1] Lambert (E.), « Le rôle français d'un recueil de cas juridiques choisis », *in Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*, publiées par un groupe de professeurs des faculté de droit, Paris, Dalloz, 1927, 2e éd., p. xiii.
[2] Capitant (H.), « Préface », *in Espèces choisies…*, préc., p. v.
[3] Capitant (H.), *op. cit.*, p. vi.
[4] La onzième édition des *Grands arrêts de la jurisprudence civile* sous la direction de Terré (F.) et Lequette (Y.) date de l'année 2000 (Paris, Dalloz). Par ailleurs, le genre est désormais bien installé : chaque discipline et chaque juridiction suprême semblent avoir le sien, à l'exception notable du droit processuel.
[5] Capitant (H.), préface à la première édition (1933) des *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, reproduite par Weill (A.), Terré (F.) et Lequette (Y.), dans la 8e édition du même recueil (Paris, Dalloz, 1984, p. xi).
[6] Atias (C.), « Premières réflexions sur la doctrine française de droit privé (1900-1930) », *RRJ*, 1981, p. 192.
[7] Esmein (A.), « La jurisprudence et la doctrine », préc., pp. 11-12.

cette voie »[1] : à l'époque, « la plupart des bonnes thèses de doctorat de droit privé sont (…) des études de jurisprudence »[2].

374. Cet intérêt de la doctrine pour le discours judiciaire est revendiqué avec vigueur dans les préfaces des manuels de droit civil. Planiol le premier, dans son *Traité élémentaire*, exprime le souci de « rapprocher l'enseignement de la jurisprudence » et annonce son intention de rapporter les solutions judiciaires acquises plutôt que les théories doctrinales peu suivies dans la pratique[3]. Même tonalité, quelques années plus tard, dans le *Cours élémentaire* de Colin et Capitant qui insistent sur la « place considérable » à donner à la jurisprudence, et s'efforcent d'en exposer avec le plus de précisions possibles la formation et l'état actuel[4]. Pour ces auteurs, les décisions de justice ne servent plus seulement d'illustration au droit ; elles participent de sa création au point qu'il est désormais nécessaire de réorganiser la fonction doctrinale autour d'elles.

375. Dans la première moitié du XX^e^ siècle, le texte judiciaire accède ainsi, à côté du texte légal, au rang de matière première dont la doctrine extrait le droit positif. Cette valorisation de la jurisprudence ne va pas sans redéfinition de la mission du savant, dont le rôle consiste désormais « à étudier (…) ce droit en formation, à le dégager de la masse des décisions où il se trouve enfoui comme le minerai dans le sol, à le mettre à jour, à le dépouiller de ses scories, en un mot à le systématiser »[5]. Ouvrant la voie au positivisme jurisprudentiel, cette évolution du rapport doctrinal au discours judiciaire a alimenté la réflexion dogmatique sur la nature de ce dernier.

2 – LA PROBLEMATISATION DE LA JURISPRUDENCE

376. Devant une normativité jurisprudentielle qu'elle ne conteste plus guère, la doctrine cherche à en parfaire l'intégration dans un canevas théorique cohérent. Mais aucune des tentatives visant à justifier le statut de source du droit fréquemment octroyé à la jurisprudence n'a suscité l'adhésion unanime de professeurs (a). Ceux-ci s'accordent en revanche pour voir dans les décisions de justice un foyer de règles généralisables (b).

a – La source jurisprudentielle

377. Inauguré par une controverse opposant Gény et Lambert, le débat sur l'autorité juridique des décisions de justice agite la doctrine juridique française tout au long du XX^e^ siècle. La question apparaît si aiguë que durant cette période, la figure judiciaire est essentiellement théorisée dans cette perspective[6]. Renonçant tôt

[1] Esmein (P.), « La jurisprudence et la loi », *RTDCiv*, 1952, p. 18.
[2] *Ibid.*
[3] Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, préc., p. ix.
[4] Colin (A.) et Capitant (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, préc., p. viii.
[5] Capitant (H.), « Préface », préc., p. vii.
[6] Témoins de la centralité de cette problématique, les introductions au droit de la seconde moitié du XX^e^ siècle en font un élément structurel de leur définition de la jurisprudence. V. par exemple Marty (G.) et

à chercher dans l'assimilation à la coutume la clé du caractère contraignant de la jurisprudence, les dogmaticiens multiplient à partir des années 1950 les tentatives pour justifier en termes nouveaux son caractère obligatoire, propriété constamment supposée dans l'exposition savante du droit.

378. Ces réflexions, qui visent à attribuer le statut de source juridique à la jurisprudence, sont toutes profondément marquées « par le présupposé que celle-ci n'est qu'un simple fait, même lorsque ce point de départ conduit à une conclusion inverse »[1]. C'est du moins l'image que donnent à voir les fragiles constructions théoriques élaborées pour limiter la portée de l'article 5 du Code civil, puissant rempart à la reconnaissance d'un pouvoir normatif au juge. Qu'elle le recherche dans la réception implicite du législateur[2], dans l'assentiment des juristes et des justiciables[3], dans l'incorporation du discours judiciaire à la loi[4] ou encore dans l'essence même de la fonction juridictionnelle[5], la doctrine se révèle incapable de produire un fondement théorique solide à ce phénomène juridique[6].

379. Parmi les nombreuses métaphores vitalistes dont la jurisprudence a fait l'objet[7], celle des « sources du droit » est de loin la plus filée. Mais faute de maîtriser les nombreuses équivoques dont cette image est porteuse[8], les docteurs ont perpétué le paradoxe issu de la coexistence d'un dogme légicentrique dominant les représentations juridiques et d'une expérience jurisprudentielle alimentant le travail doctrinal[9]. L'incertitude du sujet, aujourd'hui passé de mode[1], semble n'avoir pas

---

Raynaud (P.), *Traité de droit civil - Introduction à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1972, Tome 1, p. 215 et s. Plus récemment, v. Ghestin (J.), Goubeaux (G.) et Fabre-Magnan (M.), *Traité de droit civil*, préc., not. p. 432 et s.

[1] Zenati (F.), *op. cit.*, p. 126.

[2] Waline (M.), « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *in Études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, Tome 2, p. 613.

[3] Maury (J.), « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *in Le droit privé français au milieu du XX^e^ siècle. Études offertes à Georges Ripert*, préc., Tome 1, p. 28.

[4] Boulanger (J.), « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTDCiv*, 1961, p. 417.

[5] Hébraud (P.), « Le juge et la jurisprudence », *in Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329.

[6] Synthèse des débats par Dupeyroux (O.), « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, préc., p. 463. V. également l'ouvrage de Belaid (S.), *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1974, not. la première partie.

[7] La conception « vitaliste » de l'évolution jurisprudentielle est adoptée par de très nombreux auteurs. Exemple parmi d'autres, Boulanger (J.) voit dans la jurisprudence un mode de « fécondation » et de « rajeunissement du droit positif » de type organique : parfois les jurisprudences « meurent, tels des arbres desséchés, parce que la vie n'y circule plus » (Boulanger (J.), « Jurisprudence », *Rép. civ. Dalloz*, 1953, n°7 et n°8). Poussant la métaphore arboricole particulièrement loin, certains n'ont pas hésité à parler, à l'occasion d'un revirement de 1968 relatif au transport bénévole, d'une jurisprudence qui « s'adapte et se modifie sans cesse avec la lenteur prudente des forces naturelles qui veut que les grands chênes gardent leurs feuilles jusqu'à ce que la poussée de la sève nouvelle fasse jaillir les jeunes pousses » (Moore (J.-G.) et Toulemon (A.), « Le législateur et le magistrat », *Gaz. Pal.*, 29 janvier 1969, p. 69).

[8] Amselek (P.), « Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" », *APD*, 1982, Tome 27, not. pp. 251-255. Rappr., dans le même ouvrage, l'article de Sourioux (J.-L.), « "Source du droit" en droit privé », p. 33.

[9] Exprimant ce paradoxe, Paul Esmein affirme au milieu du siècle que la discussion relative au statut de source réservée à la jurisprudence est « sans issue, car il faut répondre non et oui, suivant qu'on se place dans le champ des idées pures ou qu'on considère la réalité des faits », *op. cit.*, p. 19.

prêté à conséquence, tant la nature éthérée du débat ne menaçait pas l'unanimité des savants quant à l'existence de règles établies par les tribunaux pour mieux s'orienter dans l'univers juridique.

b – La règle jurisprudentielle

380. Preuve d'un fort consensus doctrinal en deçà des discussions de surface, les auteurs qui refusent de reconnaître à la jurisprudence le statut de source du droit n'en admettent pas moins sa fonction normative. Ainsi Georges Ripert, pourtant partisan d'un légalisme étroit, est obligé de constater que « de la répétition de décisions semblables se dégagent des règles de droit aussi importantes que les règles légales »[2]. L'éminent auteur scelle ainsi l'accord de la communauté doctrinale sur l'essentiel : la réduction de la jurisprudence à un ensemble de normes générales produites par les juridictions à l'occasion de leur activité[3].

381. En germe dès le début du XX^e^ siècle, comme en témoigne Planiol qui à l'époque déjà voyait dans le droit créé par les tribunaux l'équivalent d'une « législation obligatoire »[4], la conception normative de la jurisprudence gagne progressivement du terrain[5]. Elle se développe sous l'influence de juristes soucieux de découvrir dans les décisions de justice « des règles stabilisatrices dans une situation de mouvement législatif permanent »[6]. Particulièrement sensible après la seconde guerre mondiale, cette orientation conduit à une redéfinition du fait jurisprudentiel désormais plus conçu comme processus d'édiction de normes généralisables que comme mécanisme d'adaptation de la loi aux faits.

382. Corollaire de cette évolution théorique, l'investigation doctrinale visant à découvrir les normes issues de la pratique judiciaire s'est resserrée autour de l'activité des juridictions suprêmes. Si l'idée d'une jurisprudence produite par accumulation des décisions demeure vivace[7], les docteurs lui préfèrent celle de

---

[1] V. néanmoins Jestaz (Ph.), « Sources délicieuses… (remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTDCiv*, 1993, p. 73 ; et la réponse de Vanderlinden (J.), « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse », *RTDCiv*, 1995, p. 69. Pour nuancer l'idée selon laquelle la querelle sur la jurisprudence source de droit est en passe de s'éteindre, on ajoutera qu'elle tend surtout à être noyée sous un intense flux éditorial qui envisage la jurisprudence dans une perspective élargie. En ce sens v. les nombreuses contributions rassemblées par la *RTDCiv* en 1992 et 1993 ; ainsi que les numéros des *Archives de philosophie du droit* (Tome 30, 1985) et de la *RRJ* (1993-4) qui y sont consacrés.

[2] Ripert (G.), *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 382.

[3] Parmi les auteurs qui aujourd'hui se refusent à qualifier la jurisprudence de véritable source du droit et préfèrent y voir une simple autorité, tous admettent néanmoins la vertu normative de ce phénomène juridique. Ainsi le doyen Carbonnier considère que « quand on parle du droit d'un pays, il ne faut pas seulement entendre ses lois, mais ses lois et sa jurisprudence » (*Droit civil - Intoduction*, préc., n° 144 *in fine*). Plus précis encore, le doyen Cornu reconnaît que cette dernière a « donné au système juridique français des règles prétoriennes qui sont de droit positif », *Droit civil…*, préc., p. 181, n° 442.

[4] Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, préc., p. 5.

[5] Sur les origines doctrinales de la théorie de la fonction jurisprudentielle normative, v. Serverin (E.), *op. cit.*, p. 280 et s.

[6] Serverin (E.), *op. cit.*, p. 281.

[7] En ce sens, v. Jestaz (Ph.), « La jurisprudence constante de la Cour de cassation », *in* Laboratoire d'épistémologie juridique de la faculté d'Aix-Marseille / Cour de cassation, *L'image doctrinale de la Cour*

critères formels permettant de distinguer les arrêts de principe porteurs d'une norme positive promise à la stabilité. Ce positionnement méthodologique aboutit à faire de la Cour de cassation le creuset d'une véritable « jurisprudence législative »[1] et force la doctrine la plus cohérente à reconnaître que la haute juridiction « statue bien par voie de dispositions générales et réglementaires »[2]. Cette évolution théorique par laquelle les auteurs, pour mieux systématiser la jurisprudence, lui donnent les traits de la loi, a profondément marqué les représentations doctrinales de la fonction judiciaire. Largement dominante, cette conception n'en prête pas moins le flanc à la critique savante.

B. CRITIQUE DU CULTE JURISPRUDENTIEL

> « En fait, ce qui égare la doctrine quand elle met la jurisprudence sur la sellette, c'est la méconnaissance de la nature de la discussion qu'elle organise. Non pas débat de techniciens, mais de philosophes (…). »
>
> Frédéric Zenati, « Clore enfin le débat », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 360.

383. Le consensus doctrinal sur la fonction normative des arrêts et leur utilisation débridée dans l'exposition du droit positif n'excluent pas leur évaluation. En ce domaine, la critique est essentiellement interne à l'ordre juridique. Sans remettre en cause la validité des règles produites par les tribunaux, les savants en apprécient l'opportunité tant sur le fond que sur la forme (1). Mais depuis quelques années, certains auteurs se fixent la tâche de décrire plus finement, et dans une perspective explicative, l'espace jurisprudentiel[3]. Impliquant une critique externe des postulats gouvernant la découverte du droit[4], cette approche est à la fois porteuse d'une déconstruction de la norme jurisprudentielle et propice à un renouvellement des représentations du contentieux (2).

1 – CRITIQUE INTERNE

384. Consacrant la centralité du fait jurisprudentiel dans le champ juridique, la doctrine la plus orthodoxe conserve à l'égard des décisions de justice une posture critique. D'une part, elle porte un jugement évaluatif sur le droit créé par les juges (a). D'autre part, elle dénonce l'incertitude, voire l'insécurité, dont souffre la norme jurisprudentielle et propose des aménagements pour répondre à ces insuffisances (b).

---

de cassation, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, Paris, La documentation française, 1994, p. 214.

[1] Zenati (F.), *op. cit.*, p. 177 et s.

[2] Sériaux (A.), « Le juge au miroir. L'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel contemporain », *in Mélanges Christian Mouly*, préc., Tome 1, p. 179.

[3] L'expression est de Serverin (E.) et Jammeaud (A.), « Concevoir l'espace jurisprudentiel », *RTDCiv*, 1993, p. 91.

[4] Sur la notion de point de vue externe (et son opposé, le point de vue interne), v. Ost (F.) et Van de Kerchove (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987, pp. 25-94. Des mêmes auteurs, v. également *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris PUF, 1988, pp. 26-30.

a – L'évaluation de la norme jurisprudentielle

385. Les professeurs d'université ne se sont jamais départis, depuis le XIX[e] siècle, d'un regard critique à l'égard de la jurisprudence. Pliant la doctrine à une attitude plus descriptive à l'égard des décisions de justice, les méthodes prônées par l'École scientifique ont conservé aux docteurs une fonction d'évaluation et d'orientation de l'activité judiciaire[1]. Cette mission s'exerce de manière discrète à l'occasion de l'exposition du droit, quand le travail des savants est plus de systématisation que de dénonciation. Le ton se fait en revanche plus polémique dans les notes suscitées par certains arrêts qui osent des interprétations nouvelles.

386. Ces décisions, indices de flottements ou de revirements dans la jurisprudence, sont l'occasion pour les docteurs d'asseoir leur position de censeurs du discours judiciaire[2]. Peut-être renforcée par la perte d'autorité du discours savant vis-à-vis des tribunaux[3], sans doute fertilisée par l'apparition d'une doctrine plus engagée dans le débat social[4], cette posture censoriale s'exprime parfois de manière très vive[5]. Non seulement les dogmaticiens jugent en termes scientifiques et éthiques la valeur de tel ou tel arrêt, mais ils élaborent des solutions pour remédier aux carences qu'ils dénoncent[6]. Les auteurs plaident ainsi fréquemment en faveur d'une évolution de la jurisprudence et obtiennent parfois gain de cause[7].

---

[1] Ainsi Planiol, dans son *Traité élémentaire* de 1901, considère que « sur les *questions neuves* », la doctrine exerce une influence utile sur la jurisprudence, « qu'elle la guide » ou « en facilite la formation » (préc., p. x). Sur cette posture constructive, rappr. Batiffol, (H.), « La responsabilité de la doctrine dans la création du droit », *RRJ*, 1981, p. 175.

[2] Bernard (A.) et Poirmeur (Y.), « Doctrine juridique et production normative », *in* Bernard (A.) et Poirmeur (Y.), dir., *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, not. p. 173 et s.

[3] Sur ce thème, v. Bredin (J.-D.), « Remarques sur la doctrine », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, préc., p. 111 ; Perrot (A.), « La doctrine et l'hypothèse du déclin du droit », *in* Bernard (A.) et Poirmeur (Y.), dir., *op. cit.*, p. 181 et s. Rappr. Atias (C.), « La mission de la doctrine universitaire en droit privé », *JCP* 1980, I, 2999.

[4] Malaurie (Ph.), « Rapport français - Droit civil et rural », *in* Travaux de l'association Capitant - Tome 31, *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Paris, Economica, 1982, p. 91.

[5] Révélatrice de la posture censoriale adoptée par la doctrine à l'égard de la jurisprudence, la levée de boucliers des auteurs contre l'arrêt *Perruche* en offre un exemple paroxystique. Par cette décision (Cass., ass. plén., 17 nov. 2000), l'assemblée plénière de la Cour de cassation a suscité un vif émoi, au delà même du cercle des juristes, et de très nombreux articles. Sur cette affaire, v. not. *JCP* 2001, II, 10348, rapp. Sargos (P.), concl. Sainte-Rose (J.), note Chabas (F.) ; *D.* 2001, jur. 332, note Mazeaud (D.), et jur. 336, note Jourdain (P.). V. également, entre autres, Aynès (L.), « Préjudice de l'enfant de Job devant la Cour de cassation », *D.* 2001, chron. 492 ; Fabre-Magnan (M.) « Avortement et responsabilité médicale », *RTDCiv*, 2001, p. 285 ; Gautier (P.-Y.), « "Les distances du juge" à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile », *JCP* 2001, I, 287 ; Gobert (M.), « La Cour de cassation méritait-elle le pilori ? », *PA*, 8 décembre 2000, n° 245 ; Jestaz (Ph.), « Une question d'épistémologie… », *RTDCiv*, 2001, p. 547 ; Kayser (P.), « Un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique », *D.* 2001, chron. 1889 ; Markesinis (B.), « Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt *Perruche* », *RTDCiv*, 2001, p. 77 ; Mémeteau (G.), « L'action de vie dommageable », *JCP* 2001, I , 279 ; Terré (F.), « Le prix de la vie », *JCP* 2000, Act. 2267 ; Viney (G.), « Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion », *JCP* 2001, I, 286. V. enfin le n° 35 de la revue *Droits* qui consacre 5 articles à l'affaire *Perruche*.

[6] Zenati (F.), *op. cit.*, p. 247.

[7] Pour un aperçu des principaux revirements de jurisprudence de la Cour de cassation invoqués et obtenus par la doctrine, voir Marguery (S.), *Contradiction et continuité dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, thèse, Bordeaux, 1984, p. 297 et s. Cette interaction permet aux docteurs et aux juges de se

387. Par ailleurs, certains n'hésitent pas à fustiger le manque de clarté des normes énoncées par les juridictions. Le style de la Cour de cassation a ainsi fait l'objet de charges virulentes de la part d'une doctrine qui, tout à la fois, vante la concision des juges du droit et déplore la difficulté à percer le secret de leurs décisions[1]. Mais neutralisées dans une large mesure par les hauts magistrats[2], ces critiques demeurent exceptionnelles et les universitaires ne questionnent plus guère la légitimité du fait jurisprudentiel[3]. Aujourd'hui, les auteurs l'accueillent « avec ni plus d'approbation, ni moins de critique »[4] que les autres sources du droit, même s'ils mettent en garde contre l'insécurité particulière qui en résulte.

b – La dénonciation de l'insécurité jurisprudentielle

388. Depuis quelques années, les revirements de jurisprudence[5] ont fait l'objet de mises en cause récurrentes. Ces mécanismes judiciaires d'évolution du droit sont accusés de porter atteinte à l'égalité entre citoyens[6]. Plus généralement, les auteurs se déclarent préoccupés par les bouleversements qu'induisent de tels évènements dans la temporalité juridique[7], notamment du fait de la rétroactivité des normes créées par les juges[8]. Cette propriété, qui tient au fait que la nouvelle jurisprudence s'applique « à l'égard de faits ou d'actes qui ont eu lieu et ont produit effet sous l'empire de la

servir mutuellement : « tandis que la caution doctrinale sert à fonder l'interprétation jurisprudentielle en Raison, l'authentification juridictionnelle dote l'interprétation doctrinale de la force obligatoire », Chevallier (J.), « Les interprètes du droit », *in* Bernard (A.) et Poirmeur (Y.), dir., *op. cit.*, p. 269.

[1] Voir notamment Tunc (A.) et Touffait (A.), « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice », *RTDCiv*, 1974, p. 487 et s.

[2] A la suite de l'article cité note précédente, plusieurs hauts magistrats ont pris la plume pour justifier la forme des arrêts de la Cour de cassation. V. not. Lindon (R.), « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1975, I, 2681. Rappr. Breton (A.), « L'arrêt de la Cour de cassation », *AUSST*, 1975, Tome 23, not. p. 22 et s. Plus récemment, v. Perdriau (A.), « Des "arrêts brévissimes" de la Cour de cassation », *JCP* 1996, I, 3943 ; Chartier (Y.), « De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 269.

[3] V. cependant Dupeyroux (O.), « La jurisprudence, source abusive de droit », *in Mélanges offerts à Jacques Maury*, préc., Tome 2, p. 349.

[4] Malaurie (Ph.), *op. cit.*, p. 92.

[5] Sur cette notion fréquemment utilisée, et largement analysée, v. Bolze (A.), « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit privé », *RRJ*, 1997, p. 855 et s.

[6] Landraud (D.), « A propos des revirements de jurisprudence », *JCP* 1982, I, 3093.

[7] Sur la question des rapports entre « La jurisprudence et le temps », v. l'article de Le Berre (H.), *Droits*, 2000, n° 30, p. 71.

[8] Les ouvrages d'introduction au droit insistent tous sur ce point. Voir par exemple Ghestin (J.), Goubeau (G.) et Fabre-Magnan (M.), *op. cit.*, pp. 480-484 ou Terré (F.), *op. cit.*, n° 228. Plus précisement sur cette problématique v. Hervieu (A.), « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ*, 1989, p. 257, not. n° 5 à 26 ; Rivero (J.), « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, I, p. 15 ; Voirin (P.), « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences », *JCP* 1959, I, 1467, n° 6. Voir également les contributions relatives aux revirements de jurisprudence de la Cour de cassation contenues dans l'ouvrage du Laboratoire d'épistémologie juridique de la faculté d'Aix-Marseille et de la Cour de cassation, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, préc., pp. 123-168. Sur le caractère déclaratif et non rétroactif des revirements de jurisprudence, voir Zenati (F.), *op. cit.*, p. 154 et Bonneau (T.), « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.* 1995, chron. 24.

règle ancienne »[1], est connue depuis longtemps[2]. Mais jusqu'à une époque récente, cet inconvénient considéré comme marginal[3] était souvent passé sous silence[4].

389. Depuis quelques années en revanche, la doctrine, sans nier la nécessité des revirements, déplore avec une fermeté jusqu'alors inconnue leur rétroactivité. Tenue « en principe pour un mal »[5], celle-ci apparaît désormais « comme un phénomène anormal et inquiétant »[6] qui porte atteinte à l'équité[7]. Mais ce sont les considérations de sûreté juridique qui dominent l'argumentaire critique des juristes : la rétroactivité serait source d'insécurité pour les sujets de droit[8]. Elle déjouerait « d'une façon générale les prévisions des parties »[9] et empêcherait l'usager de « connaître et prévoir la règle de droit qui lui sera applicable »[10].

---

[1] Marguery (S.), *op. cit.*, 778.

[2] En 1858, le procureur Dupin constatait déjà que « les lois n'ont pas d'effet rétroactif (...) ; au lieu que les arrêts, n'étant que déclaratifs du droit qu'ils sont censés seulement interpréter, remontent en arrière, et leur influence s'étend même sur des faits qu'on pouvait regarder comme accomplis », conclusions précédant un arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation rendu le 16 janvier 1858, *D.* 1858, 1, p. 17.

[3] En 1929, Roubier écrit que « le vice de la rétroactivité des changements de jurisprudence n'est pas, en droit français, aussi grave dans ses effets pratiques qu'on pourrait le craindre ». Il ajoute : « Lorsque la jurisprudence est bien fixée à l'état de droit coutumier, les revirements sont en fait très rares. Lorsque, au contraire, il n'y a pas encore de coutume vraiment établie, (...) la règle de non-rétroactivité n'en est que faiblement affectée, car, dans son sens profond, elle a pour but de garantir la sécurité et la stabilité juridique ; or, par hypothèse, en raison de l'incertitude sur la règle de droit existante, cette sécurité et cette stabilité font défaut », (Roubier (P.), *Les conflits de loi dans le temps*, Paris, Sirey, 1929, p. 32).

[4] En 1955, Ripert constate, dans *Les forces créatrices du droit* où il aborde à plusieurs reprises le thème des revirements, que « la rupture de la jurisprudence établie est une chose grave, car elle crée le désordre dans l'application des règles juridiques », mais il insiste ensuite sur la « prudence des juges » qui s'avancent « vers la terre promise de la création du droit ». Il semble loin d'envisager les revirements de jurisprudence comme un problème important et ne fait même pas état de leur rétroactivité. Dans le même sens, Boulanger (J.) rédige en 1953 l'article « Jurisprudence » dans le *Répertoire de droit civil Dalloz* sans mentionner le caractère rétroactif des revirements de jurisprudence.

[5] Rivero (J.), « Sur la rétroactivité... », préc., p. 17.

[6] Hébraud (P.), « Le juge et la jurisprudence », préc., p. 366.

[7] Ainsi selon Carbonnier (J.), « l'action de la jurisprudence s'accomplit aux dépens des justiciables, pris pour cobayes d'une expérimentation aléatoire, au dépens, par hypothèse, du plus naïf des deux, celui qui a eu la lecture la plus littérale, la plus fruste de la loi », *RTDCiv*, 1992, p. 342.

[8] Frison-Roche (M.-A.) y voit une « atteinte au principe de prévisibilité des solutions et de sécurité juridique », « Application de la loi par le juge », *J.-Cl. civ.*, art. 5, 1995, n° 49. Rappr. Bach (L.), « Jurisprudence », *Rép. civ. Dalloz*, 2000, n°266 et s. Malgré l'importance désormais attachée aux questions de sécurité juridique (obs. Molfessis (N.), *RTDCiv*, 2000, p. 660), la liberté souveraine des juges dans l'élaboration de la jurisprudence est farouchement défendue, dans son principe, par la Cour de cassation (Cass. 1e, 21 mars 2000, *D.* 2000, jur. 593, note Atias (Ch.) : « Nul ne peut prétendre au maintien d'une jurisprudence constante, même s'il a agi avant son abandon »). Rappr., dans un autre domaine, la protection par la Cour européenne des droits de l'homme des normes jurisprudentielles, fussent-elles incertaines et contradictoires, contre les ingérences dans l'administration de la justice du pouvoir législatif agissant par le biais de lois de validation ; c'est l'objet de l'affaire *Zielinski* : CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et al., Procédures*, 2000, n° 94, obs. Fricéro ; *RTDCiv*, 2000, obs. Marguénaud, p. 439, et obs. Perrot, p. 629 ; Boujeka (A.), « Les lois de validation sous les fourches caudines de la Convention européenne des droits de l'homme », *PA*, 8 juin 2000, n° 114 ; Bolle (S.), « L'inconventionnalité d'une validation législative conforme à la constitution », *RFDA*, 2000, p. 1254. Rappr. Prétot (X.), « Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne de Strasbourg et les validations législatives : à constitutionnalisme, conventionnalisme et demi », *in Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 219.

[9] Ghestin (J.), Goubeau (G.) et Fabre-Magnan (M.), *op. cit.*, n° 517. Rappr. Voirin (P.), *op. cit.*, n° 3.

[10] Hervieu (A.), *op. cit.*, n° 44 *in fine*.

390. Pour pallier ces inconvénients, l'aménagement de la technique judiciaire a été sérieusement envisagé par la doctrine. La résurrection des arrêts de règlement[1], la légalisation des jurisprudences acquises[2], ou la mise en œuvre de revirements « pour l'avenir »[3] ont été autant de pistes explorées par des auteurs soucieux d'atténuer les effets secondaires engendrés par l'évolution du droit prétorien. Sans lendemain, ces suggestions doctrinales, dont les motivations profondes mériteraient d'être approfondies[4], n'épuisent pas l'œuvre critique des savants à l'égard du fait jurisprudentiel.

2 – CRITIQUE EXTERNE

391. Rompant avec le regard interne traditionnellement porté par la doctrine sur la jurisprudence, certains auteurs ont cherché à la déconstruire pour en éclairer les modes de structuration et en débusquer les présupposés implicites (a). Ces réflexions théoriques, qui questionnent la pertinence de la conception normative de la jurisprudence, sont contemporaines d'un effort visant à repenser les représentations du contentieux afin d'en donner une image plus fidèle (b).

a – Déconstruction de la jurisprudence

392. La faiblesse des liens unissant juristes et chercheurs en sciences sociales a longtemps rendu incertaine toute analyse non dogmatique du phénomène jurisprudentiel[5]. Mais, progressivement, l'épuisement de la querelle des sources juridiques a laissé place dans le débat doctrinal à des interrogations nouvelles sur les modalités d'élaboration du droit créé par les juges. Petit à petit, celui-ci a pu être pensé non plus comme un « donné » que livreraient les décisions de justice, mais

[1] Audinet (A.), « Faut-il ressuciter les arrêts de règlement ? », *in Mélanges Brèthe de la Gressaye*, Bordeaux, Brière, 1967, p. 99. Rappr. Sinay (H.), « La résurgence des arrêts de règlements », *D.* 1958, chron. 84.

[2] Voirin (P.), *op. cit.*, not. n° 7.

[3] Mouly (C.), « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *PA*, 18 mars 1994, n° 33 ; « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *PA*, 4 mai 1994, n° 53 ; « Le revirement pour l'avenir », *JCP* 1994, I, 3776 ; « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », *in* Laboratoire d'épistémologie juridique de la faculté d'Aix-Marseille / Cour de cassation, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, préc., p. 130.

[4] La rapidité avec laquelle les changements de jurisprudence ont été construits en problème laisse penser que la modification du discours doctrinal en la matière tient autant à la volonté d'améliorer le fonctionnement du système juridique qu'au désir de réaffirmer l'autorité et la légitimité des savants du droit face à une haute juridiction qui, aux dires de certains, jette sur « ceux chargés d'expliquer (la) jurisprudence, un discrédit immérité » (Witz (C.), « Libres propos d'un universitaire français à l'étranger », *RTDCiv*, 1992, p. 737). Sur la concurrence, parfois teintée d'hostilité, qui oppose la jurisprudence - comme produit de l'activité de la Cour suprême - et la doctrine à l'occasion de l'activité de *juris dictio*, voir Zenati (F.), *op. cit.*, pp. 266-268 ; voir également, à titre d'illustration de cette hostilité, l'article de Conte (Ph.), « L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur », *JCP* 1988, I, 3343.

[5] Dans les facultés de droit, la réduction de la sociologie à une discipline auxiliaire, servante de la politique législative, semble avoir freiné l'approfondissement de la fonction jurisprudentielle dans une perspective non dogmatique. V. Soubiran-Paillet (F.), « Juristes et sociologues français d'après-guerre : une rencontre sans lendemain », *Genèses*, 2000, n° 41, p. 125.

comme un « construit », produit de diverses activités articulées « en une coopération plus objective que délibérée et non exempte de tensions ou de calculs »[1].

393. Cette évolution théorique s'est d'abord dessinée en droit du travail, discipline où il a très tôt été montré que la jurisprudence est un « enjeu de luttes sociales » qui suscite des stratégies judiciaires offensives dont la finalité est d'influer sur l'élaboration des règles[2]. Par la suite, le fait jurisprudentiel a été constitué en objet de recherche autonome et analysé sous des angles historique[3], sociologique[4] et épistémologique[5] pour en dévoiler les modes de structuration. A ainsi été mise en évidence l'existence de variables matérielles[6], formelles[7] et axiologiques[8] se combinant de manière largement invisible pour donner à certaines décisions une autorité juridique dont les autres sont dépourvues.

394. Par ailleurs, le rôle constructif des docteurs dans l'écriture de la jurisprudence a été crûment mis en lumière[9], certains auteurs n'hésitant pas à voir dans cette somme de règles et de principes le produit d'une utilisation ambiguë par la doctrine de décisions de justice non moins ambiguës[10]. Sans aller jusque-là, il est acquis que c'est par le biais d'une interprétation savante bel et bien productrice de sens que les arrêts acquièrent leur véritable portée[11]. Susceptible de degrés, la

[1] Serverin (E.) et Jammeaud (A.), « Concevoir l'espace jurisprudentiel », préc., p. 91.

[2] V. les travaux de Supiot (A.), not. *Le juge et le droit du travail*, thèse ronéotypée, Bordeaux, 1979 ; ainsi que le Tome 9 du *Traité de droit du travail* publié sous la direction de Camerlynck (G.H.) consacré aux juridictions du travail (Paris, Dalloz, 1987, not. pp. 83-128).

[3] V. notamment les ouvrages de Serverin (E.) et de Zenati (F.), abondament cités précédemment, qui font tous deux une large part à l'étude historique du phénomène jurisprudentiel.

[4] Outre les travaux de Serverin (E.), précités, v. Béroujon (C.), « Pour une analyse empirique des relations entre contentieux et jurisprudence », *RTDCiv*, 1993, p. 94 ; « Contentieux au singulier et jurisprudence au pluriel », *RTDCiv*, 1995, p. 579. V. également Saluden (M.), « La jurisprudence, phénomène sociologique », *APD*, 1985, Tome 30, p. 191.

[5] Atias (C.), *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, not. pp. 66-67 et pp. 133-139. Rappr. les contributions de Vullierme (J.-L.) et Winckler (A.) dans le tome 30 des *Archives de philosophie du droit* (1985).

[6] Le premier élément qui participe de manière discrète mais non moins évidente à la constitution du *corpus* jurisprudentiel concerne la publication - intégrale ou partielle - ou au contraire la non-publication de décisions de justice. Sur cette question, v. Dunes (A.), « La non-publication des décisions de justice », *RIDC*, 1986, p. 757.

[7] Origine, nature et forme des décisions de justice influent considérablement sur leur autorité jurisprudentielle. Ce constat, reçu par la doctrine, est rationalisé par l'établissement de critères rigoureux censés permettre de mesurer l'importance de tel ou tel arrêt. Pour le cas des décisions de la Cour de cassation, v. Perdriau (A.), « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation », *JCP* 1990, I, 3468.

[8] L'avenir des normes posées par les tribunaux dépend entre autres de l'appréciation doctrinale portée sur leur teneur : « plus elles sont raisonnables, plus elles apparaissent comme effectivement obligatoire » (Battifol (H.), « Note sur les revirements de jurisprudence », *APD*, 1967, Tome 12, p. 337). Cette appréciation, qui est le propre de l'activité savante, n'est pas arbitraire. Les valeurs qui sous-tendent la conception du « raisonnable » ne sont pas choisies librement. Elles dépendent d'une conception du monde - elle même largement déterminée par la tradition scolastique - qui structure la pensée juridique.

[9] Jestaz (Ph.), « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.* 1989, chron. 149, not. p. 151. Du même auteur, rappr. « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, chron. 11.

[10] Atias (C.), « L'ambigüité des arrêts dits de principe en droit privé », *JCP* 1984, I, 3145. Du même auteur rappr. « Jurisprudence *a contrario* », *D.* 1997, chron. 297.

[11] Chevallier (J.), « Les interprètes du droit », préc., p. 273.

dénonciation du « mythe jurisprudentiel »[1] ne semble pas devoir perturber le grand œuvre académique de systématisation du droit. Elle témoigne en revanche d'une conscience accrue de l'inaptitude de la doctrine classique à rendre compte de larges pans du contentieux[2] et des multiples dimensions du discours judiciaire[3].

b – Reconstruction de la jurisprudence

395. Faisant indirectement écho aux réflexions théoriques qui déconstruisent le processus d'élaboration des normes générales élaborées par le juge, le développement de l'informatique juridique a contribué à redéfinir les contours de la jurisprudence. Les banques de données juridiques[4] donnant accès aux archives judiciaires - notamment des cours d'appel - se multiplient depuis les années 1970 et leur constitution est l'occasion d'une réflexion approfondie sur les méthodes de sélection et d'analyse permettant de donner du contentieux l'image la plus fidèle possible. La création en 1985 d'un fichier national de la jurisprudence française[5] a pérennisé cette problématique qui croise la discipline juridique avec la linguistique et l'informatique.

396. Dans le sillage de cette modernisation documentaire, de nouvelles sources papier sont apparues, telles les revues régionales de jurisprudence qui connaissent une seconde jeunesse[6], ou encore les « mégacodes » enrichis de nombreuses références[7]. Autant de publications permettant une analyse plus fine des règles élaborées par les juges du fond, parfois à l'occasion d'une rébellion contre certaines décisions de la Cour de cassation[8].

397. Mais c'est en ouvrant la voie à l'étude des masses jurisprudentielles[9] que l'informatique transforme le plus les représentations classiques du droit. Dans une perspective théorique, l'étude massive des jugements et arrêts apparaît comme un mode de dévoilement privilégié du pluralisme des contentieux, tant hiérarchique que géographique[10]. Sur un plan plus pratique, la constitution des banques de données

[1] Atias (C.), *Philosophie du droit*, préc., p. 256.
[2] Beroujon (C.), *op. cit*.
[3] En ce sens, v. Serverin (E.) et Rondeau-Rivier (M.-C.), « Un essai d'évaluation du changement en droit : la mesure des incidences de l'arrêt Desmares », *D.* 1985, chron. 227.
[4] Sur les banques de données juridiques en général, v. Tanguy (Y.), *La recherche documentaire en droit*, Paris, PUF, 1991, p. 113. Sur l'histoire (courte) de la documentation juridique électronique (en ligne et hors ligne) et sur les mutations récentes du service public des bases de données juridiques (Légifrance : www.legifrance.gouv.fr), v. le site de Cottin (S.) : http://perso.wanadoo.fr/stephane.cottin/idt99/evenem1.htm
[5] Catala (P.), « Le fichier national informatisé de la jurisprudence française (dixième anniversaire) », *JCP* 1995, I, 3873. Rappr. Maistre du Chambon (P.) *et al.*, « Où trouver la jurisprudence ? », *D.* 2000, chron. 197.
[6] Catala (P.), *op. cit.*, p. 393.
[7] Sur cet outil et son potentiel scientifique, v. Henry (X.), « La jurisprudence accessible. Mégacode civil : théorie d'une pratique », *RRJ*, 1999- 3 et 1999-4.
[8] Sur ce point, v. Aubert (J.-L.), « Pour des rébellions constructives », *RTDCiv*, 1992, p. 338.
[9] Bories (S.), « A la rencontre du droit vécu (L'étude des masses jurisprudentielles : une dimension nouvelle des phénomènes socio-judiciaires) », *JCP* 1985, I, 3213.
[10] Bories (S.) et Frison-Roche (M.-A.), « La jurisprudence massive », *D.* 1993, chron. 287.

régionales débouche sur une « normalisation du fait »[1] : des évaluations judiciaires chiffrées ou des appréciations de notions factuelles se dégage bien souvent une ligne directrice. En la découvrant, la science du droit se trouve à même de dégager de véritables lois du contentieux, régularités factuelles accédant au rang d'autorité dès lors qu'elles sont mises en lumière[2].

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

398. Une fois évanoui l'espoir chimérique, nourri par certains révolutionnaires, d'une disparition de la jurisprudence, les décisions de justice se sont progressivement imposé, au cours des deux derniers siècles, comme une source du droit à part entière. Ce mouvement tient autant à l'évolution des représentations savantes qu'aux politiques éditoriales des publications spécialisées. A mesure que les arrêts faisaient l'objet de commentaires systématiques et que le pouvoir juridictionnel d'interpréter les lois et d'y suppléer devenait objet de curiosité théorique, le juge s'est vu reconnaître un rôle essentiel dans l'adaptation du droit à la réalité. Rejoignant la loi au rang des objets de culte à partir desquels les oracles doctrinaux déchiffrent le droit positif, le fait jurisprudentiel a ainsi puissamment contribué à renforcer la place du juge dans les représentations de l'ordre juridique.

[1] Sur ce phénomène, v. Cosnard (H.-D.), « De l'informatique juridique documentaire à la création du droit », *RJO*, 1985. Rappr. Cadiet (L.), « La fonction d'une cour d'appel. Réflexion sur le second degré de juridiction », *in* Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, *La cour d'appel d'Aix en Provence. Colloque des 11 et 12 décembre 1992*, Aix en Provence, PUAM, 1994, not. p. 46 et s.
[2] Lahrer-Loyer (C.), « La jurisprudence d'appel », *JCP* 1989, I, 3407.

Chapitre 2

LA PROCEDURALISATION DU DROIT ET LE POUVOIR JUDICIAIRE

399. Ébranlée par l'indéniable créativité jurisprudentielle des juridictions, la figure du juge automate appliquant mécaniquement la loi perd toute pertinence au regard des transformations contemporaines de la justice civile. Orpheline de ce précieux repère dogmatique hérité d'une époque où le droit se confondait avec le texte légal, la doctrine est contrainte de définir en termes nouveaux la fonction de juger, notamment du fait de l'emprise, grandissante et multiple, des tribunaux sur le système juridique dans son entier (Section 1). La tâche consiste notamment à dépasser la figure du syllogisme juridique pour rendre compte des nouvelles modalités du processus décisionnel au cœur de l'activité judiciaire. Toujours en cours, l'effort doctrinal s'illustre dans l'élaboration d'une rationalité procédurale, soubassement conceptuel permettant de forger une nouvelle image de l'acte de jugement (Section 2).

Section 1

La judiciarisation du droit

400. C'est dans les termes d'une sémantique nouvelle aux accents « post-modernes »[1] que la doctrine contemporaine évoque souvent l'évolution du rôle des juridictions judiciaires. Par l'emploi de néologismes hardis, tel celui de judiciarisation[2], les auteurs décrivent un renforcement de la figure du juge civil dans l'ordre juridique si considérable qu'il en bouleverse les représentations doctrinales traditionnelles. Les tribunaux voient tout d'abord leurs pouvoirs normatifs étendus par des réformes législatives variées, mais convergentes en ce qu'elles contribuent à accroître les prérogatives judiciaires (§ 1). Cette évolution, encadrée par le législateur, prend place dans un contexte de multiplication des sources normatives ; paysage pluraliste qui contribue à relativiser la prééminence de la loi parlementaire et à magnifier le rôle d'arbitre des conflits entre règles de droit dévolu au juge (§ 2).

§ 1. LA PLURALITE DES FONCTIONS NORMATIVES DU JUGE

401. « Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs »[3], ainsi se résume la montée en puissance de la justice civile dans l'ordre juridique français. Cette tendance s'exprime, d'une part, dans la multiplication des missions des magistrats et, d'autre part, dans l'accroissement de leurs prérogatives. C'est d'abord dans le cadre de la résolution judiciaire des litiges que s'illustre ce double mouvement. Au terme d'une recodification de la procédure civile saluée par la doctrine, le juge a vu son rôle profondément évoluer : d'arbitre passif des différends, il est devenu acteur dynamique du procès (A). Par ailleurs, l'institution judiciaire s'est transformée, au cours de ces trente dernières années, en un rouage institutionnel essentiel à la régulation de la vie de la cité et doté, à ce titre, de pouvoirs spécifiques (B).

[1] Jeammaud (A.), « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », *in* Clam (J.) et Martin (G.), dir., *Les transformations de la régulation juridique*, préc., p. 47.
[2] Jeammaud (A.), *op. cit.*, p. 51.
[3] La formule, posée sous forme interrogative, constitue l'intitulé des *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot* (Paris, Dalloz, 1996).

A. ÉVOLUTION DE LA MISSION PACIFICATRICE DU JUGE

> « L'une des tendances majeures du code est d'exalter l'office du juge, non seulement dans la marche de l'instance pour son bon déroulement (…), mais sur la matière du procès dans l'exercice plénier du pouvoir juridictionnel. »
>
> Gérard Cornu, « L'élaboration du Code de procédure civile », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1995, n° 16.

402. Dans la seconde moitié du XX^e^ siècle, la reformulation de la mission judiciaire de résolution des litiges est à l'ordre du jour dans les représentations, tant législatives que doctrinales, du juge civil. Jusqu'alors encadrée par une réglementation plus que centenaire, cette fonction centrale de l'administration de la justice est réorganisée à l'occasion de la recodification de la procédure civile. Œuvre de savants fêtée par la doctrine, le nouveau code est porteur d'une conception dynamique du juge, explicitée dans une série de principes directeurs inscrits à sa tête (1). Consacrant un renforcement du pouvoir directif des magistrats dans la marche de l'instance, cette évolution législative ne menace pas le principe selon lequel le procès est la chose des parties, mais donne aux tribunaux un rôle actif dans la définition du litige (2).

1 – RECODIFICATION DE LA PROCEDURE CIVILE

403. L'entreprise de refonte du procès civil qui se dessine dès 1965 et se concrétise une dizaine d'années plus tard par la promulgation d'un nouveau code sonne le glas de la codification napoléonienne de 1806. « Née de la remise en question de l'ensemble des règles de procédure »[1], la nouvelle codification est bien accueillie par une doctrine (a) sensible aux fondements théoriques sur lesquels s'appuie cette œuvre de modernisation de la justice civile (b).

a – Le nouveau Code de procédure civile et la doctrine

404. Devant la résistance des praticiens face aux multiples réformes de procédure qui se succèdent à partir de 1935[2], la doctrine universitaire va progressivement muscler sa critique envers la conception passive du rôle du juge civil prévalant dans les prétoires[3]. Le mouvement s'intensifie de manière significative dans les années 1960, certains auteurs s'efforçant alors de mieux définir « l'office du juge dans sa complexité »[4]. Au même moment, la Chancellerie pose les premières pierres d'une complète refonte de la matière.

---

[1] Cornu (G.), « La codification de la procédure civile en France », *in L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 386.
[2] Sur ce point, v. *supra* n° 258 et s.
[3] V. par exemple, dès 1954, le rapport de Motulsky (H.) au 4^e^ congrès international de droit comparé, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », préc., p. 38.
[4] Normand (J.), *Le juge et le litige*, Paris, LGDJ, 1965, p. 3. Rappr. la thèse de Jugault (J.), *De la liaison du contentieux. Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel*, Rennes, 1969.

405. Considéré à juste titre comme avant-coureur de transformations radicales[1], le décret-pilote du 13 octobre 1965[2] instituant un juge des mises en état, et son complément le décret du 7 décembre 1967[3], marquent le début de ce processus de modernisation. Ils précèdent l'établissement d'une commission de réforme dont sont issus plusieurs décrets constitutifs du nouveau Code de procédure civile promulgué le 1er janvier 1976[4]. Chacun des textes étapes de cette recodification est scruté par la doctrine qui, dans sa majorité, fait preuve de bienveillance à leur égard. Cet accueil favorable n'exclut certes pas la critique[5], mais le constat unanime d'une nécessaire évolution des pratiques procédurales suffit chez la plupart des commentateurs à justifier les avancées réglementaires mises en œuvre.

406. Le code entré en vigueur, le jugement positif que porte sur lui la doctrine ne se dément pas[6]. En témoignent les précis de procédure civile qui, au fil des ans, amplifient leurs éloges pour ce « *monument législatif et réglementaire* »[7]. Comparé aux plus grands textes législatifs napoléoniens et élevé au rang de « modèle de tous les codes modernes »[8], le NCPC - selon l'acronyme consacré - jouit d'un prestige qui va au delà de la doctrine processualiste[9]. Rien d'étonnant à ce succès pour une réforme, dans une large mesure, œuvre de professeurs[10] et pour un texte dont la

[1] V. par exemple Lobin (Y.) qui en 1966 décèle « sous une apparence de réformes de détails » un décret laissant « présumer, même si cela n'apparait pas nettement, qu'il sera suivi pas contre-coup de réformes plus radicales dans les institutions », « Quelques réflexions sur le décret du 13 octobre 1965 relatif à la mise en état des causes », *D.* 1966, chron. 15.

[2] *JCP* 1965, III, 31446. Sur ce décret, v. les commentaires de Bredin (J.-D.), *D.* 1966, lég. 197 ; et de Motulsky (H.), *JCP* 1966, I, 1996, reproduit *in Écrits - Notes et études de procédure…*, préc., p. 130. Rappr. Bareyt (J.), « Aperçus sur les premières applications du décret du 13 octobre 1965 dans une "juridiction pilote" », *JCP* 1966, I, 2035.

[3] *JCP* 1967, III, 33676. Sur ce décret, v. Cornu (G.) et Motulsky (H.), « Les modifications apportées à la procédure de la mise en état des causes par le décret du 7 décembre 1967 », *JCP* 1968, I, 2150, reproduit *in* Motulsky (H.), *Écrits - Notes et études de procédure…*, préc., p. 235. Rappr. Lobin (Y.), « Nouvelles réflexions sur la procédure de la mise en état des causes après le décret du 7 décembre 1967 », *D.* 1968, chron. 39.

[4] La décision d'une recodification de la procédure civile a été formellement prise en 1969, avec l'établissement par le Garde des sceaux René Capitant d'une commission de réforme présidée par l'ancien ministre, et éminent juriste, Jean Foyer. Les travaux de cet organe se sont concrétisés dans quatre décrets « instituant de nouvelles règle de procédure destinées à constituer partie d'un nouveau code » qui se sont échelonnés de septembre 1971 à décembre 1973, avant d'être codifiés et complétés par le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975. Pour une vue générale sur ce texte, v. Bandrac (M.), « Indications sommaires sur les principales modifications introduites par le nouveau Code de procédure civile », *JCP* 1976, I, 2799.

[5] V. par ex. les commentaires de Bertin (Ph.), « Le décret du 9 septembre 1971 portant réforme partielle de la procédure civile », *Gaz. Pal.*, 16 nov. 1971, doct., p. 550 ; ainsi que ses « noëls » du procédurier, *Gaz. Pal.*, 26 janv. 1974, 17 janv. 1976, 17 fév. 1976, 6 et 20 mars 1976, 29 avril 1976, 15 mai 1976, 24 juin 1976, 19 octobre 1976.

[6] Pour une vue d'ensemble des opinions doctrinales sur le nouveau Code de procédure civile, v. Cadiet (L.), « Le code », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, préc., not. p. 52 et s.

[7] Vincent (J.) et Guinchard (S.), *Procédure civile*, 25e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 71, n° 40.

[8] Héron (J.), « Le nouveau Code de procédure civile », *in* Beignier (B.), dir., *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 82.

[9] En témoigne Beignier (B.) dans son avant-propos à l'ouvrage collectif cité note précédente, p. 2.

[10] La part relativement modeste des professeurs dans la commission de réforme de la procédure civile (sur la composition de cette commission, v. Parodi (C.), *L'esprit général et les innovations du nouveau Code*

clarté académique laisse apparaître une conception doctrinale réfléchie du procès civil.

b – La doctrine du nouveau Code de procédure civile

407. L'inspiration du nouveau Code de procédure civile était déjà en germe dans le décret de 1965, comme en témoigne le rapport au Premier ministre l'accompagnant[1]. Mais la philosophie sous-jacente à cette réforme, si elle se laissait deviner derrière les dispositions réglementaires particulières, ne s'incarnait pas dans des règles générales et autonomes. C'est un peu plus tard, avec le projet de recodification, que prend corps l'idée d'énoncer positivement une série de principes directeurs synthétisant l'esprit de la nouvelle procédure[2]. Placés en tête du code (articles 1 à 24), au premier rang des dispositions liminaires, ces dispositions normatives se donnent à voir « comme un cœur de règles primordiales à proclamer dès le seuil »[3].

408. Aux dires de leurs auteurs, la finalité de ces principes est de « tracer, en présence d'une doctrine divisée et (…) d'une jurisprudence hésitante, voire contradictoire, l'essentiel des contours de *l'office du juge* et de la *répartition des fonctions processuelles* »[4]. Appelées à guider l'interprétation du nouveau code, et à être appliquées par toutes les juridictions judiciaires, ces règles directrices de la procédure civile se caractérisent par leur tonalité doctrinale[5]. Mais c'est moins leur intérêt scientifique que leur aptitude à protéger le justiciable qui à l'époque justifie leur édiction[6].

409. Dotés d'une forte autorité[7], les principes directeurs renouvellent profondément la conception traditionnelle du procès civil en conférant au juge une

de procédure civile, Paris, Defrénois, 1976, pp. 21-23) masque mal leur influence considérable sur le style du code. Témoin privilégié de son élaboration, Jean Foyer informe sur cette évidence : « Ce code a été presque intégralement rédigé par la plume du doyen Cornu si bien qu'on pourrait en toute justice l'appeler le code Cornu », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, préc., p. 323.

[1] Le rapport au Premier ministre présentant le décret du 13 octobre 1965 propose déjà de renforcer l'office du juge conformément aux « principes directeurs du procès civil traditionnellement reçus en France », *JCP* 1965, III, 3146.

[2] Cornu (G.), « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragment d'un état des questions) », *in Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 84.

[3] *Ibid*.

[4] Motulsky (H.), « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, reproduit *in Écrits - Notes et études de procédure…*, préc., p. 278, n° 6.

[5] Sur le style du nouveau Code de procédure civile, v. Cadiet (L.), *op. cit.*, pp. 51-52.

[6] Ainsi, pour Motulsky, l'édiction des principes directeurs est souhaitable « non seulement pour l'appréhension scientifique d'une matière à laquelle on reproche souvent (…) de se réduire à la description d'un certain nombre d'institutions, de mécanismes et de formalités, mais encore et surtout dans l'intérêt des utilisateurs », *op. cit.*, p. 280, n° 8. Rappr. Parodi (C.), *op. cit.*, p. 43.

[7] Comme le remarque Cornu (G.), les principes directeurs « bien qu'ayant la même valeur positive que les autres règles » jouissent d'une autorité spécifique du fait de « leur généralité d'application » et de leur « légitimité intrinsèque que leur infuse l'esprit de justice et d'équité qui les anime », *V°* Directeurs (principes), *Vocabulaire juridique*, préc., p. 292.

mission plus active faisant contrepoids aux prérogatives traditionnelles des parties[1]. Certes, ces maximes ne sont pas nouvelles[2] et leur contenu, essentiellement coutumier et jurisprudentiel, est peu original[3]. Mais leur promulgation permet d'en libérer le potentiel. Illustrant de manière paradigmatique l'exaltation de l'office du juge auquel tend le nouveau code[4], ces principes consacrent l'abandon d'une conception passive de la juridiction civile. Leur adoption par la doctrine processualiste et leur fertilité jurisprudentielle[5] témoignent du succès de cette entreprise de redéfinition du rôle du magistrat dans la résolution des litiges[6].

2 – REDEFINITION DE L'OFFICE DU JUGE

410. Délivrant la « quintessence »[7] de la procédure civile nouvelle, les dispositions liminaires du code ne remettent pas en cause le « principe dispositif » selon lequel le procès - matière d'intérêts privés - est avant tout la chose des parties. Cette règle est néanmoins tempérée par l'attribution au juge d'un rôle actif dans la direction de l'instance (a) et par la reconnaissance de sa participation à la définition du litige (b).

a – Le juge et la direction de l'instance

411. L'idée inaugurale de la réforme de la procédure civile était de renforcer le rôle du juge « d'une part, dans la marche de l'instance (…), d'autre part dans la préparation juridictionnelle de l'audience des plaidoiries, afin que l'affaire y vienne purgée des contestations incidentes et que le débat, ainsi dégagé, porte (…) sur "les vrais problèmes" »[8]. Ce « nouvel esprit du procès »[9], tout entier fondé sur la volonté de rendre une justice meilleure et plus rapide, supposait une coopération accrue des

[1] Blanc (E.), « Principes généraux de la nouvelle procédure civile (Étude analytique des "dispositions liminaires" du décret du 9 septembre 1971) », *JCP* 1973, I, 2559.
[2] En 1949, Morel (R.) revient déjà longuement sur les « principes directeurs de la procédure française » dans son *Traité élémentaire de procédure civile* (préc., p. 344).
[3] Cornu (G.), « Les principes directeurs du procès civil… », préc., pp. 86-91.
[4] Cornu (G.), « L'élaboration du Code de procédure civile », *RHFDSJ*, 1995, n° 16, p. 251. Rappr., du même auteur, « La codification », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, préc., p. 19.
[5] Bolard (G.), « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP* 1993, I, 3693.
[6] Un autre signe du succès des principes directeurs du procès civil réside dans l'extension de cette figure juridique à de nouveaux domaines. L'année 2000 a ainsi vu apparaître, d'une part, un article préliminaire énonçant les principes fondamentaux du procès pénal en tête du Code procédure pénale (L. n° 2000-516 du 15 juin 2000) et, d'autre part, un Code de la justice administrative s'ouvrant sur un titre préliminaire constitué des plus importants principes de fonctionnement des juridictions administratives (Ord. n° 2000-387, 4 mai 2000).
[7] Cornu (G.) et Foyer (J.), *Procédure civile*, 3e éd., Paris, PUF, 1996, p. 425.
[8] Cornu (G.), « La codification », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, préc., p. 21.
[9] Bellamy (M.), « Le pouvoir de commandement du juge, ou le nouvel esprit du procès », *JCP* 1973, I, 2522.

acteurs du procès[1]. Pour l'atteindre, la voie choisie a été celle d'un renforcement du pouvoir de commandement du juge[2].

412. Les principes directeurs du procès témoignent de cette évolution. D'une part, le juge « veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires » (art. 3). D'autre part, il peut « ordonner d'office toutes les mesures d'instruction, légalement admissibles » (art. 10). Les nouveaux pouvoirs d'injonction du magistrat visent avant tout à permettre une mise en état efficace des affaires[3]. Mais c'est toujours dans le respect du principe dispositif qu'ils trouvent à s'exercer : malgré un accroissement considérable des prérogatives du juge, notamment en matière d'administration de la preuve[4], les parties conservent la maîtrise de l'instance (art. 1 et 2)[5].

413. A côté d'une doctrine généralement bienveillante à l'égard de cette évolution, certains auteurs ont dénoncé les risques de dérives inquisitoires dont le nouveau code serait lourd[6]. En dépit de ces critiques, minoritaires mais néanmoins récurrentes[7], le renforcement du rôle du juge opéré par le nouveau Code de procédure civile ne semble pas devoir être remis en cause. Bien au contraire, certaines modifications réglementaires récentes renforcent encore les pouvoirs du magistrat chargé de la mise en état pour lui permettre de mieux préparer, au cours de la phase d'instruction, le règlement du litige lors de la phase de jugement[8].

---

[1] Sur le principe de coopération dans le procès civil, v. Cadiet (L.), *Droit judiciaire privé*, 3e éd., Paris, Litec, 2000, p. 469.

[2] Cet affermissement des pouvoirs du juge a très tôt été interprété par la doctrine comme le signe d'une résurgence de l'*imperium* des magistrats. V. par exemple Bellamy (M.), *op. cit.* ; plus généralement sur ce point, v. *infra* n° 426 à n° 428.

[3] Sur la mise en état, v. not. les articles de Foulon (M.), p. 161, et Lissarrague (B.), p. 201, *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, préc.

[4] V. Denis (J.-B.), « Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil », *RTDCiv*, 1977, not. pp. 684-686. Rappr. Daigre (J.-J.), « La doctrine et la réforme de la procédure civile. A propos du pouvoir discrétionnaire du juge en matière de production forcée de pièces », *JCP* 1981, I, 3020. Plus récemment, v. Tarzia (G.), « Les pouvoirs d'office du juge civil en matière de preuve », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 469.

[5] Pour une analyse détaillée de la matière, v. Normand (J.) sur les principes directeurs du procès civil, *J.-Cl. proc. civ.*, not. fasc. 150.

[6] V. dès 1971, et à propos du juge des mises en état institué par les décret de 1965 et 1967, Martin (R.), « Réflexion sur l'instruction du procès civil », *RTDCiv*, 1971, not. p. 308 et s. Le même n'aura de cesse, jusqu'à nos jours, de critiquer « l'inspiration autoritaire » du nouveau Code de procédure civile ; v. par exemple « Un autre procès possible ou est-il interdit de rêver ? », *RTDCiv*, 1994, p. 559, et plus récemment *A nouveau siècle nouveau procès civil*, Aix en Provence, Edilex Club, 2000. Un autre point de vue critique sur les nouveaux pouvoirs du juge dans le déroulement de l'instance et la recherche des preuves est donné par Hébraud (P.), « La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge », *AUSST*, 1978, T. 26, p. 378.

[7] V. encore récemment Martin (R.) « Une nouvelle perspective sur la procédure civile, après le rapport de Monsieur le Président Jean-Marie Coulon », *JCP* 1997, Act., n° 8.

[8] Depuis le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, le juge de la mise en état est compétent pour connaître de toutes les exceptions de procédure que lui présenteraient les parties postérieurement à sa désignation et jusqu'à son dessaisissement. Dans le droit antérieur à ce décret, le même juge ne pouvait connaître que des exceptions dilatoires et des nullités pour vice de forme. Sur le décret n° 98-1163 (JO 30 déc. 1998, p. 19904 (rect. JO 13 fév. 1999, p. 2305), v. entre autres Cadiet (L.), *JCP* 1999, I, 130 et

b – Le juge et l'objet du litige

414. Faisant écho au pouvoir accru du juge dans la mise en état des affaires, sa participation active à la mise en forme de la matière litigieuse est non moins remarquable. Le tribunal se voit en effet reconnaître par les principes directeurs du nouveau code la faculté de participer à la définition des différends qu'il a charge de trancher[1]. Les parties gardent certes la haute main sur le cas soumis au juge. Ce dernier ne doit se prononcer que sur ce qui lui a été demandé (art. 5), mais il dispose en revanche d'une évidente liberté pour identifier quels faits à lui soumis sont générateurs de droits et pour déterminer quelles règles juridiques leur appliquer[2].

415. Au stade de la « germination » de l'instance[3], les parties jouissent théoriquement d'une autonomie absolue pour délimiter la cause factuelle de leur différend. Pour autant, le juge n'est pas totalement étranger à cette construction[4]. Ses pouvoirs lui permettent de prendre en considération des faits issus du débat mais non invoqués par les plaideurs (art. 7, al. 2), de procéder aux constatations nécessaires (art. 179 et s.), de faire comparaître les parties (art. 184 et s.), d'auditionner des témoins en déterminant les questions à leur poser (art. 204 et s.) ou de consulter un technicien (art. 232 et s.). Largement commentées par la doctrine, ces prérogatives contribuent à forger l'image d'une justice non plus passive dans son rapport aux allégations des parties, mais dotée d'une réelle initiative dans la connaissance des faits[5].

416. Ce rôle dynamique se révèle plus encore dans l'application du droit au litige. Activité essentielle du juge, la recherche de la règle adéquate pour trancher les différends recouvre en pratique de larges pouvoirs. En ce domaine où « la jurisprudence est pléthorique et alimente constamment des chroniques plus savantes

Guinchard (S.), « L'ambition d'une justice civile rénovée : commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », *D.* 1999, chron. 65.

[1] Sur l'économie du nouveau Code de procédure civile en la matière sur et les premiers développements jurisprudentiels auxquels il a donné lieu, v. Normand (J.), « Le juge et le fondement du litige », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, préc., p. 595. Sur les rapports du juge au litige avant la promulgation du nouveau Code de procédure civile, v. du même auteur, *Le juge et le litige*, précité.

[2] Spécialiste de la matière, Normand (J.) se livre à une description approfondie du droit positif régissant l'office du juge au regard des prétentions litigieuses des parties dans les fascicules 151 et 152 du *Juris-classeur de procédure civile*. Ces travaux témoignent des limites à apporter à la distinction du fait du droit dans la répartition des tâches respectivement attribuées aux parties et au juge. Celle-ci est loin d'avoir une portée absolue comme l'ont parfois laissé supposer certains auteurs (v. par exemple Martin (R.), « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP* 1974, I, 2625).

[3] L'expression est de Jugault (J.), *De la liaison du contentieux…*, préc., p. 283.

[4] Sur les conceptions de Motulsky en la matière - conceptions qui irriguent largement le nouveau Code de procédure civile - v. ses articles intitulés « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits » et « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », respectivement publiés en 1959 et 1964, et reproduits dans le tome 1 de ses *Écrits*, préc. ; sur le même sujet, mais plus récemment, v. Blondel (Ph.), « Le fait, source de droit », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, préc., p. 203.

[5] En ce sens, v. par exemple Ponsard (A.), « Rapport français », *in* Travaux de l'association Henri Capitant - Tome 38, *La vérité et le droit*, Paris, Economica, 1987, not. p. 693. Rappr. Le Masson (J.-M.), « La recherche de la vérité dans le procès civil », *Droit et Société*, 1998, n° 38, p. 21, ainsi que la thèse (Nantes, 1991) du même auteur portant sur ce thème.

les unes que les autres »[1], l'article 12 donne le ton : le juge « doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Invités à informer juridiquement la matière par eux soumise au juge[2], les plaideurs ne le lient pas par leurs suggestions[3]. Le tribunal a en effet moins pour fonction de choisir entre les deux thèses qui s'affrontent devant lui, que de trancher le litige en appliquant la règle de droit la plus appropriée à l'espèce[4]. Cette conception, qui élève le juge au rang de garant d'un intérêt juridique dépassant celui des parties, se retrouve dans les nombreuses attributions régulatrices mises à la charge de la justice civile.

[1] Blondel (Ph.), « Le juge et le droit », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, préc., p. 138.

[2] Cette invitation, sous entendue dans la première rédaction du nouveau Code de procédure civile, s'est muée en une obligation suite au décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998. Modifiant l'article 56 du code, ce texte de toilettage qui reprend ici une proposition du rapport Coulon (*Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Rapport au garde des sceaux, Paris, La documentation française, 1996, p. 85) impose au demandeur d'exposer dans son assignation les « moyens en fait et en droit » à l'appui de sa demande. Sur cette obligation, v. Desideri (J.-P.), « Le fondement juridique de la demande dans le procès civil », *PA*, 5 juin 2001, n° 111, p. 5 ; v. également Raimon (M.), « Motivation en droit de l'assignation et résolution judiciaire des conflits de lois », *PA*, 16 mai 2000, n° 97, p. 4. Sur la situation avant la réforme de 1998, v. Bolard (G.) et Flécheux (G.), « L'avocat, le juge et le droit », *D.* 1995, chron. 221.

[3] On a justement remarqué que les modifications introduites par le décret du 18 décembre 1998, à la suite du rapport Coulon, ne renversent pas la conception du procès civil consacrée par le nouveau Code de procédure civile : le juge a le droit pour domaine de prédilection ; il conserve la liberté de ne pas retenir les moyens de droit proposés par les parties et de requalifier leur prétentions. Sur cette question, v. Cadiet (L.), *Droit judiciaire privé*, préc., p. 486 ; v. également les observations de Normand (J.) sur le rapport Coulon, mais antérieures à la réforme, *in* États généraux de la profession d'avocat, *La réforme du code de procédure civile, autour du rapport Coulon*, Paris, Dalloz, 1997, p. 59 et s. ; rappr. du même auteur, *RTDCiv*, 1998, p. 466. *Contra* Martin (R.), « Une nouvelle perspective sur la procédure civile. Après le rapport Coulon », *JCP* 1997, Act., n° 8.

[4] En ce sens, v. Bolard (G.), « L'arbitraire du juge », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, préc., p. 225.

B. DIVERSIFICATION DES ATTRIBUTIONS REGULATRICES DU JUGE

> « Du juge-entraîneur on attend désormais (…) qu'il participe à la réalisation de politiques déterminées et assure, pour ce faire, le meilleur règlement des intérêts concernés. S'il lui arrive encore de trancher des différends en faisant application de la loi, on peut aussi dire que son intervention peut aussi bien se situer ailleurs qu'avant et après la décision, au sens du prononcé par "droit et sentence". Avant qu'une contestation ne se forme, le juge est investi d'une mission de prévention, de conseil, d'orientation. Après que des mesures aient été suggérées ou ordonnées, le juge reste en charge des intérêts en cause et peut, à tout moment, revenir sur des solutions qui n'ont été prises que "*rebus sic stantibus*". »
>
> François Ost, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », *in* F. Ost, M. Van de Kerchove et P. Gérard, dir., *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, FUSL, 1983, p. 47.

417. Plus encore que l'évolution des modalités d'exercice de la justice civile, l'apparition de « nouveaux espaces de la fonction juridictionnelle » est considérée comme le phénomène capital marquant l'office du juge depuis trente ans[1]. Formulé par la doctrine juridique et relayé par les sciences sociales, ce constat se fonde sur l'indéniable multiplication des figures de l'activité judiciaire. La mission traditionnelle du magistrat consiste certes toujours à trancher les litiges entre particuliers[2], mais le législateur contemporain lui assigne également de nouvelles fonctions irréductibles à la résolution juridique des différends (1). Pour s'acquitter de ces attributions aussi diverses que dispersées, les tribunaux judiciaires, qu'ils soient de droit commun ou d'exception, jouissent de nouvelles prérogatives modifiant en profondeur les représentations de la justice civile (2).

1 – NOUVELLES FONCTIONS

418. Pour penser les nouvelles fonctions confiées à la justice civile, la doctrine contemporaine a réactualisé, à la suite du nouveau Code de procédure civile, l'étude de la juridiction gracieuse. Le développement de cette matière est sans doute l'un des signes les plus évidents des transformations contemporaines de l'office du juge (a). Elle ne permet cependant pas de rendre compte à elle seule d'une tendance plus générale à l'extension des attributions judiciaires (b).

[1] Cornu (G.) et Foyer (J.), *op. cit.*, p. 93.
[2] La doctrine voit traditionnellement dans la résolution des litiges le premier des offices du juge. En ce sens, v. Frison-Roche (M.-A.), « Les offices du juge », préc., not. p. 466. Rappr. la thèse de d'Ambra (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ, 1994.

a – Résurgence de la juridiction gracieuse

419. Élément marginalisé mais néanmoins essentiel des représentations doctrinales de la fonction de juger au XIX^e^ et au XX^e^ siècles[1], la juridiction gracieuse connaît un essor certain depuis une quarantaine d'années. Bénéficiant de la multiplication des hypothèses de recours au juge dans des situations non contentieuses[2], la matière gracieuse conçue comme « figure procédurale générique »[3] a été consacrée par le nouveau Code de procédure civile[4]. Cette catégorie juridique pluriséculaire est désormais réglementée de manière très détaillée par de nombreuses dispositions légales qui en font la théorie générale (art. 25 à 29) et en déterminent les applications particulières.

420. Articulé à la nouvelle procédure civile, l'office gracieux du juge a été redéfini par le code en son article 25. Celui-ci vise l'ensemble des hypothèses légales autorisant la saisine d'une juridiction « en l'absence de litige » afin de permettre l'exercice d'un contrôle judiciaire « en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant ». Ces situations sont soumises à un régime d'exception qui n'exclut pas l'application des principes directeurs du procès, mais y déroge sur certains points en renforçant les pouvoirs du magistrat. L'initiative de la procédure gracieuse reste certes acquise aux parties, mais sa conduite leur échappe[5] au profit d'un juge qui « règne en souverain »[6] de l'instruction de l'affaire à sa conclusion : disposant de vastes pouvoirs d'investigation (art. 27), le magistrat peut se prononcer sans débat (art. 28) sur des faits qui n'auraient pas été allégués par les demandeurs (art. 26).

421. La réglementation de l'activité gracieuse et l'examen doctrinal qui lui a fait suite[7] n'ont cependant pas permis d'en clarifier tous les aspects[8]. D'une part, en dépit de sa consécration par le nouveau Code de procédure civile[9], le caractère juridictionnel des actes rendus par le juge en l'absence de litige demeure objet de

[1] *Supra* n° 199 et s.

[2] En ce sens, v. Cornu (G.), « La refonte dans le Code civil français du droit des personnes et de la famille », *in L'art du droit en quête de sagesse*, préc., not. p. 382. V. également, du même auteur et dans le même ouvrage « La sentence en France », not. p. 181.

[3] Cornu (G.) et Foyer (J.), *op. cit.*, p. 94.

[4] Aux sources du renouvellement de la matière, on trouve d'abord un travail doctrinal de fond (v. not. le commentaire de Hébraud (P.) sur la loi du 15 juillet 1944 (précité) et les appels à la réforme de la matière lancés par Solus (H.) et Perrot (R.) au début des années 1960, *Traité de droit judiciaire privé*, préc., Tome 1, p. 466, n° 501). Il convient par ailleurs de relever l'hybridation du nouveau Code de procédure civile par les procédures gracieuses applicables en Alsace et en Moselle (sur ce point, v. Cornu (G.), « L'élaboration du Code de procédure civile », précité, p. 245 ; rappr. Parodi (C.), *op. cit.*, p. 39).

[5] Bolard (G.), « La liberté des plaideurs dans la procédure gracieuse », *D.* 1976, chron. 53.

[6] Bergel (J.-L.), « Juridiction gracieuse et matière contentieuse », *D.* 1983, chron. 168.

[7] Outre l'ouvrage de Le Ninivin (D.) consacré à *La juridiction gracieuse dans le nouveau Code de procédure civile* (préc.), v. les fascicules 115, 116 et 117 (Matière et procédure gracieuses, 1994) du *Juris-classeur de procédure civile* par Desdevises (Y.), Le Masson (J.-M.) et Le Ninivin (D.). Rappr. Bergel (J.-L.), « La juridiction gracieuse en droit français », *D.* 1983, chron. 153.

[8] Wiederkehr (G.), « L'évolution de la justice gracieuse », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, préc., p. 483.

[9] Comme le remarque Cornu (G.), l'intégration des décisions gracieuses à la fonction juridictionnelle fut l'un des objectifs déclarés des auteurs du nouveau Code de procédure civile, « L'élaboration du Code de procédure civile », précité, p. 242.

controverse pour les auteurs[1]. D'autre part, et plus fondamentalement, les contours de la matière gracieuse demeurent incertains[2]. Aux limites du noyau dur qui la constitue - principales hypothèses légales d'homologation judiciaire[3] - et de ses extensions immédiates - affaires instruites et jugées « comme en matière gracieuse » aux termes de la loi - cette catégorie juridique peine à unifier les nouvelles attributions confiées à la justice[4]. Plus encore que les incertitudes grevant la frontière du gracieux et du contentieux, celles-ci mettent à l'épreuve la pertinence de cette *summa divisio* doctrinale.

b – Multiplication des missions judiciaires

422. Instrumentalisé dans le cadre de réformes particulières, le juge est fréquemment utilisé par le législateur contemporain[5] comme un rouage voire comme un entraîneur de politiques déterminées[6]. Particulièrement sollicitée pour organiser les intérêts privés dans les situations de crise, la justice fait non plus seulement œuvre de juridiction, mais également d'administration et de police de la vie civile[7]. Certes marginale au regard de la mission traditionnelle du juge, le développement de cet office gestionnaire - indice d'un glissement « de la judicature à la magistrature »[8] - infléchit les représentations savantes de la fonction de juger.

---

[1] Contre la reconnaissance du caractère juridictionnel des décisions gracieuses, v. Bandrac (M.), « De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, préc., p. 171. Rappr. Couchez (G.), *Procédure civile*, 11e éd., Paris, Armand Colin, 2000, p. 167.

[2] Pour une présentation critique du domaine gracieux tel que défini par la loi, v. Desdevises (Y.), Le Masson (J.-M.) et Le Ninivin (D.), *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 116, 1994, n° 220 à 286.

[3] Sur l'homologation judiciaire, v. Amiel-Cosme, « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices*, 1997, n° 5, p. 135. V. également Balensi (I.), « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTDCiv*, 1978, p. 42 et p. 233. Rappr. Fardet (C.), « La notion d'homologation », *Droits*, 1999, n° 28, p. 181.

[4] V. par exemple le statut juridique encore incertain de la transaction homologuée par le président du tribunal de grande instance en vertu du nouvel article 1441-4 introduit dans le Nouveau code de procédure civile par le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998. Sur cette question, v. Desdevises (Y.), « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ? », *D.* 2000, chron. 284.

[5] Ce mouvement est clairement identifié par Perrot (R.) dès 1976 : v. not. son rapport intitulé « Le rôle du juge dans la société moderne », présenté aux entretiens de Nanterre en septembre 1976, et reproduit dans la *Gazette du Palais* du 12 février 1977, doct., not. p. 96.

[6] Ost (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », *in* Ost (F.), Van de Kerchove (M.) et Gérard (Ph.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, FUSL, 1983, not. p. 44 et s. ; du même auteur, rappr. « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », *in* Bouretz (P.), *La force du droit…*, préc., not. p. 250.

[7] Le mouvement, qui s'illustre dans d'autres pays d'Europe, est fréquement mis en lumière par la doctrine. V. par exemple Perrot (R.), « Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français », *in* Lenoble (J.), dir., *La crise du juge*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1996, not. pp. 40-41 (rappr. dans le même ouvrage, la contribution de Van Compernolle (J.), not. pp. 12-17). V. également Salas (D.), « Le juge dans la cité : nouveaux rôles, nouvelle légitimité », *Justices*, 1995, n° 2, p. 182 ; rappr. Rozès (S.), « Un profil nouveau pour les juges », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, préc., p. 437.

[8] Cyr Cambier, « Avant-propos », *in* Actes des XIe Journées d'études juridiques Jean Dabin, *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial. Approche comparative*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 20.

423. Dès 1964, la refonte du droit des personnes[1] atteste du rôle nouveau accordé par le législateur à la justice dans les affaires de famille. L'inspirateur de ces réformes ne s'en cache pas : « les nouvelles lois, moins légalistes que les anciennes, se sont davantage reposées sur l'action judiciaire pour assurer leur propre fonctionnement »[2]. Et le juge civil de se faire acteur de la vie familiale « en tous domaine extra-patrimonial ou patrimonial, contentieux ou non contentieux »[3], et d'occuper une fonction motrice en matière de tutelle, de divorce, de changement de régime matrimonial ou encore d'adoption. La doctrine prend acte et enregistre, parfois de manière critique, ces transformations. Elle analyse le pluralisme des nouvelles attributions judiciaires[4] et approfondit les évolutions organiques qui en sont le vecteur[5]. Mais sur cet objet de recherche que constitue la justice de la famille, la dogmatique juridique ne travaille pas seule : elle s'articule désormais à des recherches sociologiques permettant de mieux saisir la nature des évolutions en cours[6].

424. Semblable croisement des savoirs entre le droit et les sciences sociales se développe également pour rendre compte du développement du rôle du juge dans la régulation de l'ordre marchand[7]. Cette hybridation disciplinaire s'impose pour mieux saisir comment les juridictions judiciaires s'acquittent des missions toujours plus nombreuses qui leur ont été confiées sous le coup des bouleversements suscités par la crise économique[8]. De la défense des consommateurs[1] à la protection des ménages

[1] Sur cette transformation, v. l'article précité de Cornu (G.), « La refonte dans le Code civil français du droit des personnes et de la famille ». V. également la synthèse de Halpérin (J.-L.), *Histoire du droit privé…*, préc., pp. 299-323 ; et pour le point de vue de l'observateur participant, Carbonnier (J.), *Essais sur les loi*, préc., toute la première partie.

[2] Carbonnier (J.), « A chacun sa famille, à chacun son droit », dans les *Essais sur les lois*, préc., p. 181.

[3] Labrusse-Riou (C.), « Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille », *in Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 169.

[4] V. par exemple Garapon (A.), « Rapport français », *in* Travaux de l'association Capitant - Tome 39, *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, Paris, Economica, 1988, p. 708.

[5] V. par ex. Cadiet (L.), « Les métamorphoses de la juridiction familiale », *in Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Paris, Economica, 1995 ; Watine-Drouin (C.), « Du juge aux affaires matrimoniales au juge aux affaires familiales », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, préc., p. 557.

[6] Exemplaire de cette fertilisation réciproque du droit et des sciences sociales : l'ouvrage collectif dirigé par Meulders-Klein (M.T.), *Familles & Justice*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1997. S'y croisent les regards juridique (not. Cadiet (L.), « A la recherche du juge de la famille », p. 236) et sociologique (v. entre autre l'analyse des politiques publiques de Commaille (J.), « La justice familiale comme problème politique », p. 69, et l'analyse des transformations du lien familial à travers le prisme judiciaire par Théry (I.), « Droit, justice et "demande des familles". Réflexions sur un objet introuvable », p. 13).

[7] Sur le thème des magistratures économiques, semblable rapprochement a surtout été le fruit de revues juridiques. V. notamment la *RIDE*, 1997, n° 2 et n° 3, et tout particulièrement dans ce dernier numéro, l'article de Rivier (M.-C.), « Le procès judiciaire », p. 263. Rappr. le premier numéro de la revue *Justices* (janv.-juin 1995) consacré au thème « Justice et économie ». Sur la collaboration scientifique entre économistes et juristes, v. Serbat (H.) et Alexandre-Caselli (C.), « De l'incompréhension réductible entre recherche juridique et sciences économiques », *in Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris, Litec, 1997, p. 83.

[8] Les multiples incidences de la crise économique sur le système juridique en général, et sur la justice en particulier, sont mises en lumière dans l'ouvrage collectif intitulé *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, 5e journées René Savatier, Poitiers, 5 et 6 octobre 1995, Paris, PUF, 1997.

surendettés[2], de la police des relations professionnelles[3] à la régulation du marché du travail[4], du sauvetage des entreprises défaillantes[5] à la sauvegarde de l'ordre concurrentiel[6] sans oublier le contrôle des marchés boursiers[7], l'emprise de la justice sur les relations économiques s'est considérablement renforcée en quelques années[8]. Relevant tour à tour de l'administration, de la réglementation et de la juridiction, ces nouvelles fonctions se caractérisent par leur fort éparpillement organique et par la diversification des prérogatives judiciaires qui les accompagnent.

2 – NOUVEAUX POUVOIRS

425. Mis en adéquation avec l'évolution de ses missions, les pouvoirs du juge civil ont sensiblement évolué ces dernières années. Certaines de ses prérogatives, jusqu'alors marginales, ont été renforcées par la loi et systématisées par la doctrine. Affectant la définition même de l'office du juge, ces transformations se donnent à voir dans l'extension des formes revêtues par son *imperium* (1) et dans un dégradé des figures de sa *jurisdictio* (2).

---

[1] V. par ex. dès le milieu des années 1970, Cornu (G.), « La protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français », *in* Travaux de l'association Henri Capitant - Tome 24, *La protection des consommateurs*, Paris, Dalloz, 1975, p. 131. Plus récemment, v. Ghestin (J.), dir., *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe - Actes de la table ronde du 12 décembre 1990*, Paris, LGDJ, 1991.

[2] Paisant (G.), « La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », *RTDCom*, 1998, p. 743. Dans la même revue, en 2001, rappr. Neuville (S.), « Le traitement *planifié* du surendettement. Réflexions sur la conciliation et la médiation, l'abdication et la transaction, les matières gracieuse et contentieuse », p. 31.

[3] Voir l'article de Waquet (Ph.), « Le juge et l'entreprise », *Dr. soc.*, 1996, p. 472 ; et quelques années plus tard, la contribution au titre similaire signée Lyon-Caen (G.) et publiée dans les actes du colloque du 27 novembre 1998 organisé par la Cour de cassation à l'occasion du *Soixantième anniversaire de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 2000, p. 89.

[4] Sur ce thème, v. les diverses contributions réunies dans l'ouvrage collectif dirigé par Kerbourc'h (J.-Y.), Willmann (C.), Beauloin-Bellet (R.) et Méda (D.), *Le salarié, l'entreprise, le juge et l'emploi*, Paris, La documentation française, 2001. V. également Thiébault (H.), « L'employeur et le juge », *Dr. soc.*, 1997, p. 133 ; rappr. Morvan (P.), « Le contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique prononcés au cours d'une procédure collective », *Dr. soc.*, 1998, p. 442.

[5] De manière générale, v. sous la direction de Frison-Roche (M.-A.), *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Paris, Dalloz, 1995, et notamment la contribution de Chaput (Y.), « L'office du juge dans le traitement précoce des difficultés », p. 93. Pour un regard pessimiste sur les politiques menées par le législateur, v. Percerou (R.), « Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté. Mythe ou possibilité réelle ? », *in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, p. 507.

[6] Pirovano (A.), « Justice étatique, support de l'activité économique. Un exemple : la régulation de l'ordre concurrentiel », *Justices*, 1995, n° 1, p. 15.,

[7] V. Martin (D.) et Amiel-Morabia (S.), « L'extension du contrôle juridictionnel des marchés », *RTDCom*, 1996, p. 31. Rappr. Canivet (G.), « Le juge et l'autorité de marché », *Rev. jur. com.*, 1992, n° 5, p. 185.

[8] Pour une perspective générale sur la matière, V. Bézard (P.), « Le nouveau visage du juge économique et financier », *in Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain Sayag*, préc., p. 147. V. également Champaud (C.), « L'idée d'une magistrature économique », *Justices*, 1995, n° 1, p. 61. Comp. Drai (P.), « Le monde des affaires et ses juges », *Rev. jur. com.*, 1990, p. 329. Rappr., pour une vue d'ensemble du sujet, la thèse de Lecourt (A.), *Le juge et l'économie*, Pau, 2001.

***a – Formes étendues de l'*imperium**

426. Dans sa plus large acception, la notion d'*imperium* désigne « l'ensemble des pouvoirs qui ont leur principe dans la détention d'une fraction de puissance publique »[1]. Elle recouvre à ce titre toutes les prérogatives dont disposent les magistrats en dehors de celle qui consiste à trancher un litige de manière décisoire. L'extension des missions judiciaires, notamment de type administratif, a gonflé d'autant le domaine de cette catégorie doctrinale. En témoigne la multiplication des hypothèses de saisine d'office[2] par lesquelles, en dérogation au principe édicté à l'article premier du nouveau Code de procédure civile, l'institution judiciaire est autorisée à porter remède à des situations objectivement dangereuses en l'absence de toute demande des parties[3]. En témoignent également les attributs gestionnaires dévolus aux juges dans ces situations : en matière économique[4] comme en matière familiale[5], l'institution judiciaire n'est plus seulement organe de judication, mais également agent d'information, de coordination et d'autorisation.

427. L'extension de l'*imperium* du juge n'épargne pas le traitement du contentieux plus traditionnel. Avec l'octroi au juge de la mise en état d'un pouvoir de commandement dans l'aménagement de l'instance, l'essor des procédures dites rapides en est le signe le plus évident[6]. Toutes les juridictions connaissent désormais la technique du référé[7] qu'elles utilisent dans des domaines variés et selon des formes diverses[8]. Significative de cette évolution, la terminologie doctrinale contemporaine

[1] Cornu (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, préc., *V°* Imperium, p. 436. Sur la notion d'*imperium*, rappr. Jarrosson (Ch.), « Réflexions sur l'*imperium* », *in Études offertes à Pierre Bellet*, préc., p. 245.

[2] Sur ce thème, v. Martin (R.), « La saisine d'office du juge (essai sur sa signification) », *JCP* 1973, IV, 6316. Rappr. Normand (J.), *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 150, n° 22-27.

[3] A côté de l'hypothèse traditionnelle des procédures collectives (traitement des entreprises en difficultés), c'est dans le domaine de la magistrature des personnes que se sont multipliés les cas de saisine d'office du juge (protection des mineurs et des incapables majeurs), et à la jonction de ces deux matières (surendettement des particuliers).

[4] V. par exemple Vidal (D.), « Le juge commissaire », *in* Frison-Roche (M.-A.), dir., *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, préc., p. 61.

[5] Outre les articles consacrés à la juridiction familiale cités *supra* (n° 423), v. Gridel (J.-P.), « Regards sur le juge aux affaires familiales », *in Le droit privé français à la fin du XX^e^ siècle. Études offertes à Pierre Catala*, préc., p. 207.

[6] Sur ces procédures, v. l'ouvrage de référence de Estoup (P.), *La pratique des procédures rapides*, Paris, Litec, 1998.

[7] Sur les référés en général, v. Giverdon (C.), *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 230 à 236. Pour une vue synthétique et évolutive de cette procédure, v. Perrot (R.), « L'évolution du référé », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, préc., p. 645. Plus récemment, v. Normand (J.), « Les fonctions des référés », *in* Van Compernolle (J.) et Tarzia (G.), dir., *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 73, et du même auteur, « Le juge unique et l'urgence », *in* Bolze (C.) et Pédrot (Ph.), dir., *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, Paris, Dalloz, 1996, p. 23 ; v. également Lacabarats (A.), « Le référé », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, préc., p. 213.

[8] Pour une illustration de la bigarrure de la matière dont sont saisis les juges du référé, v. Le Foyer de Costil (H.), « Le vol d'aigle du juge des référés », *in Études offertes à Pierre Bellet*, préc., p. 341. Outre les traités et manuels qui traitent abondamment du sujet, les études particulières sur tel ou tel type de référé sont nombreuses. V. par exemple en droit du travail, Supiot (A.), « Les pouvoirs de la formation de référé », *Dr. soc.*, 1986, p. 535 ; en droit commercial, Grandjean (P.), « L'évolution du référé commercial », *Rev. jur. com.*, 1993, p. 177 ; sur le référé-provision, Couchez (G.), « Le référé-provision : mesure ou démesure ? », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz / Sirey, 1985, p. 161, sur le référé-

s'est enrichie de notions nouvelles qui permettent d'ordonner cette matière en pleine croissance en distinguant par exemple le référé-provision, le référé-expertise, le référé-expulsion, le référé-réintégration, le référé-vie privé, et ainsi de suite.

428. Toutes ces mesures ont pour point commun leur double caractère provisoire et exécutoire. Elles sont le résultat d'ordonnances susceptibles d'être modifiées en cas de circonstances nouvelles mais immédiatement applicables. La rapidité de leur mise en œuvre[1] explique que le juge de l'urgence, devenu juge de l'évidence[2], apparaisse de plus en plus comme une voie ordinaire de traitement des litiges[3]. Asséchant les différends sans les trancher, le magistrat des référés rend des décisions qui n'ont pas au principal l'autorité de la chose jugée. Mais s'il fait œuvre de police plus que de justice, il résout souvent définitivement les conflits. Abondamment commenté par la doctrine qui y décèle le signe d'un nouveau rapport au temps dans la procédure[4] et l'exigence « d'une efficacité plus contraignante »[5], le développement de la compétence judiciaire au provisoire[6] est justement relié par certains auteurs aux transformations que connaît le pouvoir de *jurisdictio*[7].

b – Figures dégradées de la jurisdictio

429. S'opposant fonctionnellement à l'*imperium*, la notion de *jurisdictio* est conçue par la doctrine comme la prérogative consistant à « trancher le litige par application du droit »[8]. Les représentations théoriques de cette mission spécifiquement judiciaire font l'objet, à l'instar des autres pouvoirs du juge, de sensibles évolutions depuis la promulgation du nouveau Code de procédure civile. Les rédacteurs du nouveau code se sont faits fort, il est vrai, de proposer des alternatives à la performance traditionnelle du magistrat en charge de trancher une situation litigieuse[9]. Ils ont ouvert la voie à « un certain retrait de la *jurisdictio* dans l'acte juridictionnel »[10] en offrant aux plaideurs la possibilité, sous certaines

expertise, Foulon (M.), « Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du nouveau Code de procédure civile », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, préc., p. 311.

[1] L'impératif de rapidité propre aux mesures provisoire s'exprime dans l'accessibilité du juge, dans la simplicité de la prise de décision et dans l'instantanéité de la décision. Sur ce thème, v. Wiederkehr (G.), « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *RIDC*, 1998, p. 449.

[2] Sur cet aspect du référé, v. Rondeau-Rivier (M.-C.), « L'évidence et la notion de contestation sérieuse devant le juge des référés », *Gaz. Pal.*, 13 juil. 1991, doct., p. 355.

[3] Tendler (R.), « Le juge des référés, une "procédure ordinaire" ? », *D.* 1991, chron. 139.

[4] Sur ce point v. l'ouvrage collectif dirigé par Coulon (J.-M.) et Frison-Roche (M.-A.), *Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996 ; notamment les contributions de ces deux auteurs.

[5] L'expression est de Perrot (R.), « Du "provisoire" au "définitif" », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, préc., p. 450.

[6] De manière plus générale sur la question du provisoire, v. Lorvellec (L.), « Remarques sur le provisoire en droit privé », *in Études dédiées à Alex Weill*, Paris, Dalloz / Litec, 1983, p. 385.

[7] Burgelin (J.F.), Coulon (J.-M.), Frison-Roche (M.-A.), « Le juge des référés au regard des principes procéduraux », *D.* 1995, chron. 67.

[8] Cornu (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, préc., *V°* Jurisdictio, p. 495.

[9] Cornu (G.), « La codification », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, préc., p. 23.

[10] Moury (J.), « De quelques aspects de l'évolution de la *jurisdictio* (en droit judiciaire privé) », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, préc., p. 299.

conditions, de se faire juger dans un cadre normatif restrictivement délimité par elles. Ainsi, en vertu de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, les parties ont le pouvoir de lier le juge « par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat »[1]. Elles peuvent également lui conférer mission de statuer en amiable compositeur, non plus selon les termes du droit mais selon sa conception de l'équité[2].

430. La doctrine rapproche à juste titre ces aménagements d'un mouvement plus général de valorisation des arrangements amiables à l'intérieur même de l'instance[3]. En perte de vitesse jusque dans les années 1970, la justice conciliationnelle[4] fait depuis l'objet de soins particuliers de la part du législateur[5]. Ainsi l'article 21 du nouveau Code de procédure civile, en deçà des régimes spécifiques relatifs à tel ou tel type de contentieux[6], consacre en des termes généraux la mission conciliatrice de l'institution judiciaire. Ce principe directeur du procès se décline de multiples manières selon que la conciliation est directement mise en œuvre par le juge, ou au contraire déléguée par lui à une tierce personne[7].

431. Cette « justice douce imposée par l'État »[8] se situe aux confins de l'activité juridictionnelle, mais son développement affecte en profondeur les représentations

[1] Miguet (J.), « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (Article 12 al. 4 du nouveau Code de procédure civile) », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, préc., p. 567.

[2] En dépit de l'échec apparent de l'amiable composition - communément qualifiée d'arbitrage judiciaire - de nombreuses études sont consacrées à la question. V. notamment Hébraud (P.), « Observations sur l'arbitrage judiciaire (Article 12 al. 5 du nouveau Code de procédure civile) », *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, préc., p. 635 ; Fouchard (Ph.), « L'arbitrage judiciaire », *in Études offertes à Pierre Bellet*, préc., p. 167. V. également les diverses contributions proposées lors du XIe colloque des IEJ, *Rev. arb.* 1980, not. les rapports de Cornu (p. 373) et de Bellet (p. 394) tous deux intitulés « Le juge-arbitre ».

[3] Sur le statut juridique incertain de l'amiable dans le cadre du procès, v. Viennois (J.-P.), « L'amiable », *RGDP*, 1999, n° 4, p. 471 ; et sur l'amiable dans ses différentes manifestations, v. Cadiet (L.), « Petit glossaire de l'amitié dans le procès civil », *in Mélanges offerts à Pierre Couvrat. La sanction du droit*, Paris, PUF, 2001, p. 3.

[4] Sur la notion de justice conciliationnelle, v. Kitamura (I.), « L'avenir de la "justice conciliationnelle" », *in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, préc., p. 801.

[5] Pour une synthèse historique claire et détaillée de l'état du droit en matière de conciliation et de médiation judiciaire, v. Couvrat (P.) et Giudicelli-Delage (G.), *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 160, 1997. Rappr. Desdevises (Y.), « Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile », *D.* 1981, chron. 241. V. également Bollard (G.), « De la déception à l'espoir : la conciliation », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, préc., p. 47.

[6] La conciliation judiciaire est susceptible de prendre des formes extrêmement variées selon qu'elle précède l'instance contentieuse ou qu'elle s'y intègre, selon qu'elle relève d'une procédure individuelle ou collective, selon la juridiction devant laquelle elle se déroule, et bien sûr selon le type de litige qu'elle a vocation à résoudre. Pour une vue synthétique de la matière, v. Cadiet (L.), *Droit judiciaire privé*, préc., not. p. 396 et s. ; pour une lecture plus analytique de cette diversité, rappr. Guinchard (S.), dir., *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, 2002, p. 623 et s.

[7] Doivent ici être distinguées la désignation d'un médiateur, prévue par les articles 131-1 et s. du nouveau Code de procédure civile, et celle d'un conciliateur, prévue par les articles 832-1 et s. du même code. Plus particulièrement sur la médiation judiciaire, procédure élaborée par la jurisprudence avant d'être consacrée par une loi du 8 février 1995, v. Drai (P.), « Libre propos sur la médiation judiciaire », *in Études offertes à Pierre Bellet*, préc., p. 123 ; et plus récemment Pluyette (G.), « La médiation judiciaire », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, préc., p. 463.

[8] Guinchard (S.), « L'évitement du juge civil », *in* Clam (J.) et Martin (G.), dir., *Les transformations de la régulation juridique*, préc., p. 223.

savantes de la fonction judiciaire[1]. Dans un contexte d'engouement tant législatif que doctrinal pour les modes alternatifs de règlement des litiges[2], on assiste au décloisonnement théorique du champ du contrat et de celui du procès[3]. L'hybridation de ces deux institutions ouvre la voie à une nouvelle conception de l'office du juge susceptible de multiples expressions, « depuis le jugement contentieux le plus pur (…) jusqu'au simple *exequatur* de la convention des parties en passant par les figures intermédiaires du jugement d'expédient, du jugement rendu selon l'équité (…), du jugement gracieux homologuant la convention des parties ou du banal donné-acte de leur accord sur la solution des litiges »[4]. Pareil dégradé des formes de résolution judiciaire des litiges laisse diagnostiquer une tendance à la contractualisation de la justice[5] ; il illustre également la multiplication des sources normatives auxquelles le juge est désormais confronté.

§ 2. LA RESOLUTION JUDICIAIRE DU PLURALISME NORMATIF

432. Peu compatible avec le rôle central dévolu à la loi dans la doctrine depuis la Révolution, l'hypothèse du pluralisme juridique fragilise un dogme essentiel des représentations savantes. L'idée d'une coexistence - plus ou moins coordonnée - entre multiples systèmes juridiques gagne pourtant du terrain, dépassant l'auditoire restreint des anthropologues[6] pour intégrer jusqu'aux ouvrages d'introduction au droit[7]. Pareille évolution - interprétée par certains comme révélateur d'un déclin du droit - s'explique au regard du foisonnement et de la diversité des règles auxquelles

[1] Ruellan (F.), « Les modes alternatifs de résolution des conflits : pour une justice plurielle dans le respect du droit », *JCP* 1999, I, 135.

[2] Significatif de l'intérêt porté par les juristes au développement des modes alternatifs de règlement des litiges, les revues juridiques leur réservent une place de plus en plus importante, non seulement au travers de très nombreux articles mais également de rubriques régulières et de dossier spéciaux. A titre d'exemples, v. les numéros que leur ont récemment consacré, dans des perspectives à chaque fois différentes, la *RIDC* (1997-2), la revue *Droit et patrimoine* (n° 77-décembre 1999), et la *Gazette du Palais* (4-6 octobre 1998). Pour une étude approfondie de ce phénomène d'expansion éditoriale, v. Rivier (M.-C.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits. Un objet nouveau dans le discours des juristes français ?*, Paris, GIP - Mission de recherche droit et justice, 2001.

[3] Cadiet (L.), « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », *in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éd. Frison-Roche, 1999, p. 39.

[4] *Ibid.*

[5] Sur cette problématique, outre l'article précité de Cadiet (L.), v. du même auteur : « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », *in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, préc., p. 123 ; et plus récemment « Une justice contractuelle, l'autre », *in Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 177. Toujours du même auteur, rappr. les développements consacrés à la contractualisation de la justice dans *Découvrir la justice*, Paris, Dalloz, 1997, p. 65 et s. Enfin, il faut se reporter à l'ouvrage collectif dirigé par Ancel (P.) et Rivier (M.-C.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Economica, 2001, et notamment aux contributions de Cadiet (L.), Coulon (J.M.) et Normand (J.).

[6] « Pluralisme juridique (théorie anthropologique) » par Rouland (N.) dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., p. 449. Rappr. les contributions sur ce thème réunies dans la *RRJ*, 1993, p. 565.

[7] Terré (F.), *Introduction générale au droit*, préc., n° 149 ; v. également Malaurie (Ph.) et Aynès (L.), *Cours de droit civil. Tome 1 - Introduction à l'étude du droit*, Paris, Cujas, 1994, p. 174.

la justice étatique est désormais soumise. Renforçant les effets d'une inflation législative sans précédent, le surgissement de nouvelles sources normatives élève le juge au rang d'arbitre des conflits entre règles de droit (A) et le développement de standards éthiques et scientifiques font de lui le médiateur de normes à la juridicité parfois douteuse (B).

A. ARBITRAGE JUDICIAIRE ENTRE LES NORMES JURIDIQUES

> « Du sommet à la base de la pyramide tendent à s'infiltrer des normes dont la formation échappe, en tout ou partie, à la médiation étatique, remettant en cause le postulat du positivisme légaliste (…). »
>
> Pascal Puig, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, p. 758.

433. L'attention portée à la thèse pluraliste va de pair avec, d'une part, la classification des sources de droit officiellement consacrées par les juridictions et, d'autre part, l'élaboration de principes de résolution des conflits de normes. Dans ce dessein, la doctrine réexploite la thématique de la hiérarchie des normes. Cette réflexion renouvelée sur l'ordonnancement des sources normatives se nourrit notamment du constat que le juge étatique est en première ligne pour appliquer les règles, supra-législatives (1) et para-législatives (2), qui prétendent toujours plus nombreuses à la validité.

1 – NORMES SUPRA-LEGISLATIVES

434. C'est par le haut de la pyramide que l'éclatement des sources juridiques s'est d'abord fait sentir. Les juridictions judiciaires se sont vues reconnaître le pouvoir d'invoquer, à côté du texte légal et parfois contre lui, des règles dotées d'une valeur supérieure. Ainsi, la loi mise en œuvre par le juge est-elle désormais assujettie au respect du bloc de constitutionnalité (a) et confrontée à la concurrence de multiples normes internationales, notamment européennes (b).

a – Sources constitutionnelles

435. Notion en survivance dans la science du droit pendant la première partie du XX^{e} siècle[1], la Constitution - entendue comme *corpus* normatif - connaît à partir des années 1970 une véritable renaissance. Le Conseil constitutionnel est l'outil de ce renouveau par sa jurisprudence foisonnante élaborée à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des lois qui lui sont déférées. Abondamment commentées[2], les

[1] Burdeau (G.), « Une survivance : la notion de Constitution », *in Études offertes à Achille Mestre. L'évolution du droit public*, Paris, Sirey, 1965, p. 53.

[2] La jurisprudence constitutionnelle bénéficie d'une large reconnaissance dans le champ doctrinal avec la naissance de rubriques spécialisées dans les revues de droit public et la publication, sous la direction de Favoreu (L.) et Philip (L.), des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* (11^{e} éd., Paris, Dalloz, 2001).

décisions du Conseil conduisent une partie de la doctrine publiciste à constater « l'accumulation » de normes à valeur constitutionnelle « imprégnant » peu à peu l'ordre juridique dans son ensemble, et ses diverses branches prises isolément[1]. N'épargnant pas le droit privé[2], cette hypothèse a d'évidentes répercussions sur les représentations doctrinales de la fonction de juger. Elle confère notamment une actualité brûlante à la question, jusqu'alors marginale[3], de l'application des normes constitutionnelles par les juridictions de l'ordre judiciaire.

436. Les arrêts de la Cour de cassation ont été scrutés à l'aune de cette problématique, et les résultats de l'analyse attestent de l'influence des normes constitutionnelles sur la jurisprudence judiciaire. Certes, l'application directe de la Constitution en vue de trancher un litige est rare[4] et les juges du droit - traditionnelles sentinelles de la loi - refusent fermement d'apprécier la conformité de l'une à l'autre en se prévalant de la théorie de l'écran législatif. Mais, par le biais de diverses techniques de substitution - comme l'élaboration de principes généraux[5], le recours au contrôle de conventionnalité[6] ou l'interprétation constitutionnelle de la loi[7] - la Cour de cassation contrôle « en douce » la constitutionnalité du texte législatif[8]. En l'absence de réception formelle de la jurisprudence constitutionnelle par les juridictions judiciaires, celles-ci disposent des moyens d'accueillir la doctrine du

[1] Sur cette problématique, essentiellement portée par les travaux de Favoreu (L.), v. entre autres, et dans l'ordre chronologique : « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », *in Itinéraires. Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 235 ; « L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles », *RFDA*, 1984, p. 174 ; « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, p. 71 ; « La constitutionnalisation du droit », *in L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 25.

[2] Frangi (M.), *Constitution et droit privé*, Aix en Provence : PUAM, Paris : Economica, 1992.

[3] La question de l'application des normes constitutionnelles par les juridictions judiciaires n'est pas inédite dans la tradition française. Sur ce point, v. Mestre (J.-L.), « La Cour de cassation et le contrôle de la constitutionnalité - Données historiques », *in La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994 organisé par la Cour de cassation et le Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle de l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Aix en Provence : PUAM, Paris : La documentation francaise, 1994, p. 35. Rappr. Mignon (M.), « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois », *D.* 1952, chron. 45.

[4] Capron (Y.), « La force de l'argument constitutionnel devant la Cour de cassation », *in* Drago (G.), François (B.) et Molfessis (N.), dir., *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 175. V. cependant les hypothèses d'application directe visées par Mathieu (B.) tant en droit civil qu'en droit du travail, « Droit constitutionnel et droit civil : "de vieilles outres pour un vin nouveau" », *RTDCiv*, 1994, p. 62.

[5] Morvan (P.), *Le principe en droit privé*, Paris, Éd. Panthéon-Assas / LGDJ, 1999, not. pp. 627-635. Comp. Béchillon (M. de), *La notion de principe général en droit privé*, Aix en Provence, PUAM, 2000. Sur les liens entre principes généraux du droit et principes constitutionnels, rappr. Oppetit (B.), « Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation », *JCP* - Édition entreprise, Cahiers de droit de l'entreprise, n° 12, 1989, not. p. 6 ; et plus récemment Sargos (P.), « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *JCP* 2001, I, 306.

[6] V. *infra* n° 439.

[7] Jéol (M.), « La Cour de cassation et le contrôle de la constitutionnalité - Les techniques de substitution », *in* Cour de cassation / Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, préc., p. 73.

[8] L'expression est du premier avocat général à la Cour de cassation Jéol (M.), *op. cit.*, p. 69.

Conseil qui, de plus en plus, devient « une source effective du droit qu'elles appliquent »[1].

437. Cette évolution est lourde d'enjeux scientifiques[2]. Elle se déroule dans les facultés de droit sur fond d'affrontement disciplinaire[3] entre les tenants d'un néo-constitutionnalisme fondé sur le comparatisme[4] et les garants de l'orthodoxie civiliste[5]. Les premiers, désireux d'asseoir définitivement leur légitimité, peinent à imposer l'idée d'un droit constitutionnel commandant l'interprétation judiciaire des règles juridiques hiérarchiquement inférieures[6]. Les privatistes opposent à cette thèse l'ancienneté de leur art qui imprime selon eux sa marque « civilisatrice » aux décisions de la juridiction constitutionnelle[7]. A l'ombre de ce débat, et alors que se pose la question d'instituer l'exception d'inconstitutionnalité devant toutes les juridictions et le renvoi de la Cour de cassation au Conseil[8], la source constitutionnelle prospère. Elle accède progressivement à une consécration judiciaire entière[9] la rapprochant du sort privilégié réservé à certaines normes internationales.

b – Sources internationales

438. Il est des hypothèses, dont l'étude relève du droit international privé, à l'occasion desquelles le juge est amené à appliquer une loi étrangère à une situation

[1] Le constat est de Poullain (B.), conseiller à la Cour de cassation et ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, *in* Cour de cassation / Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, préc., p. 282.

[2] Sur les recompositions disciplinaires occasionnées par le développement de la jurisprudence constitutionnelle, v. François (B.) : « L'influence des doctrines publiciste et privatiste. Un point de vue politiste », *in* Drago (G.), François (B.) et Molfessis (N.), dir., *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préc., p. 87.

[3] Pour une illustration topique de ce conflit, v. dans la *Revue française de droit constitutionnel* (1991) le débat entre Atias (C.) (« La civilisation du droit constitutionnel », p. 434) et Cherot (J.-Y.) (« Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel », p. 439).

[4] La *Revue internationale de droit comparé* atteste d'une intense activité comparatiste relative à la problématique de la justice constitutionnelle, les nombreux échanges internationaux en la matière asseyant la légitimité des thèses néo-constitutionnalistes. A quelques années d'intervalles, v. *RIDC* 1982, p. 242 ; *RIDC* 1988, p. 252, *RIDC* 1990, p. 1337.

[5] V. par exemple la réaction méfiante de Carbonnier (J.) à l'égard de l'activité du Conseil constitutionnel, *Droit civil. Introduction*, préc., n° 118 *in fine*. Certains publicistes « essentialistes » partagent cette position critique à l'égard des thèses néo-constitutionnalistes. V. par ex. Picard (E.), qui distingue rigoureusement la catégorie des droits fondamentaux de celle des droits constitutionnellement protégés, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° spécial « droits fondamentaux », not. pp. 20-26.

[6] En ce sens, v. Luchaire (F.), « Les fondements constitutionnels du droit civil », *RTDCiv*, 1982, p. 249.

[7] Atias (C.), *op. cit.* ; rappr. les contributions de Molfessis (N.) et de Rouhette (G.) *in* Drago (G.), François (B.) et Molfessis (N.), dir., *op. cit.*, respectivement p. 15 et p. 39.

[8] En ce sens, v. Badinter (R.), *in* Cour de cassation / Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, préc., p. 14.

[9] On a pu constater au cours de ces dernières années « un changement (…) par lequel se réalise une *constitutionnalisation formelle de la jurisprudence des tribunaux de l'ordre judiciaire* : les droits constitutionnels sont de plus en plus au fondement des arrêts et jugements rendus par les juridictions de droit privé », Molfessis (N.), *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1997, p. 531. Par ailleurs « une "ambiance" constitutionnelle s'est développée, qui favorise l'invocation des normes constitutionnelles par le juge judiciaire », p. 534.

juridique comportant un élément d'extranéité[1]. Mais le magistrat français, en contact avec des droits allogènes, a le plus souvent affaire à des règles internationales intégrées à l'ordre juridique national en vertu de l'article 55 de la Constitution. De cette disposition prévoyant que les textes internationaux « régulièrement ratifiés ou approuvés (…) ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois », la Cour de cassation a déduit la prééminence des traités sur le droit interne[2], ouvrant ainsi la porte à une reconnaissance judiciaire du pluralisme juridique international[3].

439. Figure emblématique de cette pluralité, l'Union européenne a la première permis que « dans le corps du droit national (s'insère) un corps de droit venu d'ailleurs, non point une collection de normes figées, mais un corps vivant, qui continue à produire du droit »[4]. La Cour de justice des Communautés européennes[5], actrice parmi d'autres de ce processus d'intégration juridique, a consacré l'applicabilité immédiate et la primauté du droit de l'Union sur celui des pays membres[6], reconnaissant ainsi la plénitude de compétence du juge national en matière communautaire[7]. Reprise par la Cour de cassation[8], cette jurisprudence confie aux juridictions de l'ordre judiciaire la charge de mettre en œuvre le droit communautaire, au besoin en écartant l'application de la loi nationale[9]. Le droit conventionnel issu des institutions du Conseil de l'Europe répond à une logique

[1] Sur cette question, v. Ponsard (A.), « L'office du juge et l'application du droit étranger », *Rev. crit. DIP*, 1990, p. 607 ; et plus récemment Fauvarque-Cosson (B.), « Le juge français et le droit étranger », *D.* 2000, chron. 125. Rappr., dans une perspective plus procédurale, Bolze (A.), « L'application de la loi étrangère par le juge français : le point de vue d'un processualiste », *D.* 2001, chron. 1818, et la thèse de Mélin (F.), *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil)*, Aix en Provence, PUAM, 2002.

[2] Rideau (J.), « La Cour de cassation et l'article 55 de la Constitution », *in* Cour de cassation / Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, préc., p. 227.

[3] Le doyen Carbonnier souligne le caractère paradoxal du phénomène par lequel « la Ve République, apparement née sous une inspiration de nationalisme et d'indivisibilité jacobine, a ouvert la porte, inconsciemment sans doute, par son article 55, à une reconnaissance du pluralisme juridique », *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 37.

[4] Carbonnier (J.), *op. cit.*, p. 36. Sur la responsabilité des professeurs français dans l'élaboration des fondations institutionnelles de l'Union européenne, v. Foyer (J.), « Le droit communautaire, droit de professeurs français ? », *RHFDSJ*, 1992, n° 13, p. 201.

[5] Sur cette juridiction, v. Demaret (P.), « Le juge et le jugement dans l'Europe d'aujourd'hui : la Cour de Justice des Communautés européennes », *in* Jacob (R.), dir., *Le juge et le jugement…*, préc., p. 303. L'importance de la jurisprudence de la Cour, droit complémentaire et explicatif des traités, est mise en évidence par Pescatore (P.), « Aspects judiciaires de l'"acquis communautaire" », *RTDEur*, 1981, p. 617.

[6] Sur ces principes essentiels du droit communautaire, v. les rubriques de Isaac (G.), dans le *Répertoire de droit communautaire Dalloz*, « Effet direct du droit communautaire » et « Primauté du droit communautaire », 1997.

[7] Barav (A.), « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », *in L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 1. Rappr. Huglo (J.-G.), « L'application du droit communautaire par le juge national », *Gaz. Pal.*, 10 juin 1997, doct. p. 844.

[8] V. not. la décision rendue en chambre mixte par la Cour de cassation le 24 mai 1975, et les conclusions du Procureur général Touffait, *D.* 1975, jur. 497. Plus généralement, v. Le Tallec (G.), « La Cour de cassation et le droit communautaire », *in L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, préc., p. 363.

[9] Sur ce thème, v. Dubos (O.), *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, not. pp. 29-72.

similaire : la Convention européenne des droits de l'homme enrichie de l'interprétation de la Cour de Strasbourg s'impose théoriquement au juge français, nonobstant tout obstacle interne de type législatif ou administratif[1].

440. Le développement et l'entrelacement[2] de ces ordres normatifs supranationaux nourrissent une réflexion savante, irriguée par l'histoire[3], qui porte sur la fédéralisation des systèmes juridiques et la renaissance d'un droit commun transnational[4]. Ces questionnements doctrinaux sont souvent discrets sur la transformation des pouvoirs dévolus aux juridictions nationales du fait de la construction européenne[5] ; ils n'en demeurent pas moins indissociables de cette problématique. C'est en effet par le biais d'une revalorisation fondamentale de l'office du juge que le droit communautaire[6], comme le droit conventionnel[7], s'implante dans l'ordre national. Très tôt formulé[8], ce constat prend un relief particulier à mesure que le droit des deux Europes s'étend à l'ensemble du droit privé et déborde, pour le premier, la sphère de l'économie[9] et, pour le second, celle des

[1] De l'abondante production doctrinale consacrée à ce thème, v. par exemple Estoup (P.), « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français », *Gaz. Pal.*, 8 février 1990, doct. p. 110 ; Cohen-Jonathan (G.), « La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français », *in* Sudre (F.), *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme (1974-1992)*, Kehl / Strasbourg / Airlington, Ed. Engel, 1994, p. 1 ; ou plus récemment, plusieurs contributions des *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1998.

[2] Sur les modalités de cet entrelacement, v. Jacqué (J.-P.), « Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme », *in L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, préc., p. 325. Rappr. Cohen-Jonathan (G.), « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *in Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 3.

[3] Comp. Gaudemet (J.), « Du *ius commune* au droit communautaire », *in* Université Panthéon-Assas (Paris II), *Clés pour le siècle*, préc., p. 1011 ; et Renoux-Zagamé (M.-F.), « Le droit commun européen entre histoire et raisons », *Droits*, 1991, n° 14, p. 27.

[4] V. par exemple Beaud (O.), « Ouverture : l'Europe entre droit commun et droit communautaire », en introduction au numéro 14 de la revue *Droits* précitée ; Oppetit (B.), « Droit commun et droit européen », *in L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, p. 311 ; ou encore Gridel (J.-P.), « Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen », *D.* 1999, chron. 139. Rappr. les travaux de Arnaud (A.J.), *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991 ; et Delmas-Marty (M.), *Pour un droit commun*, précité. Du même auteur, v. également « L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation », *D.* 2000, chron. 421.

[5] Sur certains aspects de cette problématique, v. not. les n° 6 (avril-juin 1997) et 7 (juillet-septembre 1997) de la revue *Justices*.

[6] Canivet (G.), « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et Société*, 1992, n° 20-21, p. 133. Rappr. Grevisse (F.) et Bonichot (J.-C.), « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres », *in L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, préc., p. 297.

[7] Gouttes (R. de), « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge ? », *in* Sudre (F.), *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme (1974-1992)*, préc., not. p. 50. V. également Sudre (F.), « L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *in Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 821.

[8] V. par ex. le long article de Devolve (J.-L.), « Le Pouvoir judiciaire et le Traité de Rome ou la diplomatie des juges », *JCP* 1968, I, 2184.

[9] V. entre autres, Berr (J.), « L'influence de la construction européenne sur l'évolution contemporaine du droit privé », *in Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, p. 1 ; Putman (E.), « L'incidence du droit communautaire en droit privé français », *RRJ*, 1997, p. 435 ; Idot (L.), « Les bases communautaires d'un droit privé européen (traité de Maastricht et traité de Rome) », *in* Vareilles-

libertés publiques[1]. Pareil européanisation des règles applicables par les juridictions judiciaires n'épuise cependant pas le phénomène - plus général - d'éclatement des sources du droit, qui concerne également les normes nationales.

2 – NORMES PARA-LEGISLATIVES

441. Règne d'inflation juridique[2], la V^e^ République a vu se multiplier à côté de la loi, et parfois dans son sillage, des sources juridiques dont certaines sont radicalement étrangères aux catégories doctrinales traditionnelles. Dotés d'une autorité variable, ces nouveaux foyers de normativité influent tous, à un degré ou à un autre, sur l'activité du juge judiciaire, qu'ils relèvent des pouvoirs publics (a) ou qu'ils émanent des acteurs sociaux (b).

a – Sources publiques

442. En élevant le pouvoir exécutif au rang de législateur de droit commun dans les matières non soumises au Parlement[3], la Constitution de 1958 a puissamment contribué à l'essor du pouvoir réglementaire. Interprétée par certains commentateurs de l'époque comme l'indice d'une « décadence de la loi »[4], cette promotion du décret a favorisé l'émergence d'un droit bureaucratique dont l'abondance et la spécialisation sont souvent dénoncées[5]. Mais de la spécificité matérielle et formelle du droit réglementaire ne résulte aucune singularité sur le plan judiciaire : saisi d'un litige, le juge applique les règlements autonomes, les décrets d'application et les arrêtés ministériels au même titre et de la même manière que la loi.

443. Il n'en va pas de même pour l'essentiel des sources administratives du droit privé. Cet ensemble bigarré de textes d'origines diverses s'est jusqu'à maintenant peu

---

Sommières (P. de), dir., *Le droit privé européen*, Paris, Economica, 1998, p. 22 ; ou encore les contributions de Huet (J.) et de Jourdain (P.), *in* Journées nationales de l'association Capitant - Tome 1/Lille - 1996, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Paris, LGDJ, 1997.

[1] Une perspective théorique sur le sujet est proposée par Spielman (D.), *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1995 ; rappr. Fontbressin (P. de), « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations », *in Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1995, p. 157. Plus prosaiquement, sur les effets de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit privé français, v. Marguénaud (J.-P.), dir., *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Paris, La documentation française, 2001 ; ainsi que la récente thèse d'Anne Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, 2002. Rappr. Malaurie (Ph.), « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », *JCP* 2002, I, 143.

[2] Pour une vue statistique de la matière, v. Béguin (J.), « Peut-on remédier à la complexité croissante du Droit ? », *in Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, préc., not. pp. 2-6. Sur l'inflation juridique dans sa dimension législative, v. Savatier (R.), « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977, chron. 43. Rappr. Carbonnier (J.), « L'inflation des lois », *in Essais sur les lois*, préc., p. 308.

[3] Sur ce point abondamment commenté par les commentateurs de la Constitution lors de sa promulgation, v. par exemple Hamon (L.), « Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », *D.* 1960, chron. 253.

[4] Durand (P.), « La décadence de la loi dans la Constitution de la V^e^ République », *JCP* 1972, I, 1470.

[5] Sur « l'invasion du droit bureaucratique », v. Carbonnier (J.), *Droit et passion du droit…*, préc., p. 30.

prêté à la systématisation doctrinale[1]. Les auteurs s'accordent néanmoins pour constater le développement de cette forme juridique nouvelle et son influence croissante sur l'activité judiciaire[2]. Se côtoient, dans cette catégorie aux contours incertains, des actes aussi variés que les réponses ministérielles aux questions parlementaires[3], les circulaires produites par les administrations centrales[4] et les règlements, recommandations et communiqués[5] élaborés par les autorités administratives indépendantes[6]. A quelques exceptions près, l'essentiel de ce magma normatif[7] ne comporte aucun caractère contraignant pour le juge. Mais si ce dernier n'est pas *de jure* lié par ces multiples textes, il subit *de facto* leur influence dans les domaines qu'ils quadrillent.

444. C'est vrai des hypothèses de plus en plus nombreuses à l'occasion desquelles les juridictions judiciaires statuent comme juge administratif[8]. Cela se vérifie également dans les contentieux plus traditionnels où le poids des avis officiels va croissant[9]. Signe selon certains d'une « résurgence du rescrit »[1], de

[1] V. néanmoins dès 1974, Carbonnier (J.), « Le droit administratif du droit civil », *RHDFE*, 1974, p. 758. Rappr. Gridel (J.-P.) sur la thèse de Olivier (J.-M.), « Les sources administratives du droit privé », *RRJ*, 1984, p. 321 ; et plus récemment, de ce dernier auteur, « Les sources administratives du droit des obligations », *in* Journées nationales de l'association Capitant - Tome 1/Lille - 1996, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, préc., p. 107.

[2] V. pour une illustration particulière de ce phénomène Dekeuwer-Defossez (F.), « Le droit de la filiation à l'épreuve des pratiques administratives et judiciaires », *D.* 1986, chron. 305.

[3] Oppetit (B.), « Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois », *D.* 1974, chron. 107, rééd. *in Droit et modernité*, préc., p. 138.

[4] Gaudemet (Y.), « Remarques à propos des circulaires administratives », *in Mélanges en l'honneur de Michel Stassinopoulos*, préc., p. 559. Rappr. le commentaire de Civ., sect. com., 23 oct. 1950 dans les *Grands arrêts de la jurisprudence civile* sous la direction de Terré (F.) et Lequette (Y.), *précité.*

[5] V. par exemple Daigre (J.-J.), « Une nouvelle source du droit, le communiqué ? A propos d'un communiqué de la COB du 4 mai 1999 », *JCP* - Édition entreprise et affaires, 1999, Act., 1261.

[6] V. not. Godet (R.), « La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun : l'exemple des autorités de marché », *RFDA*, 2002, p. 957. Sur les autorités administratives et leur pouvoir normatif, la bibliographie est abondante. V. par exemple Gentot (M.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Montchrestien, 1991 ainsi que Colliard (C.-A.) et Timsit (G.), dir., *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, PUF, 1988, not. la contribution de Hubac (S.) et Pisier (E.), « Les autorités face aux pouvoirs », spéc. pp. 126-127. Rappr. Sabourin (P.), « Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle », *AJDA*, 1983, p. 275 ; Chevallier (J.), « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP* 1986, I, 3254 ; Autin (J.-L.), « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *RDP*, 1988, p. 1214.

[7] Jestaz (Ph.), « Rapport de synthèse », *in* Journées nationales de l'association Capitant - Tome 1/Lille - 1996, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, préc., p. 187.

[8] V. par exemple Delvolvé (P.), « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *in Études offertes à Jean-Marie Auby*, préc., p. 47. Rappr. Cadiet (L.), « Les marchés publics devant le juge civil », *RFDA*, 1993, p. 184, et Decoopman (N.), « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », *in* CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, p. 211. Comp. Drago (R.), « Le juge judiciaire, juge administratif », *RFDA*, 1990, p. 757. Rappr. Van Lang (A.), *Juge judiciaire et droit administratif*, Paris, LGDJ, 1996.

[9] Illustration parmi d'autres de ce phénomène, la Commission des clauses abusives est à l'origine de textes généraux et de décisions ponctuelles qui jouent un rôle important dans l'élaboration du droit de la consommation appliqué par le juge. Cet organisme n'a pourtant de pouvoir que consultatif. Sur l'activité de la Commission, v. Leveneur (L.), « La commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations », *in* Journées nationales de l'association Capitant - Tome 1/Lille - 1996, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, préc., p. 154.

nombreux organes étatiques sont désormais sollicités pour formuler une opinion juridique à l'occasion d'une procédure juridictionnelle avant toute décision au fond[2]. Ce droit technocratique, doté le plus souvent d'une simple autorité persuasive[3], bouscule les catégories doctrinales classiques[4]. Son développement participe d'un mouvement plus général qui voit l'institution judiciaire consacrer, à côté de ces modes souples d'administration publique des conduites, de nouvelles techniques de direction des activités humaines relevant, non plus de l'État, mais des acteurs privés[5].

b – Sources privées

445. Tout juste tolérée au XIX[e] siècle à l'ombre de la loi[6], puis éclipsée par la jurisprudence[7], la coutume est restée - en dépit d'un désintérêt croissant de la doctrine à son égard[8] - la figure emblématique du droit secrété par la société. Depuis quelques années, ce mode d'élaboration des règles juridiques fait l'objet d'un regain d'intérêt sous les traits - à peine renouvelés - du « droit spontané »[9]. Cet ensemble de « règles (…) nées directement du comportement des intéressés pour répondre à leurs besoins, en l'absence de toute volonté normative »[10] passe sans difficulté l'épreuve de la sanction judiciaire[11]. Même en l'absence de renvoi légal ou conventionnel, les tribunaux étatiques reconnaissent l'autorité de ces normes, notamment en droit commercial[12] et en droit social[13]. Produit d'une transmutation du fait en droit

[1] Oppetit (B.), « La résurgence du rescrit », *D.* 1991, chron. 105, rééd. *in Droit et modernité*, préc., p. 153.
[2] Sur cette question, v. le travail collectif dirigé par Revet (T.) et consacré à *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998. Dans cet ouvrage, v. notamment la contribution de Zenati (F.), « La portée du développement des avis », spéc. pp. 105-107 ; ainsi que le « Rapport de synthèse » de Jestaz (Ph.), spéc. p. 117.
[3] Selon le constat de Jestaz (Ph.), « Rapport de synthèse », *in* Journées nationales de l'association Capitant - Tome 1/Lille - 1996, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, préc., p. 177 et p. 182.
[4] A rebours, le développement de ces formes de régulation nourrit le constat doctrinal d'une post-modernité juridique. En ce sens, v. par exemple Chevallier (J.), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p. 659.
[5] Amselek (P.), « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, not. pp. 287-293.
[6] Poumarède (J.), « Défense et illustration de la coutume au temps de l'exégèse », *in* Journes (C.), *La coutume et la loi. Études d'un conflit*, préc., p. 95.
[7] *Supra* n° 363.
[8] Pour un état des lieux doctrinal « sur la coutume en droit privé », v. Oppetit (B.), *Droits*, 1986, n° 3, p. 39, rééd. *in Droit et modernité*, préc., p. 41. L'impressionisme doctrinal qui entoure la notion de coutume, s'il est propre a caractériser ce fait normatif aux contours flous (v. les éclairantes remarques de Carbonnier (J.) dans son *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1995, pp. 107-124), est également le signe d'une impossibilité à le penser rigoureusement dans les termes du dogme légicentrique (v. Troper (M.), « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *Droits*, 1986, n° 3, p. 11).
[9] V. la thèse récemment publiée de Deumier (P.), *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002.
[10] Deumier (P.), *op. cit.*, p. 204.
[11] Deumier (P.), *op. cit.*, p. 242.
[12] L'émergence d'une *lex mercatoria* transnationale intéresse à la marge cette question. Sur le sujet, v. entre autres Osman (F.), *Les principes généraux de la* lex mercatoria, Paris, LGDJ, 1992 ; rappr. plusieurs des *Études offertes à Berthold Goldman - Le droit des relations économiques internationales*, Paris, Litec, 1987.
[13] V. par exemple Morel (C.), « Le droit coutumier social dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 1979, p. 277; rappr. Langlois (Ph.), « Les usages », *in Études offertes à Gérard Lyon-Caen - Les transformations du droit du travail*, Paris, Dalloz, 1989, p. 285.

qu'aucune procédure formelle d'édiction ne vient valider[1], cette forme de droit « mou » - *melting-pot* de pratiques, d'usages et de coutumes[2] - occupe, à en croire la doctrine, une place croissante.

446. Pareille manifestation de pluralisme juridique doit être rapprochée des réglementations d'origine privée auxquelles le juge étatique n'hésite pas à se référer. Signe selon certains d'une tendance néo-corporatiste[3], la multiplication de ces sources normatives revêt des formes extrêmement diverses[4]. Invariablement pensés par la doctrine à l'aune de leur applicabilité par les juridictions judiciaires, ces codes de conduite privés[5], recueils de normes techniques[6] et autres chartes déontologiques[7], sont dotés d'une autorité relative. L'incertitude qui affecte leur degré d'intégration à l'ordre juridique étatique renforce d'autant le rôle du juge, celui-ci demeurant libre d'ériger ces règles en obligations civiles, d'y voir un simple indicateur de normalité ou, au contraire, de leur refuser toute valeur.

447. Pour les juridictions, le fondement le plus solide des sources privées du droit demeure la figure contractuelle. Celle-ci se décline de diverses manières selon qu'elle s'organise sous les auspices des pouvoirs publics, avec le développement des accords collectifs en droit du travail[8], ou qu'elle se développe dans des conventions standardisées en droit de la consommation[9]. Bénéficiant du vent de conventionnalisme qui souffle depuis quelques années déjà[10], l'indéniable croissance

[1] Combacau (J.), « Ouverture : De la régularité à la règle », *Droits*, 1986, n° 3, p. 3.
[2] La distinction de ces trois notions est proposée par Ghestin (J.), « Rapport de synthèse », Travaux de l'association Henri Capitant - Tome 34, *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Paris, Economica, 1985, p. 6.
[3] Comp. pour le droit social : Lyon-Caen (G.), « Corporation, corporatisme, néo-corporatisme », *Dr. soc.*, 1986, p. 742, et Supiot (A.), « Actualité de Durkheim. Notes sur le néo-corporatisme en France », *Droit et Société*, 1987, n° 6, p. 177 ; et pour le droit financier, Hannoun (C.), « La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme », *RTDCom*, 1989, p. 417.
[4] V. l'état des lieux proposé par Osman (F.), « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTDCiv*, 1995, p. 509. Pour un regard anglo-saxon sur la question, v. Galanter (M.), « La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux », *in* Cappelletti (M.), *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Economica, 1984, not. pp. 166-175.
[5] Comp., à plus de quinze ans d'intervalle, les deux articles de Farjat (G.) : « Réflexions sur les codes de conduite privés », *in Études offertes à Berthold Goldman - Le droit des relations économiques internationale*, préc., not. pp. 61-63 ; et « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », *in* Clam (J.) et Martin (G.), dir., *Les transformations de la régulation juridique*, préc., p. 151.
[6] Boy (L.), « La valeur juridique de la normalisation », *in* Clam (J.) et Martin (G.), dir., *op. cit.*, p. 183.
[7] Koubi (G.), « La notion de "charte" : fragilisation de la règle de droit ? », *in* Clam (J.) et Martin (G.), dir., *op. cit.*, p. 165. Plus généralement, sur la dimension juridique de la déontologie, v. Decoopman (N.), « Droit et déontologie », *in* CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, not. pp. 97-100. Rappr. Moret-Bailly (J.), *Les déontologies*, Aix en Provence, PUAM, 2001.
[8] Despax (M.), Tome 7 du *Traité de droit du travail* publié sous la direction de Camerlynck (G.H.) consacré aux *Négociations, conventions et accords collectifs*, Paris, Dalloz, 1989. Rappr. Verdier (J.-M.) et Langlois (Ph.), « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.* 1972, chron. 253.
[9] Sur les progrès mesurés du contrat et de sa fonction de régulation dans le domaine de la consommation, v. Cadiet (L.), dir., *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 17 et s.
[10] Terré (F.), « Sur les sources du droit en général et du droit du travail en particulier », *in* Teyssié (B.), dir., *Les sources du droit du travail*, Paris, PUF, 1998. Comp. Supiot (A.), « La relativité du contrat en questions. Conclusions générales », *in* Journées nationales de l'association Capitant - Tome 4/Nantes -

de la fonction de régulation dévolue au contrat affecte jusqu'à l'exercice de la justice étatique : celle-ci voit de plus en plus sa mise en œuvre susceptible d'un encadrement contractuel[1]. Cette tendance lourde, qui retient l'attention de la doctrine[2], peut être rapprochée d'un autre mouvement par lequel le juge se soumet à des normes qui, jusqu'à une époque récente, ne ressortaient pas du domaine juridique.

B. MEDIATION JUDICIAIRE DE NORMES NON JURIDIQUES

> « On pourrait multiplier ces observations de dynamique inter-normative (…). Mais plutôt que de descendre dans les détails et les épisodes, on préférera peut-être se demander si cette mobilité des frontières inter-normatives n'est pas elle-même orientée par des tendances générales et de longue durée. »
>
> Jean Carbonnier, « Les phénomènes d'inter-normativité », *in Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, pp. 297-298.

448. Distinction familière à la pensée dogmatique, la séparation entre le droit et les mœurs a longtemps dominé la réflexion en matière de normes non juridiques. Si elle conserve aujourd'hui son actualité, cette opposition s'est compliquée à mesure que se renforçaient certains *corpus* discursifs ne relevant pas du droit mais néanmoins dotés d'une autorité persuasive susceptible d'influencer l'activité décisionnelle du juge. Ces phénomènes dits d'inter-normativité touchent des domaines de la vie sociale extrêmement variés et articulent à l'ordre juridique des discours régulateurs très divers (1). Quand ceux-ci ne revêtent pas la forme d'une norme générale applicable à un fait particulier, ils pénètrent le débat judiciaire et déterminent la décision juridictionnelle par le biais de ressorts spécifiques au procès, lieu privilégié de transformation du fait en droit (2).

1 – DOMAINES D'INTER-NORMATIVITE

449. La figure de l'éthique, avatar d'une morale pour un temps rejetée hors du droit par une large partie de la doctrine, effectue un retour en force dans le champ de la régulation juridique (a). Relevant par excellence du registre directif et s'immisçant à ce titre dans le débat judiciaire, elle y côtoie un discours scientifique porteur d'une

1999, *La relativité du contrat*, Paris, LGDJ, 2000, not. pp. 187-189. *Adde*. Morand (C.-A.), « La contractualisation du droit dans l'État providence », *in* Chazel (F.) et Commaille (J.), dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, préc., p. 139.

[1] Ancel (P.), « L'encadrement de la juridiction par le contrat », *in* Ancel (P.) et Rivier (M.-C.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, préc., p. 6. Dans un autre registre, collectif et non plus individuel, on a pu observer la négociation de conventions collectives de procédure civile entre une juridiction et ses partenaires pour tel ou tel type de contentieux. V. par ex. le protocole d'accord conclu, au printemps 1997, entre la Cour d'appel de Paris, son greffe et les Bâtonniers du ressort, en vue d'améliorer le traitement des affaires prud'homales, *JCP* 1997, Act., n° 22, « Échos et opinions ».

[2] Pour un début de bibliographie sur ce thème, v. *supra* n° 431 en note.

normativité propre qui trouve à s'appliquer dans la résolution de nombreux litiges (b).

a – L'éthique

450. Rigoureusement tracée par les dogmaticiens du XIX^e^ siècle[1], la frontière entre les catégories du droit et de la morale a connu depuis plusieurs déplacements. C'est d'abord Georges Ripert qui constate la sanction judiciaire de règles morales, même en l'absence de référence légale aux bonnes mœurs, et en déduit l'existence de liens consubstantiels unissant les deux univers normatifs[2]. L'illustre civiliste évoque ainsi « la vieille loi morale » que les juges doivent connaître, pratiquer et faire observer[3]. Cette thèse, qui a durablement influencé la doctrine privatiste sans emporter son adhésion unanime[4], souffre de l'incertitude grandissante affectant le contenu de pareille loi non écrite. Un certain relativisme en matière de mœurs a plaidé au contraire en faveur d'une plus grande tolérance judiciaire[5] et l'accès des moralistes aux tribunaux est pour l'instant contenu[6].

451. Mais, paradoxalement, on assiste dans le même temps à un « retour offensif de la morale »[7] qui déborde, en certains domaines, sur le droit appliqué par le juge[8]. C'est le cas dans le champ des affaires où de nouvelles formes d'auto-régulation prennent le masque respectable d'une éthique économique[9] dont l'institution judiciaire serait la gardienne et parfois même l'inspiratrice[10]. Cela se vérifie également dans la sphère professionnelle où des mécanismes disciplinaires propres à tel ou tel secteur se parent de vertus déontologiques pour gagner en autorité[11]. Cela

[1] N'excluant pas de possibles passerelles entre le droit et la morale (sous la forme d'une prise en charge de la seconde par le premier), la doctrine du XIX^e^ siècle défendait l'opinion selon laquelle les deux étaient rigoureusement séparés (v. Carbonnier (J.), *Droit civil - Introduction*, préc., p. 52, n° 18).

[2] Ripert (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949 (4^e^ éd.).

[3] Ripert (G.), *op. cit.*, p. 405.

[4] V. par exemple la critique de la thèse de Ripert par Jestaz (Ph.), « Les frontières du droit et de la morale », *RRJ*, 1983, p. 334. Du même auteur, rappr. « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTDCiv*, 1990, p. 625.

[5] Sur la pente « d'indulgence retenue » caractérisant le rapport du droit et des mœurs dans la seconde partie du XX^e^ siècle, v. Carbonnier (J.), *Droit et passion du droit sous la V^e^ République*, préc., not. p. 116-118. Du même auteur, rappr. « Morale et droit », *in Flexible droit*, préc., p. 83.

[6] Guinchard (S.), « Les moralistes au prétoire », *Jean Foyer, auteur et législateur. Leges tulit, jura docuit - Écrits en hommage à Jean Foyer*, préc., p. 477.

[7] L'expression est de Carbonnier (J.), *Droit civil - Introduction*, préc., p. 53, n° 18.

[8] Pour une perspective générale sur ce retour en force de la morale, v. Oppetit (B.), « L'éthique », *in Droit et modernité*, préc., p. 261. Rappr. Ladrière (P.), « Vues retrospectives sur l'éthique et le juridique », *in* Chazel (F.) et Commaille (J.), dir., *op. cit.*, p. 273.

[9] Sur ce thème, v. les actes du colloques d'Aix en Provence publiés sous la direction de Naudet (J.-Y.), *Éthique économique : fondements, chartes éthiques, justice*, Aix en Provence, Librairie de l'Université, 1996, notamment la contribution de Berra (D.), « Analyse juridique des chartes éthiques », p. 133.

[10] Le Tourneau (Ph.), *L'éthique des affaires et du management au XX1^e^ siècle*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 99-103.

[11] La problématique n'est pas nouvelle (v. not. le Tome 2 (1953-1954) de la nouvelle série des *Archives de philosophie du droit* consacré à la déontologie et à la discipline professionnelle ; rappr. Causin (E.), « Déontologie » dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., p. 174) mais le phénomène monte en puissance depuis quelques années. Pour un aperçu des secteurs, extrêmement variés, où fleurissent codes d'éthique ou de déontologie, v. Oppetit (B.), « L'éthique », préc.,

concerne enfin les activités thérapeutiques et scientifiques en matière bio-technologique : l'encadrement normatif de ces pratiques appartient en premier lieu aux savants détenteurs d'une morale bio-médicale qui irrigue abondement le droit des sciences de la vie[1].

452. En tous ces domaines, la référence à l'éthique sert la légitimité de sources normatives privées qui se développent en marge des réglementations étatiques[2]. Pareil phénomène illustre, aux yeux d'une partie de la doctrine, la complémentarité de la morale et du droit lorsque, du fait d'une régulation juridique par trop désengagée, le juge se trouve désarmé[3]. Sommé de distinguer l'illicite du licite[4], le magistrat se voit de la sorte reconnaître le pouvoir d'invoquer des *corpus* normatifs formalisés par certains acteurs sociaux se prévalant d'une connaissance particulière du bien[5]. Le plus souvent dénuées de toute force contraignante, ces règles trouvent fréquemment dans le discours scientifique un puissant allié pour asseoir leur autorité persuasive.

b – La science

453. Clairement distingués sur le terrain de la théorie du droit[6], normes juridiques et énoncés scientifiques se côtoient dans les prétoires. En matière probatoire tout d'abord, les « règles de recevabilité et de fond applicables aux propositions de preuve »[7] ouvrent largement le débat judiciaire à la science. De la

p. 271. Une perspective plus particulièrement axée sur le droit des professions libérales est proposée par Frison-Roche (M.-A.), « Déontologie et discipline dans les professions libérales », *in* Journées nationales de l'association Capitant - Tome 2/Nice - 1997, *Les professions libérales*, Paris, LGDJ, 1997, p. 103.

[1] Sur cette problématique, v. notamment les travaux de Mémeteau (G.), « La place des normes éthiques en droit médical », *RRJ*, 1988, p. 391 ; « Recherches irrévérencieuses sur l'autorité juridique des avis des comités d'éthique », *RRJ*, 1989, p. 59 » ; « La guerre de sécession n'aura pas lieu, ou : la question des frontières et de l'autonomie du droit médical, ou plus simplement : introduction à un cours de droit médical », *RRJ*, 1995, not pp. 741-743 ; ainsi que son *Cours de droit médical*, Bordeaux, Les études hospitalières, 2001. L'activité doctrinale sur la question bio-éthique est particulièrement intense. Sur le sujet, v. entre autres du côté de la théorie du droit *Droits*, 1991, n° 13 ; du côté de la philosophie, sous la direction de Folscheid (D.), Feuillet-Le Mintier (B.) et Mattei (J.-F.), *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, Paris, PUF, 1997 ; et du côté de la politique législative, sous la direction de Feuillet-Le Mintier (B.), *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits*, Paris, PUF, 1999. Pour un point de vue de magistrat sur la question, v. Michaud (J.), « Le temps de l'éthique », *in Mélanges en l'honneur de Jean-Henri Soutoul*, Bordeaux, Les éditions hospitalières, 2000, p. 185.

[2] *Supra* n° 445 et s.

[3] Oppetit (B.), « L'éthique », préc., pp. 274-276.

[4] Sur la difficulté de distinguer le licite de l'illicite, v. Oppetit (B.), « Les incertaines frontières de l'ilicite », *in Droit et modernité*, préc., p. 11.

[5] A défaut de tels *corpus* normatifs formalisés, c'est vers leur propre déontologie professionnelle et leur morale personnelle que les juges doivent parfois se retourner. Sur cette réapparition des préoccupations éthiques dans le cadre judiciaire, v. Garapon (A.), « Le juge et son éthique », *Esprit*, oct. 1992, p. 133. Rappr. Bredin (J.-D.), « Déontologie et responsabilité du juge », *in* Guigou (E.) *et al.*, dir., *Le service public de la justice*, Odile Jacob, 1998, p. 163.

[6] V. par exemple Amselek (P.), « Norme et loi », *APD*, 1980, Tome 25, not. pp. 96-98.

[7] Selon la définition du droit de la preuve donnée par Lagarde (X.), *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, LGDJ, 1994, p. 405.

psychologie permettant de mesurer la portée d'un préjudice[1] à la génétique attestant de la réalité d'un lien de parenté[2], le juge peut exploiter toutes les branches du savoir utile à une meilleure appréhension de la réalité litigieuse[3]. Mais l'accès à la vérité factuelle ainsi ouvert n'est pas sans conséquence sur le droit appliqué par les juridictions, comme le constate une partie de la doctrine, soucieuse de contenir les rapides avancées de la rationalité scientifique dans le champ juridique[4] : dans le contentieux de la filiation par exemple, l'usage systématique de la preuve génétique va de pair avec la biologisation du lien généalogique[5].

454. Pareille hybridation entre norme juridique et savoir scientifique sous les auspices de la justice civile est loin d'être exceptionnelle. Elle tend à se développer en liaison avec la multiplication des missions judiciaires[6]. Chargé d'organiser dans le long terme des situations de crise et doté, à ce titre, de larges pouvoirs décisionnels, le juge pour remplir son office doit faire appel à des compétences extra-juridiques. Pour déterminer l'intérêt d'un enfant, évaluer la santé d'une entreprise ou contrôler la gestion d'un patrimoine, le droit ne suffit plus et la doctrine passe volontiers la main[7]. Les sciences sociales s'invitent alors dans le raisonnement judiciaire comme outil d'aide à la décision.

455. Plus profondément encore, le discours technologique imprègne de vastes pans du droit au terme d'un processus par lequel la langue scientifique revêt l'uniforme juridique et se transforme en norme technique[8]. Celle-ci est parfois

[1] Gely-Nargeot (M.-C.), « La preuve en psychologie, ou lorsque le subjectif devient objectivé », *in Le droit des preuves au défi de la modernité*, Actes du colloque du 24 mars 2000 organisé par la Cour de cassation et l'Université René Descartes-Paris V, Paris, La documentation française, 2000, not. pp. 70-73.

[2] Lyonnet (S.), « Empreintes génétiques », *in* Cour de cassation / Université René Descartes-Paris V, *Le droit des preuves au défi de la modernité*, préc., p. 21.

[3] Pour d'autres exemples, v. les autres contributions au colloque du 24 mars 2000, reproduits dans les actes précités. V. également dans le même ouvrage la perspective générale offerte par Gridel (J.-P.), « Essai de synthèse et libres propos de clôture », p. 133.

[4] Comp., dans des styles très différents, d'une part, Sériaux (A.), « Pouvoir scientifique, savoir juridique », *Droits*, 1991, n° 13, p. 61 et, d'autre part, Labrusse-Riou (C.), « Pouvoirs scientifiques sur la vie et justice », *Justices*, 1996, n° 3, p. 133. Rappr., sous la direction de Labrusse-Riou (C.), *Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire*, Paris, LGDJ, 1996.

[5] Contrairement au droit commun, l'expertise scientifique est de droit en matière de filiation (Cass. civ. 1ere, 28 mars 2000 : *Bull. civ.* I, n. 103 ; *RTDCiv* 2000, p. 304, obs. Hauser), sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder. Sur les dangers d'un usage systématique de la preuve génétique en ce domaine, v. not. l'article de Bellivier (F.), Brunet (L.) et Labrusse-Riou (C.), « La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ? », *RTDCiv*, 1999, p. 529. Comp. Dreifuss-Netter (F.), « Preuve scientifique et droit de la filiation », *in* Cour de cassation / Université René Descartes-Paris V, *Le droit des preuves au défi de la modernité*, préc., p. 82. Plus généralement, sur les rapports liant « la vérité et le droit », v. Cornu (G.), *L'art du droit en quête de sagesse*, préc., p. 211.

[6] Sur lesquelles, v. *supra* Part. 2, Chap. 2, Sect. 1, § 1, B, n° 417 et s.

[7] L'impuissance du droit à répondre aux multiples questions posées au juge dans le cadre de ses nouvelles attributions régulatrices impose de recourir à des savoirs extra-juridiques. Le fait est fréquemment rappelé par la doctrine tant universitaire (v. par exemple dès 1977 Perrot (R.), « Le rôle du juge dans la société moderne », préc., p. 96) que judiciaire (v. par ex. Rozès (S.), « Un profil nouveau pour les juges », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, préc., not pp. 436-439).

[8] Sur la notion de norme technique, v. Charbonneau (S.), « Norme juridique et norme technique », *APD*, 1983, Tome 28, p. 283 ; rappr., sur les modalités de la normalisation technique dans le cadre européen, Galland (J.-P.), « L'Europe et la normalisation technique », *in* Serverin (E.) et Berthouds (A.), dir., *La production des normes entre État et société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 259 ; comp. les

dénuée de force obligatoire, comme le sont les milliers de documents porteurs de spécifications instrumentales émanant des organismes de normalisation[1]. Mais elle n'en constitue pas moins, pour le juge, un outil d'appréciation des faits dont il est saisi, et ce en dépit du phrasé, ésotérique aux oreilles du juriste, qui la caractérise parfois[2]. L'immixtion de la technologie dans la règle juridique - signe selon certains d'un glissement de légitimité du Droit vers la Science[3] - est particulièrement évidente dans le cadre processuel où des interprètes autorisés assurent la traduction entre ces deux ordres de discours.

2 – RESSORTS DE L'INTER-NORMATIVITE

456. Directement applicables par le magistrat dès lors qu'une règle de droit les prend en charge, les normativités scientifique et éthique s'imposent dans le débat judiciaire par d'autres biais encore. La place grandissante de la parole de l'expert prétendant à l'objectivité dans le cadre de l'instance judiciaire en est le premier ressort (a). Le second réside dans les notions floues portées par des règles de droit sous-déterminées dont le juge a le pouvoir de contrôler la mise en œuvre au cas par cas (b).

a – Le savoir de l'expert

457. Sensibilisée depuis le XIX[e] siècle au rôle croissant de l'expertise dans le procès civil[4], la doctrine a consacré l'idée, après la loi du 15 juin 1944[5], qu'il s'agissait d'une procédure d'information sur des questions exclusivement factuelles et que l'expert était l'auxiliaire du juge et non le mandataire des parties. La réglementation aujourd'hui en vigueur insiste toujours sur le caractère technique de cette mesure d'instruction[6] et organise en détail la collaboration, teintée de

développements relatifs aux « figures de la norme » en droit du travail dans la *Critique du droit du travail* de Supiot (A.), Paris, PUF, 1994, not. pp. 229-239.

[1] Sur la force juridique des spécifications techniques émises par les organismes de normalisation, v. Penneau (A.), *Règles de l'art et normes techniques*, Paris, LGDJ, 1989, pp. 190-215. Rappr. *PA*, 11 février 1998, n°18 : numéro spécial consacré aux « aspects juridiques de la normalisation technique » et not. les contributions de Gambelli (F.), « Définitions et typologies des normes techniques » (p. 5), et de Penneau (A.), « Respect de la norme et responsabilité civile et pénale de l'homme de l'art » (p. 28). Plus généralement sur l'autorité de la normalisation technique, v. Boy (L.), « La valeur juridique de la normalisation », *in* Clam (J.) et Martin (G.), dir., *op. cit.*, p. 183.

[2] Delhoste (M.-F.), « Le langage scientifique dans la norme juridique », *RRJ*, 2002, p. 53.

[3] Supiot (A.), *Critique du droit du travail*, préc., p. 252, citant Legendre (P.) (*L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, Fayard, 1983, p. 171).

[4] Pour se faire une idée du débat récurrent occasionné par « la crue des expertises » qui débute à compter de la fin du XIX[e] siècle, v. Chauvaud (F.), avec la collaboration de Dumoulin (L.), *Experts et expertises judiciaires en France (1791-1944)*, Paris, GIP - Mission de recherche droit et justice, 1999.

[5] Pour une analyse détaillée de la loi du 15 juin 1944 *sur les rapports d'experts*, v. le commentaire article par article de Hébraud (P.), *D.* 1945, lég. 49. Les objectifs de la loi de 1944 seront confirmés et leur mise en œuvre mieux assurée par le décret du 17 décembre 1973, intégré au nouveau Code de procédure civile, art. 232 et suivants.

[6] Art. 238, al. 3 du nouveau Code de procédure civile : « (Le technicien) ne doit jamais porter d'appréciation d'ordre juridique ».

subordination, du spécialiste et du magistrat[1] : si le premier ouvre la voie à « une pleine et entière connaissance des circonstances »[2], il n'empiète pas sur les prérogatives du second qui reste en dernier ressort « juge du fait, juge de la preuve »[3],

458. Fixée par les textes et célébrée par la doctrine, cette représentation orthodoxe de l'expertise judiciaire souffre en pratique de multiples entorses. Les sciences sociales éclairent ces déviations et mettent en lumière la complexité des interactions entre le juge et l'expert[4] dans des domaines comme le droit des faillites[5] ou la protection de l'enfance[6]. Sociologues[7], politologues[8] et linguistes[9] démontrent, chacun à leur manière, la dimension instituante d'une parole expertale qui contribue à construire la réalité sur laquelle le magistrat travaille. L'économie du système décisionnel judiciaire sort transfigurée de ces analyses critiques, les connaissances du technicien apparaissant désormais « comme ressource mais aussi comme contrainte, susceptible de structurer voir de déterminer le jugement »[10].

459. Pareille problématique n'est pas complètement étrangère aux juristes. Certains d'entre eux évoquaient déjà, au milieu des années 1970, la crainte de voir consacrer « de véritables délégations de la fonction juridictionnelle »[11] à des spécialistes fondant leur légitimité sur « l'idéologie technicienne de la société

[1] Normand (J.), « Remarques sur l'expertise judiciaire au lendemain du nouveau Code de procédure civile », *in Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 255. Sur la question, outre les manuels de procédure civile, v. Debeaurain (J.), « Les caractères de l'expertise civile », *D.* 1979, chron. 143, et Caratini (M.), « Experts et expertise dans la législation civile française - principes généraux », *Gaz. Pal.*, 22 janv. 1985, p. 43.

[2] Cornu (G.), « Rapport de synthèse », *in* 10e colloque des Instituts d'études judiciaires, *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Paris, PUF, 1976, p. 123.

[3] *Ibid.*

[4] V. par exemple le dossier intitulé « Le juge et l'expert » dans la revue *Droit et Société*, 1986, n° 3 ; rappr., sur « Droit et expertise », les *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 76-77, mars 1989.

[5] V. par exemple Dezalay (Y.), « Le droit des faillites : du notable à l'expert. La restructuration du champ des professionnels de la restructuration des entreprises », *ARSS*, n° 76-77, mars 1989, p. 2 ; rappr., du même auteur, « De la faillite au redressement des entreprises en difficulté : la redéfinition de la division du travail entre le notable, l'homme du droit et l'expert et l'importation du modèle américain du professionnel du conseil aux entreprises », *Droit et Société*, 1987, n° 7, p. 389. Comp., à la marge de cette problématique, Van Gehuchten (P.-P.), « Intérêt de l'entreprise, expertise et contrôle juridictionnel », *Droit et Société*, 1987, n° 6, p. 225.

[6] V. not. l'article de Théry (I.), « Savoir ou savoir-faire : l'expertise dans les procédures d'attribution de l'autorité parentale post-divorce », *ARSS*, n° 76-77, mars 1989, p. 115 ; ainsi que le chapitre V de son ouvrage *Le démariage. Justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1993, p. 205. Rappr., dans un autre domaine, l'article de King (M.) et de Garapon (A.), « Le juge, l'expert et le contrôle de la réalité dans les juridictions de la jeunesse en France et en Angleterre », *Droit et Société*, 1988, n° 10, p. 425.

[7] Castel (R.), « Savoirs d'expertise et production de normes », *in* Chazel (F.) et Commaille (J.), dir., *op. cit.*, p. 177.

[8] Dumoulin (L.), « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *Droit et Société*, 2000, n° 44/45, p. 199.

[9] Bourcier (D.) et Bonis (M. de), *Les paradoxes de l'expertise. Savoir ou juger ?*, Paris, Les empêcheurs de penser en rond, 1998.

[10] Dumoulin (L.), *op. cit.*, p. 222.

[11] Oppetit (B.), « Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé », *in* 10e colloque des Instituts d'études judiciaires, *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, préc., p. 61.

industrielle »[1]. Prémonitoire, l'intuition s'est révélée exacte. Derrière la multiplication des mesures d'instruction déléguées[2], derrière la diversité des objets expertisés, on assiste à un rapprochement singulier des figures de l'expert et du juge[3]. Critiquée par certains[4], assumée par d'autres[5], cette tendance se nourrit d'un assouplissement de la distinction du fait et du droit[6] : si l'expertise ne peut qu'exceptionnellement porter sur les règles juridiques[7], les normes de jugement sont, en revanche, de plus en plus souvent traquées dans la factualité même[8]. Ce brouillage des catégories traditionnelles bénéficie, semble-t-il, des plages toujours plus étendues laissées par l'ordre juridique au pouvoir discrétionnaire du juge.

b – Le pouvoir du juge

460. Si le Code civil contient des lacunes *intra-legem* depuis 1804, la doctrine constate la multiplication de nouvelles notions à contenu variable[9] en des domaines aussi variés que le droit de la famille[10], le droit des obligations[1] ou le droit

[1] Oppetit (B.), *op. cit.*, p. 54.

[2] Au tryptique expertise, consultation, constatation prévu par le nouveau Code de procédure civile aux art. 232 et suivants, il faut désormais ajouter l'enquête sociale (v. Goudon (J.-P.), « L'enquête sociale, constat d'une situation ou reflet d'une médiation ? », *Gaz. Pal.*, 20 déc. 1988, p. 752), l'expertise de gestion (v. Cadiet (L.), « Brèves observations sur l'expertise préventive en droit des sociétés », *in Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Paris, Dalloz, 1999, p. 151) ou encore l'appel d'un *amicus curiae* auprès du juge pour l'éclairer (v. Laurin (Y.), « *L'amicus curiae* », *JCP* 1992, I, 3603).

[3] Champaud (C.), « Société contemporaine et métamorphose de l'expertise judiciaire », *in Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, préc., not. pp. 65-71. Rappr. Terré (F.), « Observations finales », *in* Frison-Roche (M.-A.) et Mazeaud (D.), dir., *L'expertise*, Paris, Dalloz, 1995, p.134.

[4] V. pour le cas particulier de la responsabilité médicale, la virulente charge menée contre la confusion des rôles entre juge et expert par Chérigny (B.), « L'expert médical, auxiliaire de justice. Réflexions d'un béotien sur l'expertise en matière de responsabilité contractuelle du médecin », *in Mélanges en l'honneur de Jean-Henri Soutoul*, préc., p. 57. De manière plus générale, v. Testu (F.-X.), « Présentation générale », *in* Frison-Roche (M.-A.) et Mazeaud (D.), dir., *op. cit.*, p. 5.

[5] V. not. l'article de Zenati (F.), « La portée du développement des avis », *in* Revet (T.), dir., *L'inflation des avis en droit*, préc., not. pp. 111-112.

[6] Zenati (F.), *op. cit.*, p. 105. V. déjà en 1975 Oppetit (B.), « Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé », préc., p. 63. Pour un exemple particulier de mise à mal du principe de séparation du fait et du droit dans le cadre de l'expertise judiciaire, v. Lucas de Leyssac (C.), « Observations générales sur l'expertise et l'entreprise », *in* Frison-Roche (M.-A.) et Mazeaud (D.), dir., *op. cit.*, p. 63 et s.

[7] Dans cette perspective peuvent être rapprochées, d'une part, la consultation d'un *amicus curiae* par les juges du droit (v. Mazeaud (D.), « L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae* », *in* Frison-Roche (M.-A.) et Mazeaud (D.), dir., *op. cit.*, p. 109) et, d'autre part, la procédure de saisine pour avis de la Cour de cassation par les juges du fond (v. Zenati (F.), « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992, chron. 247 ; rappr. Chauvin (P.), *in* Laboratoire d'épistémologie juridique de la faculté d'Aix-Marseille / Cour de cassation, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, préc., p. 109).

[8] Zenati (F.), « La portée du développement des avis », préc., p. 105 ; rappr., du même auteur, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, chron. 22.

[9] V. par ex. Delebecque (Ph.), « Les standards dans les droits romano-germaniques », *RRJ*, 1988, not. p. 874.

[10] Carbonnier (J.), « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *in* Perelman (C.) et Vander Elst (R.), dir., *Les notions a contenu variable en droit*, préc., p. 99. Rappr. Dreifuss-Netter (F.), « La conscience du juge dans le droit des personnes et de la famille », *in* Carbasse (J.-M.) et Depambour-Tarride (L.), dir., *op. cit.*, p. 313.

communautaire[2]. Le procédé, qui facilite le travail parlementaire[3], sert au législateur à mettre en œuvre une politique en s'abstrayant de la contingence des faits[4] ; il a pour corollaire un accroissement des pouvoirs du juge par une sorte de délégation légale[5]. Nécessaire pour compléter la règle largement indéterminée, l'intervention judiciaire est dans cette perspective le gage de son adaptation à la diversité des cas particuliers rencontrés[6]. C'est notamment le cas lorsque la loi investit le magistrat d'un pouvoir modérateur qui l'autorise à écarter une disposition légale dont l'application serait, en la circonstance, trop rigoureuse[7].

461. Pour décrire l'abondance des notions-cadres[8], standards juridiques[9], concepts mous[10] et autres normes souples, la doctrine élabore des définitions, des distinctions et des typologies. La tâche est délicate qui consiste à exposer et théoriser ces « zones difficiles où le droit "craque" »[11], où se manifeste une « hypertrophie du fait »[12] et où le juge emprunte certains éléments de sa décision à des ordres normatifs non juridiques[13]. A cet égard, le constat de la croissance des pouvoirs quasi-discrétionnaires dévolus au juge suscite plus la curiosité que l'inquiétude des juristes[14] : loin de dénoncer ces nouvelles prérogatives, les auteurs s'efforcent de leur trouver un fondement solide.

462. A cette fin, la doctrine trouve les ressources argumentaires nécessaires du côté de l'équité et de ses avatars, la pondération des intérêts[15] et le « raisonnable »[16]. Du fait de sa polysémie, nouant le droit naturel à la justice particulière[17], et de son

---

[1] Cornu (G.), *Regards sur le titre III du livre III du Code civil « des contrats ou des obligations conventionnelles en général ». (Essai de lecture d'un titre du Code)*, Paris, Les cours du droit, 1976.
[2] Bauer-Bernet (H.), « Notions indéterminées et droit communautaire », *in* Perelman (C.) et Vander Elst (R.), dir., *op. cit.*, p. 269.
[3] Coet (P.), « Les notions-cadres dans le Code civil », *PA*, juillet-septembre 1986, n° 91 a 105, en l'occurrence n° 92 (1er août 1986).
[4] *Ibid.*
[5] Cornu (G.), *Droit civil - Introduction…*, préc., p. 77, n° 178.
[6] *Ibid.*
[7] Cornu (G.), *op. cit.*, n° 179 et n° 181. Rappr. du même auteur « La sentence en France », *in L'art du droit en quête de sagesse*, préc., not. p. 183.
[8] V. Coet (P.), *op. cit.*
[9] V. not. les cahiers de méthodologie juridique de la *Revue de recherche juridique* consacrés aux standards dans les divers systèmes juridiques, *RRJ*, 1988, p. 801 et s.
[10] Hermitte (M.-A.), « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation », *APD*, 1985, Tome 30, p. 331.
[11] Rials (S.), « Les standards, notions critiques du droit », *in* Perelman (C.) et Vander Elst (R.), dir., *op. cit.*, p. 45.
[12] Rials (S.), *op. cit.*, p. 44.
[13] Jestaz (Ph.), « Rapport de synthèse » du cahier de méthodologie juridique précité, *RRJ*, 1988, p. 1189. Rappr., dans le même volume, Orianne (P.), « Les standards et les pouvoirs du juge », p. 1037 et s., not. n° 7, 8 et 9.
[14] Pour une tentative de conceptualisation des prérogatives laissées à la discrétion du juge, v. Barthouil (T.), « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », *RRJ*, 1992, p. 343.
[15] Van Compernolle (J.), « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », *in Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 495.
[16] Sur le « raisonnable de modulation », v. Khairallah (G.), « Le raisonnable en droit privé français, développements récents », *RTDCiv*, 1984, not. pp. 446-449.
[17] Cornu (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, préc., *V°* Équité.

ancienneté, gage d'épaisseur conceptuelle[1], la notion d'équité fait le lien entre de nombreuses évolutions de la fonction de juger[2] : elle permet de penser des phénomènes aussi variés que l'utilisation des normes à contenu variable dans le procès civil[3], l'interprétation subversive de certaines règles de droit par les juges du fond[4] ou encore la lecture évolutive des textes par la Cour de cassation[5]. Mais, en dépit de l'importante production éditoriale la prenant pour objet[6], une part d'ombre subsiste sur cette catégorie floue, inspiratrice de justice à laquelle la jurisprudence refuse le statut de source du droit[7]. L'intuitif qui caractérise l'équité suscite le soupçon de hauts magistrats[8] et le désintérêt de grands professeurs[9]. Sa fonction, essentiellement rhétorique[10], amène en tout cas à s'interroger sur les liens que peuvent entretenir le retour annoncé du juge en équité avec le constat doctrinal d'une procéduralisation de la justice civile.

[1] Pour une présentation des enjeux philosophiques relatif à la question de l'équité, v. Raynaud (Ph.), « L'équité dans la philosophie politique », *in* Lambert (T.) *et al*., *Égalité et Équité*, Paris, Economica, 1999, p. 3 ; comp. Gutmann (D.), « Le juge et l'équité. Enjeux philosophiques », dans la revue *Histoire de la justice*, 1998, n° 11, p. 141.

[2] V. en ce sens Cadiet (L.), « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices*, 1998, n° 9, p. 87.

[3] Kayser (P.), « L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé français », *RRJ*, 1999, not. pp. 17-30.

[4] Carbonnier (J.), *Droit civil - Introduction*, préc., p. 32, n° 9.

[5] Bellet (P.), « Le juge et l'équité », *in Études offertes à René Rodière*, préc., p. 9.

[6] L'équité est, depuis quelques temps, l'objet de très nombreux travaux doctrinaux. V. par exemple le n°9 de la revue *Justices* (Janv.-mars 1998), le n°11 de la revue *Histoire de la justice* (1998) avec quelques articles communs. Pour une riche bibliographie sur le sujet, v. la thèse de Albiges (C.), *De l'équité en droit privé*, Paris, LGDJ, 2000, p. 335.

[7] V. les remarques de Molfessis (N.), *RTDCiv*, 1998, pp. 221-224.

[8] Perdriau (A.), « Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de… l'équité ? », *Gaz. Pal.*, 9 nov. 1996, doct., p. 1388.

[9] V. par exemple le traitement réservé à l'équité dans l'introduction générale au *Traité de droit civil* de Ghestin (J.), Goubeaux (G.) et Fabre-Magnan (M.), préc., p. 199, n° 239.

[10] Schaegis (C.), « La fonction rhétorique de l'équité », *in* Lambert (T.) *et al*., *op. cit.*, not. pp. 18-21.

Section 2

La procéduralisation du judiciaire

463. D'apparition récente, la notion de procéduralisation doit son succès à une polysémie qui lui permet de désigner diverses évolutions du système juridique, de prime abord dénuées de lien entre elles. Évoquant, au sens faible, un phénomène de juridicisation caractérisé par l'élaboration de règles de forme, l'expression est également utilisée, au sens fort cette fois, pour désigner l'émergence d'un nouveau modèle de droit participatif privilégiant les normes procédurales au détriment des normes substantielles[1]. Ces deux dimensions caractérisent également l'institution judiciaire contemporaine. D'une part, l'administration de la justice assied sa légitimité sur des procédures juridiques auxquelles les représentations savantes du droit accordent un rôle de plus en plus essentiel (§ 1). D'autre part, le jugement judiciaire - conçu comme résolution institutionnelle d'un problème au terme d'une discussion réglée - est valorisé dans l'ordre symbolique et acquiert une valeur paradigmatique dans la science juridique (§ 2).

§ 1. LA LEGITIMATION PROCEDURALE DE LA JUSTICE

464. L'existence de principes fondamentaux réglant le fonctionnement de l'institution judiciaire pour garantir la justice rendue n'est pas une donnée récente de l'ordre juridique. Mais l'accent mis sur ces règles de référence depuis une cinquantaine d'années constitue pour sa part une nouveauté. Cette mise en valeur suit deux chemins différents. Le premier mobilise les thuriféraires du procès équitable[2] qui, autour de textes dont l'origine est diverse et l'autorité variable, élaborent un appareil théorique se réclamant de la protection des droits de l'homme par l'institution judiciaire, en général, et dans le cadre de l'instance juridictionnelle, en particulier (A). Le second rassemble les gestionnaires de l'administration de la

[1] Jeammaud (A.), « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », *in* Clam (J.) et Martin (G.), dir., *op. cit.*, pp. 66-68.
[2] Exemplaire d'une démarche empreinte de conviction, v. Quilleré-Majzoub (F.), *La défense du droit au procès équitable*, Bruylant, Bruxelles, 1999, not. l'introduction et la conclusion.

justice qui, développant une problématique aux confins du droit judiciaire privé et du management public, établissent les normes d'une procédure efficace (B).

A. LE PROCES EQUITABLE

> « … la procédure se trouve placée aujourd'hui sous l'emprise croissante des droits fondamentaux, à tel point que l'on peut désormais parler de droits fondamentaux du procès et qu'il existe un véritable droit *substantiel* à un procès équitable, conforme (…) aux garanties fondamentales d'une bonne justice. »
>
> Serge Guinchard, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », *in* Université Panthéon-Assas, *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 1138.

465. Vocable nouveau dans le discours doctrinal français, le procès équitable y a fait irruption par le biais de divers instruments juridiques internationaux. L'origine culturelle, plus anglo-saxonne que continentale, de ce concept n'a pas fait obstacle à son acculturation dans l'ordre juridique interne comme son importance grandissante l'atteste. Celle-ci s'exprime d'abord en droit processuel, mais la notion de procès équitable informe plus largement l'ensemble du savoir juridique. En effet, cet outil normatif nourrit et garantit le développement des droits fondamentaux et surplombe, à ce titre, les clivages disciplinaires traditionnels. Renforçant la place du juge dans les représentations savantes du droit, la figure doctrinale du procès équitable s'enracine dans un terreau institutionnel propice à la théorisation (1) et s'incarne dans une série d'obligations mises à la charge de la justice étatique (2).

1 – FONDATIONS

466. De facture très récente, puisqu'il ne date en France que de la seconde moitié du XX^{e} siècle, le droit du procès équitable a été progressivement consolidé par des sources juridiques variées. Les processualistes décrivent ces foyers de normativité et leur influence sur la procédure civile (a). Ils s'aventurent à en offrir une modélisation permettant de rendre compte de la catégorie du procès équitable à l'aune du développement des droits fondamentaux (b).

a – Sources multiples

467. A la figure trop simple, mais néanmoins conforme aux articles 34 et 37 de la Constitution[1], d'une procédure civile aux mains du pouvoir exécutif a succédé celle d'une élaboration collective de l'ordre juridique processuel[2]. Les règles

[1] Sur l'entrée de la procédure civile dans le domaine réglementaire, et sa sortie du domaine législatif, à l'occasion de l'élaboration de la Constitution de 1958, v. Foyer (J.), « Synthèse des travaux », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, préc.

[2] Dès le début des années 1980, Rouhette (G.) montrait comment le droit du procès s'organisait selon un système complexe d'étagements hiérarchiques entre normes issues de sources différentes, « L'ordre

formelles encadrant l'activité judiciaire connaissent en effet la même diversification que les normes matérielles appliquées par le juge[1] et le pluralisme s'impose en matière procédurale comme dans les autres branches du droit[2]. Captant l'attention d'une partie de la doctrine[3], ce phénomène clairement mis en valeur par certains manuels[4] s'illustre en premier lieu dans l'internationalisation des sources du droit judiciaire privé.

468. Cette mondialisation des procédures civiles s'incarne essentiellement dans les instruments juridiques internationaux qui garantissent la mise en œuvre du procès équitable[5]. De ces multiples sources normatives, la doctrine retient le caractère enchevêtré[6] : outre l'adhésion à de multiples déclarations relatives à une bonne administration de la justice mais dénuées de force obligatoire[7], la France est signataire de plusieurs traités par lesquels elle s'engage à respecter certains standards procéduraux[8]. D'application directe devant les juridictions nationales, ce droit du procès équitable est garanti par des organes conventionnels supranationaux qui en précisent le contenu, de manière autonome et évolutive, dans des jurisprudences dont l'autorité s'impose en droit interne[9]. C'est notamment le cas de la Cour de

juridique processuel. Réflexion sur le droit du procès », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, préc., p. 687.

[1] *Supra* Part. 2, Chap. 2, Sect. 1, § 2, A, n° 433 et s.

[2] Au delà de la multiplication des sources du droit réglant la marche des juridictions étatiques, le pluralisme de la régulation juridique s'exprime dans le développement de ce qu'on appelle la *justice hors du juge*. Sur ce point, v. Cadiet (L.), « Le spectre de la société contentieuse », préc., not. pp. 45-49.

[3] V. par exemple, dans les actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 (Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, préc.), les contributions relatives au troisième thème, « Le nouvel environnement du Code de procédure civile », p. 241 et s.

[4] Cadiet (L.), *Droit judiciaire privé*, préc., pp. 32-37 ; comp. Vincent (J.) et Guinchard (S.), *Procédure civile*, préc., pp. 24-44.

[5] Pour un panorama général des sources internationales du droit processuel garantes du droit au procès équitable, v. Guinchard (S.) *et al.*, *Droit processuel*, *Droit commun du procès*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 57-193. Pour une vue plus synthétique, v. Muir Watt (H.), « Droit international et procédure civile », *Rép. pr. civ. Dalloz*, 1995.

[6] Gouttes (R. de), « L'enchevêtrement des normes internationales relatives au procès équitable : comment les concilier ? », *in* Université Robert Schuman de Strasbourg / Cour de cassation, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 22 mars en la Grande chambre de la Cour de cassation, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1996, p. 141.

[7] Sur ce « droit international *mou* », v. Gouttes (R. de), *op. cit.*, pp. 143-144.

[8] A côté de la Convention européenne des droits de l'homme, de loin la plus visible dans le champ juridique français, il convient de mentionner le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, et la jurisprudence de son organe de contrôle, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, sur laquelle v. Tavernier (P.), « Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies », *RTDH*, 1996, p. 3.

[9] Il convient de distinguer ici les constatations du Comité des droits de l'homme qui « quoique juridiquement non obligatoires (…) ne sont pas purement déclaratoires » (Sudre (F.), *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2001, p. 488), des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme qui jouissent pour leur part d'une forte autorité juridique (Cohen-Jonathan (G.), « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *in Liber amicorum Marc-André* Eissen, préc., p. 137) et d'une relative effectivité (Marguénaud (J.-P.), « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en France », dans les actes du colloque organisé à Bordeaux les 29 et 30 septembre 2000 par l'Union des avocats européens, *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 137).

Strasbourg qui, par son dynamisme interprétatif[1], a considérablement étendu le champ de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme[2], contraignant ainsi les procédures civiles nationales à d'inévitables adaptations[3]. Quant à l'Union européenne, son influence sur l'ordre public procédural interne, déjà non négligeable[4], pourrait s'accroître encore du fait de l'extension des compétences de l'Union à la protection des droits de l'homme[5], notamment par le biais de la Charte des droits fondamentaux[6].

469. Mais là ne s'arrête pas l'érosion de l'autonomie du législateur, puisque la procédure civile subit également l'influence des décisions du Conseil constitutionnel[7]. Sa jurisprudence, qui donne à certains principes d'organisation

[1] Sudre (F.), « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP* 2001, I, 335.

[2] Sur le sens et la portée de l'article 6§1, v. le commentaire de Soyer (J.-C.) et de Salvia (M.), *in* Pettiti (L.-E.), Decaux (E.) et Imbert (P.-H.), dir., *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 240. Sur l'irresistible extension du domaine du procès équitable au sens de la Convention EDH, v. les contributions de Koering-Joulin (R.) et de Cohen-Jonathan (G.) *in* Université Robert Schuman de Strasbourg / Cour de cassation, *Les nouveaux développements du procès équitable…*, préc, respectivement p. 9 et p. 159.

[3] Pour une perspective comparatiste, v. Rouhette (G.), « Brèves remarques sur l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Justices*, 1997, n° 7, p. 63. Plus spécifiquement sur le droit français, v. du même auteur, « La procédure civile et la Convention européenne des droits de l'homme », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, préc., p. 285. Rappr. Guinchard (S.), « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile », *PA*, 12 avril 1999, n° 72, p. 4.

[4] Quant à l'impact des principes généraux du droit communautaire sur les règles de procédure nationales, v. not. les actes du colloques des 4 et 5 décembre 2000 à la Cour de cassation, *Les principes communs d'une justice des États de l'Union européenne*, Paris, La documentation française, 2001, pp. 219 et s. ; comp. Montagnier (G.), « Droit communautaire et procédure civile », *Rép. proc. civ. Dalloz*, 1997. Rappr. l'étude des sources communautaires du droit processuel lors du procès communautaire devant les juridictions nationales par Dubos (O.), *Les juridictions nationales, juge communautaire*, préc., p. 239 et s.

[5] L'actualité politique et juridique de la question des droits fondamentaux en droit communautaire suscite une importante production doctrinale. Parmi celle-ci, v. par exemple Flecheux (G.) et Gay Montalvo (E.), « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne », *in Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, préc., p. 381. Rappr. les vues prospectives de Sudre (F.), « La communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », *JCP* 1998, I, 100. Pour une vue générale, v. Renoud-Grappin (M.), « La dimension communautaire des libertés et droits fondamentaux », *in* Cabrillac (R.), Frison-Roche (M.-A.) et Revet (T.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2001.

[6] Sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, v. Bluman (C.), « Vers une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *in Territoires et libertés. Mélanges en hommage au doyen Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 199 ; rappr. Les commentaires de Pécheul (A.), *RFDA*, 2001, p. 689, et de Benoît-Rohmer (F.), *D.* 2001, chron. 1483, sur ce nouvel instrument juridique. V. également le témoignage et les commentaires de Braibant (G.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, 2001. Dans la perspective, plus spécifique, de l'application juridictionnelle de la Charte, v. Jacqué (J.-P.), « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *AJDA*, 2002, p. 476 ; rappr. Dutheil de la Rochère (J.), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : quel apport à la protection des droits ? », *in Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, préc., p. 91. Enfin, sur la place de la justice dans la Charte, v. Carotenuto (S.) et Mendes Constant (J.), « L'inscription de la justice dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *PA*, 5 juillet 2002, n° 134.

[7] D'une manière générale sur « l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel », v. Renoux (T.), *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Aix en Provence : PUAM, Paris : Economica, 1984.

judiciaire et d'équité processuelle l'onction constitutionnelle, est l'objet d'une vive attention de la part de certains auteurs[1]. Elle donne l'occasion aux processualistes de rejouer, en leur domaine[2], l'affrontement que se livrent civilistes et néo-constitutionnalistes à l'échelle du droit privé en son entier[3]. L'intensité du débat, alors même que l'influence du droit constitutionnel sur la procédure civile demeure marginale[4], signale d'importants enjeux théoriques déterminant, pour partie, l'élaboration d'un modèle du procès équitable.

b – Modèle unique

470. La multiplication des sources juridiques, internationales ou internes, porteuses de prescriptions constitutives d'un droit au procès équitable, a d'évidentes répercussions sur les représentations savantes de la fonction de juger. Contribuant à donner une nouvelle actualité au droit processuel en tant que discipline universitaire[5], ces normes d'origine diverse favorisent, par leur convergence au fond[6], une reformulation du rôle du juge inscrivant ce dernier au cœur des mécanismes de sauvegarde des droits fondamentaux[7]. La garantie des libertés individuelles par l'institution judiciaire n'est pas un mot d'ordre nouveau dans la tradition juridique française[8]. Mais la superposition des systèmes internationaux de

Rappr. Martens (P.), « La constitutionnalisation du droit juridictionnel », *in Liber Amicorum – Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Anvers, Kluwer, 1997, p. 283.

[1] V. notamment les travaux de Guinchard (S.), précités.

[2] Comp. Guinchard (S.), « Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, préc., p. 355 ; et Beignier (B.), « Procédure civile et droit constitutionnel », *in* Drago (G.), François (B.) et Molfessis (N.), dir., *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préc., p. 153.

[3] V. s*upra* n° 437.

[4] V. Molfessis (N.), « La procédure civile et le droit constitutionnel », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, préc., not. pp. 255-262.

[5] Sur la question du droit processuel, v. Baranès (W.), Frison-Roche (M.-A.) et Robert (J.-H.), « Pour le droit processuel », *D.* 1983, chron. 9 ; comp. l'introduction générale dans Guinchard (S.) *et al.*, *Droit processuel*, préc.

[6] Sur le sujet, v. les articles de Rousseau (D.), « Les convergences constitutionnelles en matière de droits fondamentaux » (p. 159), de Andriantsimbazovina (J.), « La Convention européenne des droits de l'homme, instrument de convergence des droits constitutionnels nationaux et du droit communautaire » (p. 169), et la contribution de Sudre (F.) (p. 205), dans l'ouvrage collectif publié sous la direction de Gaudin (H.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Aix en Provence : PUAM, Paris : Economica, 2001. Rappr. Andriantsimbazovina (J.), « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité" ? », *RFDA*, 2002, p. 124.

[7] Sur la notion de « droit fondamental », catégorie en cours d'élaboration, v. l'introduction de Delmas-Marty (M.) dans l'ouvrage qu'elle a co-dirigé avec Lucas de Leyssac (C.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Seuil, 1996. Comp. Terré (F.), « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », *in* Cabrillac (R.), Frison-Roche (M.-A.) et Revet (T.), *Libertés et droits fondamentaux*, préc., p. 5. Rappr. Picard (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », préc.

[8] V. not Tsiklitiras (S.), *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit français*, Paris, LGDJ, 1991. Comp. pour la période récente, et dans une perspective essentiellement publiciste, Turpin (D.), « L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle », *AJDA*, 1983, p. 653. Rappr. Costa (J.-P.), « Le juge et les libertés », *Pouvoirs*, 1998, n° 84, p. 75.

protection juridictionnelle des droits fondamentaux[1] et le renforcement de la légitimité supranationale des justices nationales en matière de droits de l'homme[2] font du juge le centre de gravité d'un droit des libertés publiques, jusqu'alors dominé par la loi[3].

471. Indissociable de la mondialisation de l'État de droit[4], la montée en puissance du droit au procès équitable est d'abord une garantie formelle protégeant les personnes ayant maille à partir avec l'institution judiciaire. Déployant ses exigences procédurales aux fins d'assurer une bonne administration de la justice, il est à ce titre qualifié de droit fondamental[5]. Mais l'enjeu du procès équitable ne s'épuise pas dans l'établissement de garanties au profit des plaideurs, dont certaines sont d'ailleurs présentes depuis fort longtemps dans la procédure civile française[6]. Cette catégorie juridique nouvelle, loin de se cantonner à borner les modalités d'exercice de la fonction juridictionnelle, sert de levier au juge pour prétendre au rang non seulement de garant, mais également d'artisan des libertés fondamentales.

472. Le mouvement qui se dessine à la convergence du droit européen des droits de l'homme, du droit constitutionnel et du droit processuel fait apparaître un véritable « droit substantiel » au procès équitable[7]. Ce dernier est décrit comme étant tout à la fois au service de la consécration de nouveaux droits fondamentaux[8], au cœur du mécanisme constitutionnel de garantie des libertés publiques[9] et au

---

[1] Auvret (P.) et Auvret-Finck (J.), « La complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des libertés publiques », *in Gouverner, administrer, juger - Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 403 ; rappr. Rideau (J.) et Renucci (J.-F.), « Dualité de la protection juridictionnelle européenne des droits fondamentaux : atout ou faiblesse de la sauvegarde des droits de l'Homme ? », *Justices*, 1997, n° 6, p. 95.

[2] Soyer (J.-C.), « Légitimité supranationale des justices nationales », *in Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, préc., p. 767.

[3] V. par exemple Rivero (J.), *Les libertés publiques, Tome 1 - Les droits de l'homme*, 6e éd., Paris, PUF, 1991, p. 147.

[4] Chevallier (J.), « La mondialisation de l'État de droit », *in Mélanges Philippe Ardant - Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, p. 325 ; rappr. Cohen-Jonathan (G.), « L'évolution du droit international des droits de l'homme », *in Mélanges offerts à Hubert Thierry - L'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 107 ; comp. Gutmann (D.), « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », *in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, préc., p. 329. En ce qui concerne la mondialisation de la procédure civile, domaine moins sensible que celui des droits de l'homme mais non moins révélateur des processus de « globalisation » en cours, v. sous la direction de Fouchard (Ph.), *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'*American Law Institute, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2001.

[5] Guinchard (S.), « Le procès équitable : droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, n° spécial « droits fondamentaux », p. 191.

[6] En ce sens, v. Beignier (B.), « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs, Les principes généraux du droit et la procédure civile », *in Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Études offertes à Pierre Catala*, préc., not. p. 165 et s.

[7] V. Guinchard (S.), « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel », *in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, préc., p. 139.

[8] Phénomène bien mis en lumière pour ce qui est de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par Flauss (J.-F.), « Les nouvelles frontières du procès équitable », *in* Université Robert Schuman de Strasbourg / Cour de cassation, *Les nouveaux développements du procès équitable...*, préc., not. p. 95 ; puis par Guinchard (S.), *op. cit.*

[9] Comp. les manuels, tous deux sensibles à l'exemple américain, de Zoller (E.), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1999, p. 573, et de Favoreu (L.) *et al.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2001, p. 806.

fondement de la réalisation des prérogatives juridiques individuelles[1]. Bouclier des droits subjectifs et gardien du droit objectif, le procès équitable prend ainsi dans l'ordre des principes une importance dont atteste également l'analyse plus technique des mécanismes procéduraux qui l'incarnent.

2 – INCARNATIONS

473. Derrière l'unité téléologique du droit au procès équitable que révèle la doctrine contemporaine, celui-ci apparaît éclaté en ses sources comme en ses attributs. Décrivant la luxuriance des prérogatives juridiques nouées par cette catégorie, les auteurs qui scrutent cette matière aux multiples facettes y distinguent l'affirmation d'un droit au juge enrichi de garanties organiques (a) ainsi que plusieurs prescriptions procédurales gages de bonne justice (b).

a – Le droit au juge

474. Le contenu du droit au juge se décline en des termes différents dans les engagements internationaux de la France, dans la jurisprudence constitutionnelle ou en droit processuel interne[2]. A l'origine de variations sur un même thème, cette diversité des sources contribue à faire de l'accès à la justice un objet de réflexion doctrinale mobilisant des auteurs issus de spécialités très différentes[3]. C'est donc par delà les clivages disciplinaires traditionnels que s'ordonne la multitude croissante des dispositions juridiques et des décisions juridictionnelles protégeant la possibilité d'un recours juridictionnel, notamment en cas d'atteinte portée à un droit civil.

475. En ce qui concerne l'accès à la justice *stricto sensu*, la Cour de Strasbourg[4], la Cour de Luxembourg[5] et le Conseil constitutionnel[6] sont venus préciser, chacun dans son ordre, le fondement et l'étendue de cette prérogative. Leurs jurisprudences florissantes étendent le domaine du droit au juge et garantissent son effectivité en éliminant les obstacles juridiques et les entraves factuelles qui pourraient en restreindre le développement. Le principe est si fermement affirmé qu'il imprime sa

Rappr., également sous la direction de Favoreu (L.), l'ouvrage collectif *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2000, p. 264 et s.

[1] Coulon (J.-M.) et Frison-Roche (M.-A.), « Le droit d'accès à la justice », *in* Cabrillac (R.), Frison-Roche (M.-A.) et Revet (T.), *Libertés et droits fondamentaux*, préc., not. pp. 442-446.

[2] Pour une vue d'ensemble de la matière, v. Guinchard (S.) *et al*., *op. cit.*, p. 291 et s.

[3] V. not., sous la direction de Rideau (J.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998.

[4] Renucci (J.-F.), « Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'homme », *in* Rideau (J.), dir., *op. cit.*, p. 131. V. également Cohen-Jonathan, « Le droit au juge », *in Gouverner, administrer, juger - Liber amicorum Jean Waline*, préc., p. 471. Plus particulièrement sur « Le droit à un recours effectif » dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, v. la contribution de Bruyn (D. de) aux *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, préc., p. 185.

[5] Picod (F.), « Le droit au juge en droit communautaire », *in* Rideau (J.), dir., *op. cit.*, p. 141.

[6] Renoux (T.), « La constitutionnalisation du droit au juge en France », *in* Rideau (J.), dir., *op. cit.*, p. 109. Du même auteur, rappr. « Le droit au recours juridictionnel », *JCP* 1993, I, 3675, p. 211. V. également Terneyre (P.), « Le droit constitutionnel au juge », *PA*, 4 décembre 1991, p. 4.

marque, quoique dans une moindre mesure, à la possibilité de faire appel[1] et de se pourvoir en cassation[2]. Orchestré par quelques auteurs, ce mouvement d'ouverture qui s'impose aux juridictions nationales[3] et influence le législateur[4], bouscule certaines catégories doctrinales traditionnelles. Le droit au procès équitable est ainsi à l'origine d'une transmutation de l'action en justice en un droit fondamental[5].

476. Ce droit au juge implique celui d'être jugé par un organe présentant certaines qualités d'indépendance et d'impartialité[6]. Contemplées comme des vertus judiciaires par excellence[7], ces valeurs font l'objet d'une protection particulière en droit constitutionnel[8] et en droit européen des droits de l'homme[9]. Elles s'affirment dans de multiples prescriptions, organiques et fonctionnelles, lourdes d'influences sur la procédure civile interne. En résultent parfois de délicats problèmes de transferts de droit pour les juridictions nationales, comme en témoignent les tours et détours de la réception, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, de la notion d'impartialité telle qu'elle est définie par la Cour de Strasbourg. En cette matière tout particulièrement, la modification des cadres théoriques[10] et des pratiques judiciaires[11], induite par le frottement du nouveau Code de procédure civile à la Convention européenne des droits de l'homme, cristallise les dissensions de la doctrine processualiste : apparaissent ainsi, à côté des auteurs satisfaits des évolutions en cours[12], les tenants de la méfiance envers une greffe européenne[1] pourtant porteuse d'importantes garanties pour les justiciables.

---

[1] Dans le n° 4 (juillet-décembre 1996) de la revue *Justices*, v. not. les contributions de Cadiet (L.) et Guinchard (S.), p. 1, Molfessis (N.) sur « la protection constitutionnelle », p. 17, et Medhi (R.) sur « l'aspect européen », p. 51.

[2] Sur le sujet, v. Barthélemy (J.), « Le droit au pourvoi », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, préc., p. 185.

[3] Le phénomène s'apprécie dans l'ordre judiciaire (Fricero-Bernardini (N.), « Le droit au juge devant les juridictions civiles », *in* Rideau (J.), dir., *op. cit.*, p. 11), comme dans l'ordre administratif (Cliquennois (M.), « Variations actuelles du droit au juge », *in Études en l'honneur de Pierre Sandevoir. Service public, services publics*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 14).

[4] La loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions semble consacrer dans son article 1 un droit fondamental d'accès à la justice en ce qu'elle « tend à garantir sur l'ensemble du territoire l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans les domaines (…) de la justice ».

[5] Bandrac (M.), « L'action en justice, droit fondamental », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, préc., p. 1.

[6] Synthèse de la question par Crocq (P.), « Le droit à un tribunal impartial », *in* Cabrillac (R.), Frison-Roche (M.-A.) et Revet (T.), *Libertés et droits fondamentaux*, préc., p. 451.

[7] Commaret (D.N.), « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.* 1998, chron. 262.

[8] Sur le sujet, v. Graffin (T.), « Le statut des magistrats devant le Conseil constitutionnel : une défense discutable de l'unité du corps judiciaire au profit d'une exigence forte d'indépendance des magistrats », *RDP*, 2001, p. 831.

[9] Panorama complet de ces sources dans Guinchard (S.) *et al.*, *op. cit.*, p. 441 et s.

[10] Van Compernolle (J.), « Évolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective », *RTDH*, 1994, p. 429. Rappr. Goyet (C.), « Remarques sur l'impartialité du tribunal », *D.* 2001, chron. 328.

[11] Gerardin-Sellier (N.), « La composition des juridictions à l'épreuve de l'article 6 § 1° de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2001, p. 961.

[12] Frison-Roche (M.A.), « L'impartialité du juge », *D.* 1999, chron. 53. Comp., dans un autre registre, Martin (R.), « L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau Code de procédure civile », *D.* 1996, chron. 20 ; et du même auteur, « Le juge de la mise en l'état à l'épreuve de la Convention EDH », *RGDP*, 1999, n° 3.

b – Les droits du justiciables

477. L'internationalisation et la constitutionnalisation du droit au procès équitable ne se limitent pas aux questions d'accès au juge et d'organisation des tribunaux. Elles concernent également le déroulement de l'instance judiciaire et s'immiscent jusque dans le détail de la mécanique processuelle[2]. Se réclamant de la protection du justiciable, cette intrusion sur les terres du nouveau Code de procédure civile s'illustre dans l'épanouissement jurisprudentiel de principes de bonne administration de la justice auxquels ne peuvent déroger ni les juridictions judiciaires, ni le législateur[3]. Vivifiant certaines valeurs déjà reconnues par le droit français, les règles élaborées à cette occasion reformulent plus qu'elles ne subvertissent l'ordre public processuel. Cette influence, de prime abord discrète, explique que certains processualistes, goûtant peu l'avancée de ce droit étranger, gardent parfois le silence sur les fondements, constitutionnels ou internationaux, de telle ou telle garantie procédurale, par ailleurs consacrée par la loi[4].

478. Reste que, s'il ne transforme pas fondamentalement les exigences posées par les principes directeurs du nouveau Code de procédure civile[5], le pluralisme des sources protégeant les droits de la défense renforce l'autorité de ces derniers et limite les dérogations susceptibles de leur être apportées[6]. Il en va ainsi en matière d'égalité des parties devant le juge[7], de respect de la contradiction durant l'instance[8] ou encore de publicité de la justice[9] ; autant de principes consacrés depuis longtemps par la

[1] Magnier (V.), « La notion de justice impartiale, à la suite de l'arrêt *Oury*, Cass. ass. plén., 5 février 1999 », *JCP* 2000, I, 252. Rappr. dans une autre perspective, Beignier (B.) et Bléry (C.), « L'impartialité du juge, entre apparence et réalité », *D.* 2001, chron. 2427.

[2] V. par exemple les pages qui leur sont consacrées par Fricero (N.) dans l'ouvrage collectif publié sous la direction de Guinchard (S.), *Droit et pratique de la procédure civile*, préc., p. 455 et s.

[3] Pour une perspective, tout à la fois générale et particulière au procès civil, sur ces garanties de bonne justice, v. Pedrot (Ph.), « Les droits fondamentaux spécifiques au procès civil », *in* Cabrillac (R.), Frison-Roche (M.-A.) et Revet (T.), *Libertés et droits fondamentaux*, préc., p. 551. Rappr. Mock (P.), « Le droit à un procès équitable en matière civile », *RTDH*, 1995, p. 385.

[4] En ce sens, on peut remarquer la discrétion de Cornu (G.) et Foyer (J.) sur certains développements conventionnels et constitutionnels du droit du procès équitable dans la dernière édition de leur manuel de procédure civile précité.

[5] Le paysage juridique forgé par le nouveau Code de procédure civile n'est pas subverti par les sources nouvelles du procès équitable ; il n'en est pas moins brouillé. Symptomatiques d'un obscurcissement des cadres de référence de cette matière, certains plaident une revalorisation des principes directeurs du code. V. not. Sak (H.), « Plaidoyer pour la promotion de l'ensemble des principes directeurs de l'instance au rang de principes généraux du droit », *PA*, 18 avril 2000, n° 77, p. 4.

[6] Sur les droits de la défense en droit processuel interne, v. Wiederkehr (G.), « Droits de la défense et procédure civile », *D.* 1978, chron. 36. Rappr. l'article de Renoux (T.), « Droits de la défense » dans le *Dictionnaire constitutionnel* publié sous la direction de Duhamel (O.) et Mény (Y.), Paris, PUF, 1992, p. 330.

[7] Le principe constitutionnel d'égalité des citoyens, notamment devant les règles de procédure (Renoux (T.), « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTDCiv*, 1993, not. p. 44) fait miroir au principe conventionnel d'égalité des armes (Jean-Pierre (D.) et Mélin-Soucramanien (F.), « Le principe de l'égalité des armes », *RRJ*, 1993, p. 489 ; rappr. Ruiz Fabri (H.), « Égalité des armes et procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* Lambert (T.) *et al.*, *op. cit.*, p. 47).

[8] Sur le principe du contradictoire, ses sources, son contenu et son importance procédurale, v. n° 513 à n° 515.

[9] Sur l'histoire de l'affirmation du principe de publicité de la justice en droit français, notamment depuis la Révolution, v. le rapport de Auby (J.-M.) dans les travaux du 6e colloque des Instituts d'études judiciaires

pratique judiciaire sur le fondement du droit naturel[1], puis insérés dans le nouveau Code de procédure civile, avant de bénéficier d'une reconnaissance constitutionnelle ou internationale.

479. Il est en revanche un domaine du procès civil où les sources nouvelles du droit processuel enrichissent de manière évidente le canevas des garanties procédurales offertes au justiciable. C'est celui du droit à un jugement, et à son exécution, dans un délai raisonnable[2]. Ces trois exigences distinctes que sont l'accès au prétoire, la célérité de l'administration judiciaire et l'effectivité de la décision juridictionnelle[3] se nouent entre elles pour redonner toute son actualité à la notion de déni de justice[4]. Fondée sur un devoir étatique de protection juridictionnelle de l'individu, cette catégorie fait un retour en force indissociable de la montée en puissance du procès équitable. Elle guide la doctrine de la question de l'équité de la procédure au problème de son efficacité.

(Toulouse, mai 1968), *Le principe de la publicité de la justice*, Paris, Librairie technique, 1969, p. 7. Rappr., dans le même ouvrage, la contribution de Perrot (R.) sur « Le principe de la publicité dans la procédure civile », p. 23. Comp. Kayser (P.), « Le principe de la publicité de la justice dans la procédure civile », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, préc., p. 501. Consacrée par l'article 22 du nouveau Code de procédure civile, et élevée au rang de principe général du droit par le Conseil d'État, la publicité des débats judiciaires est également garantie par la Convention européenne des droits de l'homme.

[1] Motulsky (H.), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz / Sirey, 1961, Tome 2, p. 175.

[2] Sur la notion de délai raisonnable dans le droit conventionnel, v. Valéry (A.), « Qu'est-ce qu'un délai raisonnable au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ? », *in* Union des avocats européens, *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, préc., p. 91. Rappr. pour une perspective nationale et comparatiste le n° 5 de la *RTDH* (1er janvier 1991), not. les contributions de Lambert (P.), p. 3, et de Flauss (J.-F.), p. 49.

[3] Hugon (C.), « L'exécution des décisions de justice », *in* Cabrillac (R.), Frison-Roche (M.-A.) et Revet (T.), *Libertés et droits fondamentaux*, préc., not. pp. 611-619.

[4] Favoreu (L.), « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », *in Gouverner, administrer, juger - Liber amicorum Jean Waline*, préc., p. 513. Rappr. Coulon (J.-M.), « L'effectivité de l'accès à la justice et le contrôle de la durée des procédures », *in Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyer - L'honnête homme et le droit*, Paris, LGDJ, 2000, p. 71.

B. LA PROCEDURE EFFICACE

> « Ainsi, la réforme de la justice s'inscrit dans une démarche plus économique que juridique, moins dogmatique que pratique, plus prospective, enfin, sur l'aptitude de l'institution à répondre à une demande de justice qu'il faut analyser, prévoir et évaluer, sur l'offre à créer pour la satisfaire quantitativement et qualitativement (…), sur la modernisation des structures (…). »
>
> Guy Canivet, « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », *Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 251.

480. Dans l'ordre des représentations juridiques, la valorisation du procès équitable entre en résonance avec l'exigence d'une effectivité accrue du droit[1]. Dans le domaine des pratiques judiciaires, le juge est aux prises avec un contentieux de masse dont la résorption pose problème[2]. C'est à la conjonction de ces deux variables, théorique et institutionnelle, que s'élaborent de nouvelles exigences en matière d'efficacité procédurale[3]. Posant un impératif renforcé en matière de réalisation concrète des droits par la voie judiciaire, le discours juridique s'oblige en effet à penser l'intendance du service public de la justice en termes pragmatiques[4] (1). Ce mouvement implique d'importants ajustements théoriques et de nouvelles méthodes d'évaluation du processus judiciaire se font jour, laissant deviner une absorption des préceptes manageriaux par le droit (2).

1 – DES PRINCIPES A L'INTENDANCE

481. La mise en conformité de l'administration de la justice française aux standards du procès équitable suscite une réforme récurrente de l'ordre judiciaire et de sa procédure. Irriguées par l'activité doctrinale, ces évolutions tendent, d'une part, à améliorer l'accessibilité des juridictions, gage du respect du droit au juge (a) et, d'autre part, à rationaliser les formes de la justice, garantes d'un bon fonctionnement institutionnel (b).

---

[1] Baranès (W.) et Frison-Roche (M.-A.), « Le souci de l'effectivité du droit », *D.* 1996, chron. 301.
[2] Sur ce point, v. Kernaleguen (F.), « A propos du règlement des litiges de masse », *in La terre, la famille, le juge. Études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, préc., p. 367.
[3] Sur la notion d'efficacité dans la théorie générale du droit et dans la dogmatique juridique, v. Bettini (R.), « Efficacité » dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., p. 219. Comp., dans le registre de la dogmatique juridique, Bléry (C.), *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris, LGDJ, 2000.
[4] Frison-Roche (M.-A.), « Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice », *JCP* 1997, I, 4051.

a – L'accessibilité de l'institution judiciaire

482. S'ancrant dans la tradition, le principe d'une aide offerte « aux indigents pour l'exercice de leurs droits en justice »[1] a été profondément renouvelé par la problématique contemporaine de l'accès au droit. De l'assistance judiciaire se revendiquant de la philanthropie, à l'aide juridictionnelle au service d'un droit au droit, l'évolution est clairement mise en évidence par la doctrine. Le questionnement théorique est, ici encore, transversal aux cloisonnements disciplinaires traditionnels : la possibilité de jouir concrètement de ses prérogatives abstraites, notamment par leur réalisation judiciaire, est un objectif à valeur constitutionnelle[2], une exigence du droit européen[3], mais également un champ privilégié de l'action sociale[4], un important enjeu assurantiel[5] et un horizon politique indiscutable[6].

483. Stimulant les travaux comparatistes[7], les échanges entre disciplines[8] et les analyses hétérodoxes de type sociologique[9] ou économique[10], la complexité des techniques d'aide juridique n'exclut pas une réflexion plus pratique sur le sujet. En effet, si la gratuité du service public de la justice ne suscite aucune interrogation

[1] Selon les termes de l'article 1er de la loi du 22 janvier 1851 organisant l'assistance judiciaire, cité par Dauchez (C.), « Regard historique sur l'accès au droit », *in* Leduc (F.), dir., *L'accès au droit*, Tours, Publications de l'Université François Rabelais, 2002, p. 101.

[2] Aux marges du questionnement sur l'accès à la justice, mais le déterminant en puissance, se pose le problème de l'accessibilité du droit par son intelligibilité. La problématique est posée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Sur le sujet, v. not. Frison-Roche (M.-A.) et Baranès (W.), « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, chron. 361. Rappr. Seiller (B.), « La reconnaissance d'un droit au droit », *in* Leduc (F.), dir., *op. cit.*, p. 41.

[3] Outre les références bibliographiques précédemment citées, v. Harlow (C.), « L'accès à la justice comme droit de l'homme : la Convention européenne et l'Union européenne », *in* Alston (P.), dir., *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 189.

[4] Leroy (J.), « Aide juridique, aide sociale et action sociale (Loi n° 91-164 du 10 juillet 1991 », *RDSS*, 1992, p. 223. *Adde.* Lebreton (S.), « Le volet social de la réforme de la justice : la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », *RDSS*, 1999, p. 664.

[5] Cerveau (B.), « Aide juridique et protection juridique : l'assurance au secours de l'État », *Gaz. Pal.*, 1992, 2, 622. Du même auteur, v. également « Une voie nouvelle d'accès au droit et à la justice : l'assurance de protection juridique », *Gaz. Pal.*, 8 août 1998, doct., p. 1036. Rappr. Rials (A.), *L'accès à la justice*, Paris, PUF, 1993, p. 73 et s.

[6] Coulon (J.-M.) et Frison-Roche (M.-A.), « Le droit d'accès à la justice », préc., not. pp. 444-445 ; rappr. Bougrab (J.), « L'aide juridictionnelle, un droit fondamental ? », *AJDA*, 2001, p. 1016. Comp. « L'accès au droit et à la justice est un pilier de la démocratie. Entretien avec Francis Teitgen, Batônnier de l'Ordre des avocats à la Cour de Paris », *PA*, 22 novembre 2000, p. 5.

[7] V. not. les ambitieuses recherches menées, il y a quelques années déjà, sous la direction de Cappelletti (M.) et partiellement synthétisées dans l'ouvrage collectif *Accès à la justice et État providence*, Paris, Economica, 1984.

[8] V. par exemple les actes précités du colloque consacré à l'accès au droit et organisé le 8 juin 2001 à l'Université de Tours sous la direction de Leduc (F.).

[9] V. not. les travaux de Faget (J.), par ex. « L'accès au droit : logiques de marché et enjeux sociaux », *Droit et Société*, 1995, n° 30-31, p. 367 ; ou plus récemment « Regard sociologique sur l'accès au droit », *in* Leduc (F.), dir., *op. cit.*, p. 119.

[10] V. par exemple Doriat-Duban (M.), « Analyse économique de l'accès à la justice : les effets de l'aide juridictionnelle », *RIDE*, 2001-1, p. 77 ; rappr. la contribution de Didier (P.), *in* Leduc (F.), dir., *op. cit.*, p. 105.

particulière[1], le fonctionnement institutionnel de l'accès au droit appelle pour sa part un travail de mise en forme doctrinale[2]. La réglementation en la matière est en effet dense et évolutive, objet de réformes et de rapports[3] dont l'objectif affiché est de réduire toujours plus les obstacles à l'accès à l'information juridique et aux tribunaux.

484. Cette volonté de mieux garantir l'effectivité des droits subjectifs ne s'épuise pas dans la mise en place de techniques d'assistance aux personnes. Elle s'illustre également dans le souci de réduire les distances symbolique, géographique ou temporelle qui éloignent les justiciables de leurs juges[4]. Le mouvement, qui s'inscrit dans une transformation des modes de régulation politique[5] et dans une logique de territorialisation des services publics[6], s'impose dans les représentations savantes de la fonction de juger par le biais de la notion de justice de proximité[7]. Renvoyant tant au versant pénal[8] qu'au versant civil[9] de l'activité du juge, cette catégorie à géométrie variable est construite en objet d'étude par la sociologie qui y voit un révélateur privilégié des évolutions de l'institution judiciaire[10]. Mais c'est essentiellement en

[1] V. *a contrario* Lecerf (M.), « La gratuité des services publics à l'égard des usagers », *JCP* 1998, 1, 168. Rappr. Truchet (D.), « La justice comme service public », *in* Guigou (E.) *et al.*, *Le service public de la justice*, préc., not. p. 34.

[2] Les manuels de droit judiciaire privé et de procédure reviennent tous, plus ou moins en détail, sur la question de l'aide juridique. V. par exemple Cadiet (L.), *Droit judiciaire privé*, préc., pp. 61-71. Rappr. Rusquec (E. du), « Aide juridictionnelle. Aide à l'accès au droit », *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 122, 1997. Comp., pour une perspective synthétique et critique, Ribs (J.), « L'accès au droit », *in Mélanges Jacques Robert - Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 415.

[3] V. not. le rapport du Conseil d'État à l'origine de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique (Section du rapport et des études du Conseil d'État, *L'aide juridique, pour un meilleur accès au droit*, rapport adopté le 26 avril 1990, Paris, La documentation française, 1991). Comp., plus récemment, le rapport remis à la Garde des Sceaux sur *La réforme de l'accès au droit et à la justice*, Paris, La documentation française, 2001, à l'origine d'un projet de loi sur lequel v. Rolin (F.), « Considérations inactuelles sur le projet de loi relatif à la réforme de l'accès au droit et à la justice », *D.* 2002, chron. 2890.

[4] Dernier avatar législatif de cette volonté de rapprocher la justice des justiciables, la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002 prévoit l'institution de nouvelles « juridictions de proximité ». Sur cette réforme, v. Moutouh (H.), « La juridiction de proximité : une tentative attendue de déconcentration judiciaire », *D.* 2002, chron. 3218. Plus généralement, sur la proximité de la justice et la justice de proximité, v. Serverin (E.), « La proximité comme paradigme de constitution des territoires de la justice », *in* Bellet (M.), Kirat (T.) et Largeron (C.), dir., *Approches multiformes de la proximité*, Paris, Hermès, 1998, p. 65.

[5] Sur cette question, v. notamment Commaille (J.) et Jobert (B.), dir., *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, LGDJ, 1999.

[6] Faget (J.), « Justice de proximité et modernisation des services public », *in* Wyvekens (A.), et Faget (J.), dir., *La justice de proximité en Europe. Pratiques et enjeux*, Ramonville Saint-Agne, Érès, 2001, p. 145.

[7] Sur la justice de proximité, v. entre autres la compilation de textes recueillis par Peyrat (D.), *La justice de proximité*, Paris, La documentation française, 2001. Rappr. Beauchard (J.), « La justice judiciaire de proximité », *Justices*, 1995, n° 2, p. 35. Et pour le regard de l'observateur participant à la réforme, v. Haenel (H.), « Justice de proximité. Premier bilan », *Pouvoirs*, 1995, n° 74.

[8] Sur la dimension pénale de la justice de proximité, v. notamment les travaux de Wyvekens (A.), not. « Justice de proximité et proximité de la justice. Les maisons de justice et du droit », *Droit et Société*, 1996, n° 33 ; et plus récemment « La justice de proximité en France : politique judiciaire de la ville et interrogations sur la fonction de justice », *in* Wyvekens (A.), et Faget (J.), dir., préc., p. 17.

[9] V. par exemple Lebon-Blanchard (M.-F.), *Droit et cultures*, hors-série, « Droit, justice et proximité », 2001, p. 119.

[10] V. notamment les travaux de Commaille (J.) : son ouvrage *Territoires de justice. Une sociologie politique de la carte judiciaire*, préc., not. pp. 238 et s. ; du même auteur, rappr. « La carte judiciaire

tant que figure de la rationalisation des formes d'administration de la justice qu'elle est appréhendée par la doctrine.

b – La rationalité de l'organisation de la justice

485. Justifiée entre autres par la proximité accrue qu'elle autorise entre le justiciable et la justice, l'institution de juges uniques à côté ou, parfois, à la place d'organes collégiaux est au cœur du processus de rationalisation de l'organisation judiciaire. Le phénomène, identifié dès les années 1970 comme une tendance lourde[1], s'est depuis amplifié notamment dans le domaine de la justice civile[2]. Présenté comme une technique d'accélération des procédures et comme un facteur de spécialisation des magistrats[3], le recours au juge unique est paré des vertus nécessaires à la résolution d'un contentieux dont le volume et la complexité vont *crescendo*. Mais cette évolution institutionnelle n'emporte pas l'adhésion unanime de la doctrine[4] qui nourrit le débat, jusque dans les manuels les plus didactiques[5], sur les bienfaits et les méfaits respectifs de l'unicité et de la collégialité.

486. La discussion bat également son plein sur des problématiques procédurales plus techniques, mais non moins essentielles au fonctionnement de la justice civile, comme l'atteste par exemple l'intense production éditoriale relative au toilettage du nouveau Code de procédure civile à la fin des années 1990[6]. Cette réforme avait pour objectif une résolution plus efficace des différends par une plus grande formalisation des écritures judiciaires, un renforcement des pouvoirs du juge de la mise en état et diverses autres mesures[7]. En quête d'une optimisation du fonctionnement de la justice, le législateur a ainsi modifié, de manière significative,

comme projet politique », *Justices*, 1995, n° 2, p. 57. Comp. sur une réforme particulière de départementalisation de la justice, aujourd'hui abandonnée, l'article de Brunet (B.), « La départementalisation de l'institution judiciaire (juin 1991-Juin 1993) », *Droit et Société*, 1994, n° 26, p. 95 ; et la réponse de Bodiguel (J.-L.), *Droit et Société*, 1994, n° 27, p. 375.

[1] Comp. Vincent (J.), « Les juges uniques dans le droit judiciaire français contemporain », *in Études offertes à Jacques Lambert*, Cujas, 1975, p. 581 ; et Perrot (R.), « Le juge unique en droit français », *RIDC*, 1977, p. 659.

[2] Pour une vue générale de la matière, v. les actes du 21e colloque des Instituts d'études judiciaires qui s'est déroulé les 19 et 20 mai 1995 à Toulon, sous la direction de Bolze (C.) et Pédrot (Ph.), *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, Paris, Dalloz, 1996. Pour une perspective spécifique au droit privé, v. not. la contribution de Putman (E.), « Le juge unique en droit privé », p. 125. Plus récemment, v. Vaissière (F. de la), « Quelques réflexions simples sur le "juge unique" », *Gaz. Pal.*, 5 et 6 janvier 2000, doct., p. 86.

[3] Pour un regard nuancé sur les liens entre unicité, accélération et spécialisation de la justice, v. not. Cadiet (L.), « Le juge unique en question », *in* Bolze (C.) et Pédrot (Ph.), dir., *op. cit.*, pp. 12-17.

[4] V. par exemple Villacèque (J.), « Le tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile : la collégialité menacée par les juges uniques », *D.* 1995, chron. 317.

[5] V. par exemple Perrot (R.), *Institutions judiciaires*, 9e éd., Paris, Montchrestien, 2000, pp. 385-388.

[6] On vise ici le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, dont les dispositions reprennent une partie des propositions faites par Jean-Marie Coulon dans son rapport au Garde des sceaux (*Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Paris, La documentation française, 1997) et les très nombreux commentaires qu'il a suscités. Sur ce rapport et son inscription dans une conception plus gestionnaire de l'institution judiciaire, v. *infra* n° 494.

[7] Sur le décret du 28 décembre, v. entre autres les chroniques précitées de Cadiet (L.), *JCP* 1999, I, 130, et Guinchard (S.), *D.* 1999, chron. 65.

certains équilibres du procès civil. La phase terminale de la procédure judiciaire, celle de l'exécution de la décision juridictionnelle, n'échappe pas à cette soif de rationalisation. En ce domaine, les efforts du législateur national - concrétisés notamment par l'institution d'un juge unique chargé du contentieux de l'exécution[1] - ont désormais, il est vrai, des enjeux internationaux[2].

487. Élaborées dans l'ordre interne ou résultant d'harmonisations entre États de l'Union européenne[3], ces réformes techniques fondées sur un mot d'ordre d'efficacité se réclament des exigences du procès équitable[4]. Trouvant d'autant plus d'écho dans la doctrine qu'elles influent sur l'activité des professionnels du droit[5], ces évolutions procédurales se nourrissent de sensibles transformations dans les représentations savantes de l'office du juge : la modernisation de l'administration de la justice ne va pas sans mutations des concepts juridiques.

2 – DE L'EVALUATION AU MANAGEMENT

488. Sollicitées par la Chancellerie pour produire un savoir d'action relatif aux exigences de bonne justice[6], doctrine juridique et sciences sociales s'articulent aux fins d'appréhender l'institution judiciaire à l'aune des problématiques organisationnelles contemporaines. Le discours juridique, usant d'appareils conceptuels éprouvés en d'autres domaines, est ainsi conduit à penser la qualité et la responsabilité du service public de la justice (a), et la gestion de l'entreprise judiciaire (b).

[1] Sur « le juge de l'exécution », v. Normand (J.), dans un numéro spécial hors série de la *RTDCiv* (1993) consacrée à *la réforme des procédures civiles d'exécution* suite à la loi (n° 91-650) du 9 juillet 1991 et à son décret d'application (n° 92-755). Rappr. Héron (J.), « Le juge unique et l'exécution en droit privé », *in* Bolze (C.) et Pédrot (Ph.), dir., préc., p. 35.

[2] Sur ce sujet d'actualité, v. par exemple Bruneau (C.), « Le traité d'Amsterdam et la coopération judiciaire en matière civile. Transformation en réglements communautaires de quatre conventions européennes », *JCP* 2000, I, 2666.

[3] Sur l'harmonisation de la procédure civile francaise avec celle des autres pays d'Europe, v. not. les travaux de Normand (J.), « Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, préc., p. 337 ; « Le rapprochement des procédures civiles dans l'Union européenne », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, préc., p. 265 ; « Un droit judiciaire privé européen », *in* Vareilles-Sommières (P. de), dir., *Le droit privé européen*, préc., p. 124. Rappr. Storme (M.), « Le droit judiciaire : *e diversitate unitas ?* », *Justices*, 1997, n° 7, p. 69.

[4] En témoigne à l'évidence l'organisation des travaux menés sous la direction de Caupain (M.-T.) et Leval (G. de), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Paris, Larcier, 2000.

[5] Outre les nombreux articles et billets d'humeur publiés dans les revues juridiques par des professionnels de la justice sur le décret du 18 décembre 1998, v. les riches échanges - postérieurs au rapport Coulon mais antérieur au décret - tenus lors des États généraux de la profession d'avocat sur le rapport Coulon (*La réforme du Code de procédure civile, autour du rapport Coulon*, préc.).

[6] Sur la recherche encadrée et promue par la Chancellerie, v. Assier-Andrieu (L.), « La recherche pour la justice », *Droit et Société*, 1992, n° 20-21, p. 115.

a – Qualité et responsabilité du service public de la justice

489. Catégorie en construction[1], l'idée de qualité de la justice s'inscrit dans un mouvement plus général d'adaptation des services publics aux usagers dans le cadre de la réforme de l'État[2]. Cette tendance lourde, dont l'émergence date des années 1980, est à l'origine d'une rhétorique institutionnelle, portée par des rapports ministériels et parlementaires, qui lie la satisfaction de l'usager-justiciable à la modernisation de l'administration judiciaire[3]. Malgré les réticences d'une partie de la doctrine, universitaire[4] et praticienne[5], qui répugne à voir dans la justice un service public comme les autres et insiste sur la spécificité constitutionnelle de la fonction juridictionnelle[6], cette thématique s'impose progressivement dans l'ordre théorique.

490. Transversale aux différents services publics, l'exigence de qualité implique l'utilisation d'outils d'évaluation jusqu'alors inconnus de l'institution judiciaire[7]. Si les instruments de comptage orientés vers le contrôle de l'activité des tribunaux ne datent pas d'hier[8], la statistique voit son domaine étendu à mesure que s'affirme la volonté de « porter le chiffre au cœur de la fonction de justice »[9]. Se réclamant du pragmatisme[10], cette démarche évaluative pose de cruciaux problèmes méthodologiques[11] et n'est pas exempte d'effets pervers[12]. Elle atteste, en tout cas, de

[1] Sur cette catégorie nouvelle dans les représentations savantes de la justice, v. not. l'ouvrage collectif dirigé par Cavrois (M.-L.), Dalle (H.) et Jean (J.-P.), *La qualité de la justice*, Paris, La documentation française, 2002. Rappr., entre autres, Jean (J.-P.), « La qualité de la justice face aux attentes du justiciable », *in* Gaboriau (S.) et Pauliat (H.), dir., *L'éthique des gens de justice. Entretiens d'Aguesseau*, Actes du colloque des 19-20 octobre 2000, Limoges, PULIM, 2001, p. 149 ; Dalle (H.), « Juger plus et juger mieux », *in* Soulez Larivière (D.) et Dalle (H.), dir., *Notre justice. Le livre vérité de la justice française*, Paris, Robert Laffont, 2002, p. 231. V. également les divers travaux de recherche sur ce sujet mis en ligne sur le site web du GIP Mission de recherche droit et justice, adresse IP : www.gip-recherche-justice.fr

[2] Pour une perspective générale sur la démarche qualité dans les services publics, v. Cluzel (L.), « La promotion de la qualité dans les services publics, un précédent pour la justice ? », *in* Breen (E.), dir., *Évaluer la justice*, Paris, PUF, 2002, p. 53.

[3] Dumoulin (L.) et Delpeuch (T.), « La justice : émergence d'une rhétorique de l'usager », *in* Warin (P.), dir., *Quelle modernisation des services publics ? Les usagers au cœur des réformes*, Paris, La Découverte, 1997, p. 103.

[4] Comp., dans Guigou (E.) *et al.*, *Le service public de la justice*, préc., les contributions de Truchet (D.), p. 31, et de Sauvé (J.-M.), p. 65.

[5] Vatier (B.), « La justice est-elle un service public ? », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, préc., p. 141.

[6] Bioy (X.), « L'institution judiciaire : entre autorité constitutionnelle et service public », *AUSST*, Tome 46, 1998.

[7] Pauliat (H.), « L'administration de la justice dans les institutions françaises », *in* Gaboriau (S.) et Pauliat (H.), dir., *op. cit.*, not. pp. 91-92.

[8] V. not. Serverin (E.), « De la statistique judiciaire civile et de ses usages », *RIDE*, 1999-2, p. 281. Rappr., du même auteur, « Connaissance des contentieux civils et statistique judiciaire », *D.* 1987, chron. 89.

[9] Breen (E.), « Les indicateurs de performance de la justice : un test pour la réforme des finances publics », *in* Breen (E.), dir., *Évaluer la justice*, préc., p. 26.

[10] Cohen (D.) et Garapon (A.), préface à l'ouvrage cité note précédente, p. 17.

[11] V. par ex. Pallez (F.), « De la mesure dans un service régalien. Peut-on et faut-il quantifier la charge de travail des magistrats ? », *Pol. man. pub.*, 2000, vol. 18, n° 4, p. 91. Rappr. Jeammaud (A.) et Serverin (E.), « Évaluer le droit », *D.* 1992, chron. 263.

[12] Bacache (M.), « Les indicateurs de performance au sein des services publics : difficultés et effets pervers », *in* Breen (E.), dir., *op. cit.*, p. 223.

nouvelles demandes institutionnelles qui pèsent sur l'institution judiciaire, au point d'en infléchir les représentations savantes.

491. Le souci de la qualité judiciaire exprimé dans le discours technocratique doit être rapproché de l'attention croissante, portée par la doctrine, aux remèdes juridiques susceptibles d'être apportés aux dysfonctionnements de la justice. Aux côtés d'une problématique naissante sur l'erreur du juge[1] s'épanouit ainsi une réflexion savante relative à la responsabilité des magistrats et du service public de la justice[2]. Stimulé par l'activité disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature[3], fécondé par l'évolution de la jurisprudence judiciaire[4] et fertilisé par la montée en puissance d'une idéologie de la réparation[5], le débat contemporain témoigne d'un désir partagé de voir la responsabilité du juge plus facilement mise en jeu. Ce souhait - nuancé par certains[6] - illustre une exigence d'efficacité de plus en plus prégnante dans les représentations doctrinales de la fonction de juger, comme en témoigne la valorisation des logiques gestionnaires de l'institution judiciaire.

b – Gestion et économie de l'entreprise judiciaire

492. Définie ponctuellement, sinon exclusivement, comme une « entreprise en activités judiciaires »[7] par certains hauts magistrats, l'administration de la justice est désormais pensée à l'aune des contraintes de structures et de moyens qui la brident[8].

---

[1] V. not. Frison-Roche (M.-A.), « L'erreur du juge », *RTDCiv*, 2001, p. 819 ; rappr. Atias (C.), « L'erreur grossière du juge », *D.*1998, chron. 280.

[2] Dès 1956, Ardant (Ph.) consacrait sa thèse à *La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle*, Paris, LGDJ, 1956. Aujourd'hui, l'actualité de la question de la responsabilité des juges se donne à voir dans de multiples publications. Outre les développements consacrés à la responsabilité du service public de la justice dans les manuels de droit judiciaire, v. entre autres les actes du 22e colloque des Instituts d'études judiciaires consacré à « la responsabilité des gens de justice » et publiés dans la revue *Justices* (n° 5, janvier / mars 1997) ; les actes du colloque des 25 et 26 mars 1999 consacré à *La responsabilité du juge*, publiés par l'École nationale de la magistrature ; et enfin les actes du colloque organisé par l'Institut de sciences pénales et de criminologie d'Aix en Provence, *Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?*, Aix en Provence, PUAM, 2000. Rappr., pour une description fouillée du droit en vigueur, le fascicule 74 du *Juris-Classeur de procédure civile* par Pluyette (G.) et Chauvin (P.), consacré à la « responsabilité du service de la justice et des magistrats », 1994 ; ainsi que Sarda (F.), *Les responsabilités des juridictions. Les fautes de la justice*, Paris, PUF, 1999.

[3] V. not. Colin (F.), « La responsabilité disciplinaire des juges », *in* Institut de sciences pénales et de criminologie d'Aix en Provence, *Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?*, préc., p. 69 ; comp. Commaret (D.), « Les responsabilités déontologiques des magistrats à la lumière de la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature », *Histoire de la justice*, 2000, n° 12, p. 201 ; rappr. Gicquel (J.), « Le Conseil supérieur de la magistrature : une création continue de la République », *in Mélanges Philippe Ardant - Droit et politique à la croisée des cultures*, préc., p. 289.

[4] V. par ex. Lombard (M.), « La responsabilité du fait du service public de la justice », *in Gouverner, administrer, juger - Liber amicorum Jean Waline*, préc., not. p. 663 et s.

[5] En ce sens, v. Giudicelli-Delage (G.), « Rapport de synthèse », *in* Institut de sciences pénales et de criminologie d'Aix en Provence, *Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?*, préc., p. 241. Plus généralement sur « les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », v. la contribution de Cadiet (L.) aux *Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, préc., p. 495.

[6] V. par exemple Frison-Roche (M.-A.), qui met en garde contre la mise en place d'une responsabilité personnelle des juges, « La responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée », *JCP* 1999, I, 174.

[7] Rozès (S.), « Une entreprise en activités judiciaires », *RFAP*, 1991, n° 57, p. 5.

[8] Estoup (P.), « La gestion d'une Cour d'appel », *RFAP*, 1991, n° 57, p. 29.

Aux dotations budgétaires insuffisantes, aux ressources humaines mal valorisées et aux modes de fonctionnement sclérosés[1], l'administration centrale répond par un programme de modernisation permanente[2]. Sollicitant l'adaptabilité de l'institution judiciaire, cette approche, qui s'illustre tant en discours qu'en réformes, a d'importantes répercussions dans l'ordre des représentations savantes.

493. Le respect des impératifs comptables, l'appréciation des besoins réels des services judiciaires et l'accent mis sur leur opérationnalité ne sont pas des mots d'ordre complètement nouveaux pour la doctrine[3]. Mais l'instrumentalisation des sciences sociales et des techniques gestionnaires[4] aux fins de mieux administrer la justice a profondément renouvelé le regard porté sur la fonction de juger en la transformant en objet de management public. De l'étude sociologique des modes de diffusion de l'innovation dans les tribunaux[5] à l'analyse économique du règlement juridictionnel des litiges[6], en passant par l'examen de l'applicabilité des normes ISO au service public de la justice[7], les recherches foisonnent qui prétendent offrir des outils opératoires pour une meilleure gouvernance judiciaire. Loin de se constituer en corps de savoir autonome et hermétique, cette littérature informe, non seulement la politique de la Chancellerie, mais également la dogmatique juridique. Il en résulte

---

[1] Exemplaire de ces critiques, récurrentes chez les professionnels de la justice et largement relayées par les médias, v. Danet (G.), « Une institution délabrée », *RFAP*, 1991, n° 57, p. 15 ; rappr. Mandelkern (D.), « Le service public de la justice et ses moyens », *in* Guigou (E.) *et al.*, *Le service public de la justice*, préc., p. 123.

[2] Kramer (P.), « La modernisation de la justice », *RFAP*, 1991, n° 57, p. 69 ; comp. Brunet (B.), « Institution judiciaire et valorisation des ressources humaines », *Sciences de la société*, n° 28, février 1993.

[3] V. par exemple, dès 1967, Savatier (R.), « 1965-1967. Le juge dans la Cité française », *D.* 1967, chron., not. pp. 203-204.

[4] En général, sur le développement des sciences et techniques de gestion, v. la leçon terminale de Claude Champaud, « Sciences de gestion et conscience entrepreneuriale », *in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX*e *siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, préc., p. xiii.

[5] Ackerman (W.) et Bastard (B.), *Innovation et gestion dans l'institution judiciaire*, Paris, LGDJ, 1993. Des mêmes auteurs rappr. « Efficacité et gestion dans l'institution judiciaire », *RIEJ*, 1988, n° 20, p. 19 ; « La gestion du changement dans les tribunaux de grande instance : une étude organisationelle », *Droit et Société*, 1990, n° 16 ; et « La modernisation de l'institution judiciaire : le cas surprenant des tableaux de bord », *in* Grémion (C.) et Fraisse (R.), dir., *Le service public en recherche. Quelle modernisation ?*, Paris, La documentation française, 1996.

[6] S'inscrivant dans un courant d'analyse économique du droit en plein épanouissement, l'analyse économique du fait judiciaire est l'objet de nombreuses recherches. V. entre autres Coulange (P.), « Économie du judiciaire », *Pol. man. pub.*, 1994, vol. 12, n° 1, p. 1 ; Lemennicier (B.), « L'économie de la justice : du monopole d'État à la concurrence privée ? », *Justices*, 1995, n° 1, p. 135 ; et plus généralement les diverses contributions réunies dans le numéro spécial « Économie de la justice » de la *RIDE*, 1999-2. V. enfin, plus récemment, Deffains (B.), dir., *L'analyse économique du règlement des litiges : approches théorique, empirique et comparative*, Paris, GIP - Mission de recherche droit et justice, 2001, ainsi que le tome LIV (n° 3, septembre 2001) de la revue *Économie appliquée*, consacré à l' « Économie de la justice ». Plus généralement, sur l'analyse économique du droit, v. par ex. les nombreux articles réunis dans la *RRJ* (1987-2) et le tome 37 (1992) des *Archives de philosophie du droit* ; rappr. Bouckaert (B.), « L'analyse économique du droit : vers un renouveau de la science juridique », *RIEJ*, 1987, n° 18, p. 47 ; v. enfin les ouvrages de Kirat (T.), *Economie du droit*, Paris, La Découverte, 1999, et de Deffains (B.), dir., *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002.

[7] Fortier (V.), « Système de gestion de la qualité et décision judiciaire : applicabilité de la norme ISO 9001 », *RRJ*, 2000, p. 1967 ; du même auteur (en collaboration) et portant le même titre, rappr. le rapport final d'une recherche réalisé avec le soutien du GIP - Mission de recherche droit et justice (2001).

un croisement des rationalités juridiques et manageriales[1] dans l'ordre des réformes judiciaires, comme dans celui des représentations savantes.

494. Exemplaire de cette hybridation du droit et de la gestion, le rapport Coulon[2] - inspirateur d'une réforme du nouveau Code de procédure civile en 1998 - a ainsi été décrit comme le signe d'une irruption de la pensée économique dans la justice[3]. Salué par certains[4], ce mouvement est redouté par d'autres[5]. En effet, la prise en compte accrue des contraintes de moyens ne va pas sans remise en cause d'acquis procéduraux, comme en témoigne le recul du principe d'inamovibilité des magistrats au profit d'impératifs de mobilité[6], ou le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel[7]. Les tentatives visant à juridiciser certains préceptes managériaux[8] constituent incontestablement la tête de pont de cette nouvelle pensée économique de la justice qui adopte des accents anglo-saxons[9] : se réclamant d'un procès équitable que viendrait garantir une procédure efficiente, ce projet théorique est porteur d'une interprétation minorante des garanties formelles offertes aux

[1] Sur cette question, envisagée à l'échelle de l'administration française dans sa globalité, v. Chevallier (J.) et Loschak (D.), « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *RFAP*, 1982, n° 24, p. 679. Rappr., pour une perspective propre à l'institution judiciaire, le rapport réalisé par Deschamps (T.) et Mouhanna (Ch.), sous la direction de Christophe-Tchakaloff (M.-F.), *La spécificité de l'administration française de la justice : première approche*, Paris, Institut international d'administration publique, 2001 (compte-rendu par Cadiet (L.) dans la *Lettre d'information de la mission de recherche droit et justice*, n° 12, janvier 2002, p. 2).

[2] Coulon (J.-M.), *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, préc.

[3] Garapon (A.), « Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au garde des Sceaux par Jean-Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile », *D.* 1997, chron. 69. Comp. Coulon (J.-M.), « Présentation du rapport et réflexions sur les réactions qu'il a suscitées », *in* États généraux de la profession d'avocat, *La réforme du code de procédure civile, autour du rapport Coulon*, préc. not. pp. 20-21.

[4] V. par exemple Canivet (G.) et Chapelle (A.), « Le décret du 28 décembre 1998 : un nouvel équilibre procédural », *Gaz. Pal.*, 1999, p. 283.

[5] Schalchli (U.), « La justice à l'épreuve du productivisime. La mécanique judiciaire », *in* Mignard (J.-P.) et Vogelweith (A.), dir., *Justice pour tous*, Paris, La Découverte, 2001, p. 201.

[6] Guihal (D.), « L'inamovibilité des juges à l'épreuve des contraintes de gestion », *RFDC*, 1995, p. 795.

[7] Sur ce projet, v. la réaction très critique de Guinchard (S.), « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas : le projet de supression de l'effet suspensif de l'appel », *PA*, 5 juin 2002, n° 112, p. 4 ; et la réponse de Coulon (J.-M.), « Quelques remarques sur un projet de décret de procédure civile », *PA*, 24 juin 2002, n° 125, p. 4. Rappr. les points de vue de Le Bars (T.) et Villacèque (J.), « Vers une suppression de l'effet suspensif de l'appel », *D.* 2002, n° 25, et de Magendie (J.-C.), « L'exécution immédiate des décisions de justice : l'injuste critique d'une réforme nécessaire », *D.* 2002, n° 31. V. enfin Cadiet (L.), « Feu l'exécution immédiate des jugements ? Regrets de la France du milieu », *JCP* 2002, Act., p. 1489.

[8] Exemplaire de ce phénomène est le récent encouragement lancé par le Premier président de la Cour de cassation, M. Guy Canivet, à construire la théorie, préciser la méthode et imposer la nécessité d'un principe d'efficience de la procédure pour assurer la maîtrise et la performance de l'outil judiciaire (« Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, préc., p. 252). Plus généralement sur « la juridicisation des préceptes managériaux », v. Chevallier (J.), *Pol. man. pub.*, 1993, vol. 11, n° 4, p. 111.

[9] Rappr. la définition donnée du mot efficience dans *Le petit Robert* : « (1947 ; angl. *Efficiency*). *Anglicisme* (écon. ou abusif). Efficacité, capacité de rendement. "Le profit mobilise le meilleur et le pire au profit de l'efficience économique" (Perroux) ». Plus généralement, sur la nature du lien entre la pensée anglo-saxonne et le thème de la nouvelle pensée économique de la justice, v. Cadiet (L.), « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe et réalité », *APD*, 2001, Tome 45, not. pp. 102-109.

plaideurs[1]. Il est contrebalancé, dans l'ordre des représentations savantes de la justice, par la mise en évidence d'une procéduralisation du sens juridique.

§ 2. LA PROCEDURALISATION DU SENS JURIDIQUE

495. A la conjonction d'un droit processuel en voie de régénération et d'une justice civile en cours de mutation, les représentations savantes de la fonction de juger se transforment et jouissent d'une centralité nouvelle dans l'ordre juridique. Empruntant tant à la philosophie qu'aux sciences du langage, les efforts théoriques mis en œuvre pour reformuler l'office du juge - *lato sensu* - et son rapport à la norme se multiplient. C'est, tout d'abord, une figure renouvelée du jugement qui apparaît, dégageant la décision de justice de l'étau légaliste tout en la soumettant à une logique souple dont la procédure est la première garante (A). C'est ensuite une certaine conception de l'acte de juger qui se renforce, la mécanique du procès étant élevée au rang de modèle adéquat pour penser non seulement le droit, mais également la politique et la raison (B).

A. ÉVOLUTION DE LA FIGURE DU JUGEMENT

> « La modernité se distingue par le souci de construire une science exacte du droit et de son application, conçue comme le moyen de vacciner les jugements contre l'arbitraire des préjugés, des influences et des intérêts. Ce projet scientifique (…) se trouve aujourd'hui assez largement remis en cause, dans son principe même, par des juristes et des philosophes à la recherche d'une autre rationalité, qui redécouvrent parfois par des sentiers nouveaux les voies tracées par la jurisprudence des anciens. »
>
> Benoît Frydman et Guy Haarscher, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 71-72.

496. Répétitrice de la tradition, la doctrine orthodoxe conserve au syllogisme déductif le statut d'image fidèle de l'acte de jugement, mais cette conception est ébranlée par la philosophie analytique dont le « logocentrisme »[2] infiltre progressivement les représentations juridiques[3]. Mettant en cause la transparence de la langue des juristes, démontrant la dimension structurante des discours échangés lors du procès et éclairant la fonction constructive du texte judiciaire, les sciences du langage remettent en question l'hypothèse du juge automate. Ce « tournant linguistique » conduit à réévaluer le rôle du magistrat dorénavant théorisé comme un acteur co-déterminant le sens des normes qu'il applique (1). Indissociable d'une revalorisation de la logique argumentaire, ce mouvement redonne toute son actualité

[1] V. Canivet (G.), « Économie de la justice et procès équitable », *JCP* 2001, I, 361.
[2] Caillosse (J.), *Introduire au droit*, Paris, Montchrestien, 1993, p. 54.
[3] Sur la confrontation des sciences du langage et de la théorie du droit v., entre autres, les propos introductifs de Bouveresse (J.) dans l'ouvrage dirigé par Amselek (P.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 7 et s.

à la rhétorique conçue comme méthode discursive de résolution des conflits d'interprétation (2).

1 – LE TOURNANT LINGUISTIQUE

497. Rendant compte de certains aspects du raisonnement judiciaire que la logique formelle et les langages artificiels échouent à saisir, les sciences du langage encouragent la doctrine à dépasser la vulgate du juge « bouche de la loi »[1] (a). Elles mettent en lumière les processus d'interprétation induits par l'élaboration des décisions de justice et irriguent une réflexion transdisciplinaire consacrée à l'herméneutique juridique (b).

a – Les limites des logiques formelles

498. Au cours du XX[e] siècle, l'essor des logiques formelles dans le domaine mathématique[2] éveille chez certains juristes l'espoir de voir importer dans la science du droit ces rigoureux outils. La logique déontique, tout particulièrement, est considérée comme un moyen de pousser l'analyse des structures de la rationalité juridique[3], voire de guider les raisonnements de l'homme de loi[4]. Suscitant une intense activité théorique au cours des années 1960 et 1970[5], ce projet est dénoncé par la doctrine dominante au terme d'une controverse opposant « formalistes » et « antiformalistes »[6]. L'impossibilité d'axiomatiser le droit appliqué par le juge est l'un des obstacles opposés au développement des recherches logiciennes[7]. Marginalisée dans le champ de la théorie et de la philosophie du droit, la problématique de la formalisation du discours juridique en un langage artificiel demeure néanmoins vivace, entretenue par le développement de logiques dites « floues »[8] et, plus encore, par l'informatique juridique.

---

[1] Les travaux de Timsit (G.) sont exemplaires de ce dépassement ; v. not. *Les figures du jugement*, Paris, PUF, 1993 ; rappr. *L'archipel de la norme*, Paris, PUF, 1997.

[2] Blanché (R.), « L'évolution de la logique mathématique contemporaine », *in* Travaux du 2[e] colloque de philosophie du droit comparé, *La logique juridique*, Paris, Pedone, 1967, p. 13.

[3] Gardies (J.-L.), « Méthode logique et méthode phénoménologique en face du droit », dans l'ouvrage collectif consacré à *La logique juridique* cité note précédente, p. 183.

[4] En ce sens, v. entre autres les développements de Kalinowski (G.) dans son *Introduction à la logique juridique*, Paris, LGDJ, 1965, pp. 155-176. Sur la logique déontique en général, v. Dubouchet (P.), *Sémiotique juridique*, Paris, PUF, 1990, pp. 155-179.

[5] Outre les actes du 2[e] colloque de philosophie du droit comparé consacré à *La logique juridique*, précités, v. le tome 11 (1966) des *Archives de philosophie du droit* consacrés à *La logique du droit*, ainsi que les actes du 5[e] colloque des Instituts d'études judiciaires consacré à *La logique judiciaire*, Paris, PUF, 1969.

[6] Pour une présentation des termes du débat dans une perspective « antiformaliste », v. Husson (L.), « Les apories de la logique juridique », *in* Travaux du 2[e] colloque de philosophie du droit comparé, *La logique juridique*, préc., p. 29. Comp., sur cette opposition, le point de vue « formaliste » de Horovitz (J.), « Exposé et critique d'une illustration du caractère prétendu non-formel de la logique juridique », *APD*, 1966, Tome 11, p. 181.

[7] Husson (L.), « Les apories de la logique juridique », préc., not. pp. 57-58.

[8] Sur ce sujet, v. par ex. Delmas-Marty (M.) et Coste (J.-F.), « L'imprécis et l'incertain. Esquisse d'une recherche sur Logiques et droit », *in* Bourcier (D.) et Mackay (P.), dir., *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 109.

499. Si les sciences de la communication, notamment la cybernétique[1], sont ponctuellement utilisées pour rendre compte du processus décisionnel en droit[2], la théorisation du jugement judiciaire leur échappe largement. L'informatisation des juridictions a certes suscité l'élaboration de systèmes experts[3] susceptibles de libérer le juge de tâches répétitives - notamment dans le domaine de la recherche documentaire[4] ou de la modélisation des documents - et de rationaliser certaines procédures[5]. Pour autant l'illusion scientiste des « machines jugeantes » épargne la doctrine[6]. Croisant la nécessité éthique de « préserver la fonction de *responsabilité* dans toute action impliquant un jugement »[7] et le constat que la complexité du droit dans la perspective de son informatisation est largement sous-estimée[8], les auteurs s'accordent pour laisser « au seul magistrat le monopole de la décision qui est le cœur vivant de sa fonction »[9].

500. Révélatrice d'une conscience aiguë des problèmes épistémologiques que pose l'informatisation du raisonnement judiciaire[10], cette position doctrinale - partagée par les informaticiens s'exprimant sur le sujet[11] - atteste également de la difficile formalisation de l'acte de jugement. La figure du syllogisme juridique, déjà fragilisée par les débats logiciens[12], en sort plus affaiblie encore. Si elle demeure un

[1] Comp. Knapp (V.), « Théorie du droit et cybernétique », *in Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1967 ; et David (A.), « La cybernétique et le droit », *in* Travaux du 2e colloque de philosophie du droit comparé, *La logique juridique*, préc., p. 147.

[2] V. notamment les travaux de Sfez (L.), et plus particulièrement sa *Critique de la décision*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1992.

[3] Sur ces outils et leur utilisation potentielle en matière juridique, v. Schauss (M.), « Systèmes experts et droit », *RIEJ*, 1987, n° 18, p. 101. Rappr. certains des articles réunis dans l'ouvrage de Catala (P.), *Le droit à l'épreuve du numérique, Jus ex Machina*, Paris, PUF, 1998. Plus généralement, sur cette problématique, v. Bourcier (D.), Hassett (P.) et Roquilly (C.), dir., *Droit et intelligence artificielle. Une révolution de la connaissance juridique*, Paris, éd. Romillat, 2000.

[4] Sur les premières recherches françaises en la matière, v. l'article de Catala (P.), « Le traitement de l'information juridique sur ordinateurs », dans les actes du 5e colloque des Instituts d'études judiciaires consacré à *La logique judiciaire*, préc., p. 107.

[5] Sur ce point, v. not. Bilon (J.-L.), « L'aide informatisée à la décision judiciaire », *RIDC*, 1990, pp. 856-857. Rappr. Garic (B.), « "La chaîne civile" », *Gaz. Pal.*, 20 mai 1993, p. 603, et du même auteur « Pourquoi informatiser les contentieux civils ? », *Gaz. Pal.*, 29 juin 1993 ; ainsi que l'article à suivre de Hugel (J.-P.) et Feral-Schuhl (C.) sur « La communication informatisée entre les avocats et les juridictions ».

[6] V. néanmoins Gilli (J.-P.) qui à la fin des années 1960, dans une chronique intitulée « Le juriste et l'ordinateur », croit entrevoir l'époque proche ou « avant d'adopter une position de principe, la juridiction en calcule(ra) toutes les incidences en fournissant à un ordinateur toutes les données du problème et en faisant varier divers paramètres », *D.* 1967, chron. 50.

[7] Bourcier (D.), *La décision artificielle. Le droit, la machine et l'humain*, Paris, PUF, 1995, p. 232.

[8] Thomasset (C.) et Vanderlinden (J.), « Cantate à deux voix sur le thème "une révolution informatique en droit ?" », *RTDCiv*, 1998, pp. 317-318 ; rappr. Catala (P.), « L'informatique et la rationalité du droit », *APD*, 1978, Tome 23, p. 295.

[9] Catala (P.), « Le juge et l'ordinateur », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, préc., p. 32.

[10] Sur ces limites, v. par ex. Quenillet (M.), « Droit et intelligence artificielle : mythes, limites et réalités », *PA*, 3 juin 1994, n° 66, not. p. 14.

[11] V. par ex. Schauss (M.), *op. cit.*

[12] En ce sens, v. par ex. le rapport introductif de Hébraud (P.) au 5e colloque des Instituts d'études judiciaires, *La logique judiciaire*, préc., not. pp. 28-35.

point de passage obligé des manuels d'introduction au droit[1], son statut symbolique est largement érodé et sa valeur épistémologique fortement relativisée[2]. A l'application mécanique de la loi, la doctrine même la plus orthodoxe ne manque pas d'opposer l'image d'une interprétation-création du droit pour rendre compte de la décision judiciaire.

b – Le jeu de l'interprétation judiciaire

501. Certains théoriciens du syllogisme judiciaire n'ont pas manqué de voir dans l'argument déductif l'étape finale d'une démarche pour partie intuitive[3]. La découverte de la prémisse majeure du raisonnement est en effet le fruit d'un travail visant, d'une part, à reconnaître la règle juridique applicable parmi toutes celles disponibles et, d'autre part, à en déterminer le sens utile entre les diverses significations susceptibles de lui être attribuées. Ce processus implique un double effort herméneutique. Le premier, sur le droit en son entier, consiste pour le juge à dépasser les lacunes et les antinomies[4] grevant le système juridique afin d'identifier la disposition normative susceptible de résoudre le cas qui lui est soumis. Le second n'est autre que l'activité intellectuelle d'élucidation du sens de la règle choisie, préalable nécessaire à son application.

502. *Latissimo sensu*[5], l'interprétation concerne également les faits de la cause, matière constitutive de la seconde prémisse du syllogisme et élément essentiel à la réalisation judiciaire du droit. Mise en évidence par des études critiques relatives au processus de qualification juridique du monde réel[6] et au droit de la preuve[1], la

[1] Aucun des principaux manuels d'introduction au droit ne manque la référence au syllogisme pour décrire l'acte de jugement et tous font figurer ce concept dans leur table alphabétique des matières.

[2] Pour un état des lieux théorique sur cet objet conceptuel, v. Gianformaggio (L.), « Syllogisme juridique », *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, précité.

[3] C'est notamment le cas de Motulsky (H.) qui, dans ses *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé* (préc.), fait explicitement appel à l'intuition du juriste pour découvrir les prémisses du syllogisme et la réintègre au sein du raisonnement juridique par le biais du « syncrétisme juridique ». Sur ce point, outre l'ouvrage de Motulsky, not. pp. 47-73, v. Putman (E.), « Le "syncrétisme" dans la réalisation du droit d'après Henri Motulsky », *RRJ*, 1992, p. 953, dans le n°7 des cahiers de méthodologie juridique consacré aux « modes de réalisation du droit ».

[4] Pour la mise en évidence du lien essentiel unissant l'identification et la résolution des lacunes et des antinomies juridiques d'une part, et l'interprétation du droit d'autre part, v. les travaux du Centre national de recherches de logique de Bruxelles, notamment les recueils d'études publiés sous la direction de Perelman (C.), *Les antinomies en droit* (Bruxelles, Bruylant, 1965) et *Le problème des lacunes en droit* (Bruxelles, Bruylant, 1968).

[5] *Contra* Amselek (P.) qui, soucieux de clarifier la notion d'interprétation juridique, en exclut « l'interprétation des faits » au motif que cette notion recouvre trois réalités très différentes que sont l'explication des faits, la recherche des intentions des acteurs humains et la qualification des choses, « L'interprétation à tort et à travers », *in* Amselek (P.), dir., *Interprétation et droit*, Aix en Provence : PUAM, Bruxelles : Bruylant, 1995, p. 11.

[6] Comp. les travaux de Ivainer (T.) sur *L'interprétation des faits en droit* (sa thèse (Paris, LGDJ, 1988) et ses articles (*JCP* 1986, I, 3235, et dans l'ouvrage de Bourcier (D.) et Mackay (P.), dir., *op. cit.*, p. 165)) aux thèses de Varga (C.) (« La nature de l'établissement judiciaire des faits », *APD*, 1996, Tome 40, p. 397 ; voir également le compte-rendu de son ouvrage *Theory of the Judicial Process.The Establishment of Facts* (Budapest, Akadémiai Kiado, 1995) par Vogliotti (M.), *RIEJ*, 1997, n° 38). Rappr. Petev (V.), « L'interprétation des faits et l'interprétation du droit », *in* Amselek (P.), dir., *op. cit.*, not. pp. 57-58. Comp. Cayla (O.), « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, 1993, n° 18, p. 3.

dimension herméneutique de l'établissement des données factuelles au fondement du jugement n'est plus à démontrer. L'existence d'une interprétation constructive des faits judiciairement pertinents, « sœur Cendrillon de l'Exégèse »[2], ne va pas pour autant de soi dans les représentations doctrinales tant elle menace la distinction traditionnelle du droit et du fait[3]. Elle s'impose néanmoins sous le coup de récentes avancées théoriques en matière d'herméneutique juridique.

503. Lieu de rencontre privilégié entre savoir juridique et savoir philosophique[4], ce terrain de recherche est depuis quelques années le lieu d'une importante production éditoriale, nationale et internationale[5]. Dépassant la traditionnelle exposition dogmatique des directives d'interprétation guidant le travail des juristes[6], la science du droit prend conscience d'elle même comme « science du texte »[7]. Pour mieux décrire les modalités logiques et idéologiques[8] de la découverte du sens en droit[9], notamment par le juge judiciaire, la théorie juridique troque le « fantasme du sens littéral »[10] contre l'idée d'une signification toujours à construire[11]. Prenant un tour plus ou moins radical[12], les thèses en présence convergent vers l'idée que

[1] V. par exemple la thèse de Lagarde (X.), *Réflexion critique sur le droit de la preuve* (préc.), qui conclut à la mise à l'écart (relative) de l'idée de vérité dans un droit de la preuve répondant à une rationalité non strictement scientifique (p. 408 et s.). Rappr. certaines des contributions de l'ouvrage collectif publié par Perelman (C.) et Foriers (P.), *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981.

[2] L'expression de Carbonnier (J.) est puisée dans la préface à l'ouvrage de Ivainer (T.), *op. cit.*

[3] Sur ce point v. les belles pages de Rigaux (F.) dans *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, not. pp. 48-56.

[4] Sur ce phénomène, v. Bussani (M.), « Choix et défis de l'herméneutique juridique. Notes minimes », *RIDC*, 1998, p. 737.

[5] Pour un état des lieux du débat, v. dans l'ordre chronologique le tome 17 des *Archives de philosophie du droit* (1972), le travail collectif sous la direction de Van de Kerchove (M.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, FUSL, 1978 et en 1995 l'ouvrage collectif sous la direction de Amselek (P.), dir., *Interprétation et droit*, précité. Rappr. Rials (S.), « L'office du juge », *Droits*, 1989, n° 9, not. pp. 10-19.

[6] Exemplaire de la traditionnelle et nécessaire exposition dogmatique des règles d'interprétation du droit écrit - qu'on retrouve par ailleurs dans tous les manuels d'introduction au droit - est la contribution de Rieg (A.), aux Travaux de l'association Henri Capitant - Tome 29, *L'interprétation par le juge des règles écrites*, Paris, Economica, 1980, p. 70. Pour une approche critique des règles juridiques d'interprétation, v. Ost (F) et Van de Kerchove (M.), *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989.

[7] Timsit (G.), « La science juridique, science du texte », *in* Bourcier (D.) et Mackay (P.), dir., *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, préc., p. 457. Sur le lien entre « L'interprétation des textes littéraires et des textes juridiques », v. la contribution de Maingueneau (D.) *in* Amselek (P.), dir., *op. cit.*, p. 61.

[8] Sur l'articulation de ces deux aspects de l'interprétation, v. Wrobleski (J.), « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *APD*, 1972, Tome 17, p. 51.

[9] Sur la découverte du sens en droit, comp. Cornu (G.), *L'art du droit en quête de sagesse*, préc., pp. 313-322 ; et Oppetit (B.), *Droit et modernité*, préc., pp.129-135.

[10] Rigaux (F.), *La loi des juges*, préc., p. 239.

[11] Sur ce point, v. Landowski (E.), « Statut et pratiques du texte juridique », *in* Bourcier (D.) et Mackay (P.), dir., *op. cit.*, p. 441.

[12] Le radicalisme n'excluant pas, en ce domaine, la rigueur intellectuelle comme l'attestent les travaux sur l'interprétation de Troper (M.). De cet auteur, et sur ce sujet, v. par ex. « Une théorie réaliste de l'interprétation », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 2000, n° 4 (nouvelle série), p. 4. Rappr., dans le n° 50 (2002) de la *RFDC*, l'article de Pfersmann (O.), « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », p. 279, et la réplique de Troper (M.), p. 335. Comp. pour un regard non moins réaliste, mais dans un registre sociologique cette fois, sur la communauté des juristes interprètes, les réflexions de Chevallier (J.), « Les interprètes du droit », *in* Bernard (A.) et Poirmeur (Y.), dir., *La*

« l'interprétation judiciaire manifeste une latitude dans l'application de la règle de droit qui ne peut (cependant) oblitérer totalement le rôle contraignant des règles, du but et des enjeux qui régissent cette activité »[1]. L'accent ainsi placé sur le processus interprétatif n'est pas sans conséquence sur le rôle dévolu à l'argumentation dans les représentations de la fonction de juger[2].

2 – LE TOURNANT ARGUMENTATIF

504. Orpheline d'un droit certain, la doctrine juridique contemporaine à la recherche d'une description adéquate du jugement judiciaire est confrontée à la pluralité des modèles de justice (a). Pour dépasser l'opposition entre tenants d'un positivisme soupçonneux et garants d'un droit naturel substantiel s'impose la voie procédurale du jugement fondé sur une argumentation raisonnable (b).

a – Pluralité des modèles de justice

505. Combinée à l'influence d'une philosophie du soupçon, issue notamment du marxisme et de la psychanalyse, la consécration théorique d'une irréductible liberté du juge dans l'élaboration de sa décision a pavé la voie à un positivisme méfiant. Les théories « réalistes » américaines, qui exaltent le rôle du juge dans l'édiction du droit[3], ne connaissent qu'un écho modéré dans la doctrine française[4]. Mais la posture « décisionniste » qui fait dépendre la légitimité du jugement, non de sa conformité à la règle juridique, mais du pouvoir que l'ordre constitutionnel confère au juge a quelques brillants défenseurs[5]. Partant de là, certains n'hésitent pas à voir à la source du jugement non plus le droit positif mais plutôt « l'esprit du juge, sa morale, (…) sa culture, sa classe, sa caste »[6].

---

doctrine juridique, préc., p. 259 ; article reproduit dans l'ouvrage dirigé par Amselek sur l'interprétation (p. 115).

[1] Ost (F.) et Van de Kerchove (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987, p. 446 (rééd. de l'article intitulé « Le "jeu" de l'interprétation en droit. Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique », *APD*, 1982, Tome 27, p. 395). Plus récemment, et toujours de ces auteurs, v. l'article « Interprétation », *APD*, 1990, Tome 35, p. 165, ainsi que les pages consacrées à l'interprétation dans *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002, p. 385 et s.

[2] Sur la dialectique de l'interprétation et de l'argumentation au plan juridique, v. Ricoeur (P.), « Interprétation ou argumentation » dans *Le Juste*, Paris, Esprit, 1995, p. 163 ; problématique reprise dans « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », *in* Amselek (P.), dir., *op. cit.*, p. 177.

[3] Sur le « réalisme américain », v. les travaux de Michaut (F.), not. son ouvrage intitulé *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2001. Du même auteur, v. également « 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.

[4] V. néanmoins les mélanges en l'honneur de François Gény publié en 1934, et notamment l'article de Hutchenson (J.C.), « Le jugement intuitif. La fonction du "hunch" dans la décision judiciaire », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, vol. 2, p. 531.

[5] V. les travaux de Troper (M.), not. « Une théorie réaliste de l'interprétation », précité.

[6] Bredin (J.-D.), « La loi du juge », *in Études offertes à Berthold Goldman - Le droit des relations économiques internationales*, préc., p. 21. Rappr., sur « la signification politique de l'interprétation

506. Toute la doctrine, cependant, ne se résout pas à cette posture sceptique et pessimiste[1] qui implique de renoncer à l'idée même de justice dans la description du processus d'élaboration de la décision judiciaire. Certains, philosophes du droit ranimant une métaphysique traditionnelle, considèrent que « le métier de l'interprète n'est pas "d'appliquer" les ordres de l'État ; mais à l'aide des textes, de trouver la solution juste »[2] fondée dans la nature des choses[3] ou dans une éthique judiciaire teintée de prudence[4]. D'autres, magistrats s'appuyant sur leur expérience personnelle, font profession de foi de rechercher dans les litiges qui leur sont soumis la « solution juste », c'est à dire « celle qui ne heurte ni (leur) propre conscience ni la conscience collective »[5]. Alimenté par la philosophie morale[6], ce « désir du juste »[7] fait écho aux hypothèses toujours plus nombreuses où le juge est appelé à se prononcer en équité[8]. Mais le risque est grand que cette posture idéaliste ne débouche sur une pratique injuste[9], la méthode de pondération des intérêts qu'elle implique conduisant « nécessairement à donner la primauté à l'intérêt qui pèse le plus lourd et (à faire) pencher le fléau d'un côté ou d'autre »[10].

507. Au scepticisme radical des Modernes et au jusnaturalisme des Anciens, la philosophie du droit contemporaine oppose une troisième perspective : celle du jugement raisonnable issu d'un raisonnement ni tout à fait arbitraire, ni véritablement contraignant[11], mais relevant d'une rationalité pratique approchée par la discussion et soumise à la loi du meilleur argument. Semant les germes d'une conception essentiellement procédurale du jugement, la représentation de l'acte de juger reformulée sous cette seule contrainte argumentative[12] connaît un indéniable succès.

---

juridique », Arnaud (A.J.), « Le médium et le savant », *APD*, 1972, Tome 17, p. 165 ; et Miaille (M.), *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, not. pp. 214-225.

[1] Sur le « scepticisime mêlé de pessimisme » comme trait de « la pensée juridique du droit civil au XX^e^ siècle », v. Malaurie (Ph.), *JCP* 2001, I, 283.

[2] Villey (M.), *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2001, p. 326.

[3] Sur cette thèse, remise à l'honneur de nos jours par Michel Villey, v. les travaux de ce dernier, not. l'ouvrage précité. Sur cette posture jusnaturaliste, et son insertion dans le cadre plus général des doctrines du droit naturel, v. Baranès (W.), « Le droit naturel », *in* Baranès (W.) et Frison-Roche (M.-A.), dir., *La justice. L'obligation impossible*, Paris, Autrement, 1995, not. p. 84. Rappr. les développements de Oppetit (B.) sur le courant idéaliste de la pensée juridique dans son précis de *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, p. 35 et s.

[4] En ce sens, v. not. l'article de Sériaux (A.), « Les enjeux éthiques de l'activité de *iurisdictio* », *in* Carbasse (J.-M.) et Depambour-Tarride (L.), dir., *op. cit.*, p. 293.

[5] Canivet (G.), « La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste », *in* Frison-Roche (M.-A.) et Baranès (W.), dir., *De l'injuste au juste*, Paris, Dalloz, 1997, p. 101. Comp. Drai (P.), « Le délibéré et l'imagination du juge », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, préc., p. 107.

[6] Sur laquelle v. Terré (D.), « Aspects de la pensée morale au début du XXI^e^ siècle », *APD*, 2002, Tome 46, p. 365.

[7] Dion (N.), « Le juge et le désir du juste », *D.* 1998, chron. 195.

[8] *Supra* n° 462.

[9] Sur l'injuste dans le jugement, v. les contributions réunies par Frison-Roche (M.-A.) et Baranès (W.), dir., *De l'injuste au juste*, préc., p. 75 et s.

[10] Rigaux (F.), *La loi des juges*, préc., p. 9.

[11] Frydman (B.) et Haarscher (G.), *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2002, p. 91.

[12] Lenoble (J.), « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », *in* Lenoble (J.), dir., *La crise du juge*, préc., p. 142.

b – Irréductibilité du cadre procédural

508. C'est d'abord un constat empirique qui conduit les théoriciens à redécouvrir dans le magistrat un « ministre du sens »[1] responsable de l'application raisonnable du droit. En analysant le raisonnement du juriste tel qu'il se manifeste « en fait », Chaïm Perelman et son équipe[2] ont montré que l'office du juge consistait « à dégager et à justifier la solution autorisée d'une controverse, dans laquelle des argumentations en sens divers, menées conformément à des procédures imposées, cherchent à faire valoir, dans des situations variées, une valeur ou un compromis entre valeurs, qui puisse être accepté dans un milieu et à un moment donnés »[3]. Dans cette perspective, la rhétorique n'est pas pour le juge un maniérisme : « c'est une exigence fonctionnelle »[4] remplissant une fonction de justification[5]. Sur cette conviction, Perelman reconstruit une logique juridique éloignée des préoccupations formalistes et axée sur la rationalité argumentaire[6].

509. Accueillie par la doctrine la plus orthodoxe[7] comme un paradigme explicatif satisfaisant pour décrire le raisonnement judiciaire, la « nouvelle rhétorique » de Perelman ouvre la voie à d'autres travaux sur l'argumentation juridique[8]. Ce mouvement théorique n'est pas sans lien[9] avec l'entreprise philosophique contemporaine, plus générale, qui consiste à repenser la *dimension pratique de la raison* en élaborant une éthique de la discussion[10]. L'échange réglé d'arguments qui préside à la découverte juridictionnelle du « raisonnablement juste » est en effet une situation de communication propice à la déclinaison juridique de ce projet théorique fondamental[11]. Alimentant la philosophie du droit[1], celui-ci

[1] Rigaux (F.), « Le juge, ministre du sens », *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, préc., p. 79.
[2] Sur la nature collective des travaux qui ont accompagnés l'œuvre de Perelman, v. Foriers (P.), « L'état des recherches de logique juridique en Belgique », *in* Travaux du 2e colloque de philosophie du droit comparé, *La logique juridique*, préc., p. 99.
[3] Perelman (C.), *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999 (1e éd. 1979), p. 135.
[4] Martens (P.), « Thémis et ses plumes. Réflexions sur l'écriture juridique », *in Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, préc, p. 368.
[5] Sur laquelle v. Batiffol (H.), « La justification en droit dans la pensée de Ch. Perelman », *in Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, préc., p. 153.
[6] Wroblewski (J.), « Logique juridique et théorie de l'argumentation de Ch. Perelman », *in Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, préc., p. 175.
[7] V. par ex. la section consacrée à la logique juridique dans l'introduction au droit de Ghestin (J.), Goubeaux (G.) et Fabre-Magnan (M.), *op. cit*., pp. 36-48.
[8] V. par ex. Vannier (G.), *Argumentation philosophique. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*, Paris, PUF, 2001. Rappr. le chapitre consacré à l'argumentation dans *Le raisonnement juridique* de Mathieu-Izorche (M.-L.), Paris, PUF, 2001, p. 351. Comp. Livet (P.), dir., *L'argumentation : droit, philosophie et sciences sociales*, Laval : PUL, Paris : L'Harmattan, 2000 ; et Pfersmann (O.) et Timsit (G.), dir., *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001.
[9] Sur ces liens, v. Haarscher (G.), « Après Perelman », *in Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, préc., p. 223.
[10] Sur cette problématique, v. Cortina (A.), « Éthique de la discussion et fondation ultime de la raison », *in* Renaut (A.), dir., *Histoire de la philosophie politique*. *Tome 5 - Les philosophies politiques contemporaines (depuis 1945*), Paris, Calmann-Lévy, 1999, p. 185.
[11] *Contra* Cayla (O.), « Les deux figures du juge », *Le Débat*, 1993, n° 74, p. 164. Rappr., pour une critique du regard posé sur le droit par le néo-rationalisme pragmatique contemporain, Bourgeois (B.),

imprègne également la dogmatique qui s'en fait le relais en élevant au rang de « donnée positive du droit » la discussion contradictoire « menée conformément à la logique et à l'éthique de l'argumentation »[2].

510. La figure du juge sort profondément modifiée de cette évolution théorique. Son rôle « modeste et important »[3] est désormais celui d'un arbitre « gardien de l'éthique de la discussion » qui, au terme d'une controverse menée par les parties, tranche le litige en toute connaissance de cause[4]. Dans cette perspective, c'est de la contradiction des versions et de l'affrontement des mauvaises fois que dépend, en fin de compte, la possibilité pour le juge de rendre une décision raisonnable et conforme au droit[5]. L'hypothèse idéale est en effet qu'au contact l'un de l'autre, les deux discours antagonistes « s'éroderont (…), leurs arêtes d'intérêts privés s'émousseront et de ce frottement ne (restera) qu'un discours réduit mais commun sur le juste »[6]. Dès lors, la procédure - définie à la fois comme cadre organisé de la discussion agonistique et comme méthode d'approche du juste raisonnable - gagne ses lettres de noblesse : elle « doit être au centre de notre système juridique »[7].

B. VALORISATION DE L'ORDRE PROCESSUEL

> « La processualisation du conflit, par l'expression même de la contradiction des intérêts permet leur communication. Cette rencontre est un fait social non seulement parce qu'elle est de nature à résorber un conflit mais surtout parce qu'elle est l'occasion de produire dans la recherche de la solution juste un discours social. »
>
> Frédéric Zenati, « Le procès, lieu du social », *Archives de philosophie du droit*, 1995, Tome 39, p. 242.

511. Le renouveau de la procédure civile, la multiplication des attributions judiciaires et des sources du droit, la légitimation de l'instance juridictionnelle par son formalisme et la conception constructiviste du jugement comptent parmi les raisons de la valorisation de la figure du procès. La conjonction de ces facteurs explique la sacralisation contemporaine d'une mécanique procédurale jusqu'alors cantonnée au rang de droit auxiliaire et dorénavant placée au cœur du système juridique (1). Mais la mise en valeur de l'ordre processuel a d'autres ressorts, tout aussi essentiels, qu'il convient de rechercher du côté des représentations

« La raison dans le droit », *in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, préc., not. p. 33.

[1] V. par ex. les travaux du Centre de philosophie du droit de Louvain, not. Lenoble (J.) et Berten (A.), *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1996 ; comp. Coppens (P.), *Normes et fonction de juger*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1998.

[2] Ghestin (J.), « Les données positives du droit », *RTDCiv*, 2002, p. 11.

[3] Frydman (B.) et Haarscher (G.), *Philosophie du droit*, préc., p. 97.

[4] Ghestin (J.), « Les données positives du droit », préc., p. 28.

[5] Frison-Roche (M.-A.), « 2 + 1 = la procédure », *in* Baranès (W.) et Frison-Roche (M.-A.), dir., *La justice. L'obligation impossible*, préc., not. pp. 201-202.

[6] Frison-Roche (M.-A.), « La procédure injuste », *in* Frison-Roche (M.-A.) et Baranès (W.), dir., *De l'injuste au juste*, préc., p. 80.

[7] Frison-Roche (M.-A.), « 2 + 1 = la procédure », préc., p. 205.

philosophiques de l'homme, de la société et de la raison. Se prévalant de l'évolution de ces cadres idéologiques, certains prêtent au modèle judiciaire les vertus d'un paradigme totalisant susceptible de dire le tout du droit et de servir d'étalon pour repenser l'organisation du monde social (2).

1 – LA SACRALISATION DE LA MECANIQUE PROCEDURALE

512. « Notion aux cent visages »[1] et aux contours incertains, l'ordre public processuel contemporain témoigne que l'élévation de la procédure dans la hiérarchie des disciplines juridiques se paie d'une réorganisation de la matière autour des droits de la défense. Plus que jamais[2] le formalisme dans le procès civil est conçu comme un moyen de garantir la libre discussion dans le procès (a) et de justifier la décision du juge (b).

a – Le contradictoire garanti

513. « Condition première (de la) justice »[3], « principe naturel de l'instance »[4], « règle englobante sous l'empire de laquelle les parties et le juge jouent le rôle qui leur est dévolu »[5], le contradictoire voit sa prééminence dans l'ordre du procès unanimement reconnue par la doctrine. Cette consécration savante fait écho à la protection juridique croissante offerte à l'exigence posée, depuis longtemps déjà, par l'adage *audi alteram partem*[6]. Dès 1828, la Cour de cassation proclamait « que, la défense étant un droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre »[7]. Depuis, cette exigence a été intégrée au Titre premier du nouveau Code de procédure civile ; le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont solennellement affirmé sa valeur et le droit international des droits de l'homme en fait une composante essentielle du procès équitable[8].

514. Gagnant en autorité[9], le principe selon lequel « *nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* »[10], a progressivement vu son domaine

[1] Vincent (J.), « La procédure civile et l'ordre public », *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, préc., Tome 2, p. 304. Sur l'ordre public processuel, rappr. le rapport de Héron (J.) *in* Travaux de l'association Henri Capitant -Tome 49, *L'ordre public*, Paris, LGDJ, 1998, p. 943.
[2] V. par ex. Fettweis (A.), « Le rôle du formalisme dans le procès civil moderne », *Liber amicorum Frédéric Dumon*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, vol. 2, p. 663.
[3] Couchez (G.), « Le principe de la contradiction », *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 114, 1998, n° 2.
[4] Vincent (J.) et Guinchard (S.), *Procédure civile*, préc., p. 511.
[5] Cornu (G.) et Foyer (J.), *Procédure civile*, préc., p. 466.
[6] Sur lequel v. Roland (H.) et Boyer (L.), *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999, p. 39.
[7] Civ., 7 mai 1828 : *S.* 1828, 1, 329.
[8] Pour un panorama synthétique des sources nationales et internationales instituant en droit le principe du contradictoire, v. Guinchard (S.) *et al.*, *op. cit.*, pp. 553-560. Plus spécialement sur les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme en la matière, v. Le Gall (J.-P.), « A quel moment le contradictoire ? Une application de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Gaz. Pal.*, 4 juillet 1996, doct., p. 691.
[9] V. par ex. la récente consécration de la contradiction dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale (L. n° 2000-516 du 15 juin 2000) qui dispose que « la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des parties ».
[10] Article 14 du nouveau Code de procédure civile.

étendu et sa mise en œuvre durcie. Conçu d'abord comme le pouvoir de discuter « tout ce qu'avance en fait et en droit l'adversaire, et (…) tout ce qu'il produit, pièces et documents »[1], il s'impose dorénavant aussi au juge[2]. Ce dernier doit en effet inviter les parties à faire valoir leurs observations sur les mesures d'instruction qu'il ordonne et sur les moyens de droit qu'il entend soulever. Corollaire des nouvelles prérogatives confiées au magistrat dans la direction de l'instance, la soumission de ce dernier à la contradiction a mis du temps à s'imposer en droit[3]. Mais si cette obligation rencontre certaines résistances[4], son assise se révèle d'autant plus solide que le modèle du contradictoire tend à pénétrer les étapes les moins polémiques de l'instance judiciaire[5] et va jusqu'à imprégner certaines procédures non contentieuses[6].

515. Faisant le lien entre la notion d'égalité des armes[7] et celle de loyauté processuelle[8], ce principe doit son succès à la double finalité que lui reconnaît la doctrine. D'une part, il prémunit les parties contre tout effet de surprise qui les empêcherait d'exercer pleinement leurs prérogatives juridiques[9] ; en ce sens il est le droit de la défense par excellence, celui qui garantit le respect de tous les autres[10]. D'autre part, il est « l'instrument de l'élaboration du jugement »[11] qui permet au

[1] Guinchard (S.) *et al.*, *op. cit.*, p. 560.

[2] Sur les différentes modalités que revêt « l'exigence du contradictoire » dans le procès civil, v. Zakine (I.) *in* Université Robert Schuman de Strasbourg / Cour de cassation, *Les nouveaux développements du procès équitable...*, préc., p. 69.

[3] Sur l'établissement de « l'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction » et sur « les vicissitudes de l'article 16 », v. la contribution de Raynaud (P.) aux *Mélanges offerts à Pierre Hébraud* (préc., p. 715). Comp., pour une découverte chronologique de l'apparition de cette nouvelle obligation mise à la charge du juge, Wiederkehr (G.), « Le principe du contradictoire. A propos du décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973 », *D.* 1974, chron. 95 ; Benabent (A.), « Les moyens relevés en secret par le juge », *JCP* 1977, I, 2849 ; Devolvé (P.), « Le nouveau Code de procédure civile devant le Conseil d'État », *D.* 1979, chron. 281 ; Bénabent (A.), « L'article 16 du nouveau Code de procédure civile, version 1981 », *D.* 1982, chron. 55.

[4] Sur la résistance des juges à observer eux-même le principe du contradictoire comp. Boccara (B.), « La procédure dans le désordre. I - Le désert du contradictoire », *JCP* 1981, I, 3004 ; et dix ans plus tard, Bolard (G.) « Les juges et les droits de la défense », *in Études offertes à Pierre Bellet*, préc., p. 49 ; plus récemment v. Atias (C.), « Au plaisir du juge ! (*Audiatur*…) », *D.* 1999, n° 19, Dern. act.

[5] En ce sens, v. Marguénaud (J.-P.), « Le droit à "l'expertise équitable" », *D.* 2000, chron., not. p. 112 ; comp. Frison-Roche (M.-A.), « La procédure de l'expertise », *in* Frison-Roche (M.-A.) et Mazeaud (D.), dir., *op. cit.*, not. pp. 92-96.

[6] Comp., dans des domaines très différents relevant autant du droit public que du droit privé, Schrameck (O.), « Quelques observations sur le principe du contradictoire », *in L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 629 ; Caudal (S.), « Les procédures contradictoires en dehors du contentieux », *RFDA*, 2001, p. 13 ; Dedessus-Le-Moustier (N.), « Expertise de gestion et principe du contradictoire », *Rev. soc.*, 1998, p. 45 ; Jarrosson (Ch.), « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », *RGDP*, 1999, p. 764. Rappr. Cadiet (L.), « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », précité.

[7] Sur laquelle, v. l'article précité de Jean-Pierre (D.) et Mélin-Soucramanien (F.), « Le principe de l'égalité des armes ».

[8] Sur laquelle, v. Leborgne (A.), « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTDCiv*, 1996, p. 535. Rappr. Motulsky (H.), « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », préc., not. p. 187.

[9] En ce sens, v. par ex. le troisième tome du traité de *Droit judiciaire privé* de Solus (H.) et Perrot (R.), Paris, Sirey, 1991, p. 112, n° 106.

[10] Sur le lien de la contradiction avec la notion de « droits de la défense », v. Couchez (G.), *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 114, 1998, n° 4 à 6.

[11] Cadiet (L.), *Droit judiciaire privé*, préc., p. 461.

magistrat de découvrir la solution la plus probable ; dans cette perspective, il constitue la « méthode de la vérité judiciaire »[1]. L'articulation théorique des deux dimensions du contradictoire - tout à la fois garantie procédurale et « mécanisme heuristique »[2] - explique l'autorité particulière qui lui est conférée dans l'ordre juridique, certains auteurs insistant sur sa « consubstantialité » avec l'idée même de procès[3], d'autres y voyant la garantie ultime du « bien jugé »[4]. Pour autant, cette règle n'épuise pas l'ensemble des techniques procédurales de justification des jugements.

b – Le jugement justifié

516. Dans l'ordre des représentations savantes, le respect de l'équité procédurale - conjuguant impartialité de la juridiction et respect des droits de la défense - compte parmi les conditions de validité de la décision judiciaire[5]. La légitimité formelle de cette dernière s'ancre également dans le système des voies de recours qui justifie, à rebours, l'autorité de la chose jugée[6]. Prolongement du contradictoire en ce qu'elle permet de poursuivre pour un temps le débat judiciaire, la possibilité ouverte aux parties de contester la régularité d'une décision devant une juridiction supérieure est en effet présentée comme une garantie de bonne justice[7]. Mais tout entière absorbée à organiser conceptuellement cette mécanique juridique complexe, la doctrine ne s'intéresse qu'à la marge aux vertus de légitimation propres aux procédures judiciaires qu'elle contribue à rationaliser[8].

517. Il en va différemment de l'obligation pesant sur les magistrats de motiver leurs jugements. L'exigence formelle d'une justification substantielle, constituée par les raisons « que le juge indique comme l'ayant déterminé à prononcer comme il l'a fait »[9], entraîne en effet les juristes savants sur des terrains ne relevant pas nécessairement du droit positif. Certes, le principe de motivation des actes juridictionnels appelle une exposition dogmatique, la doctrine traçant les limites de

[1] Martin (R.), « De la contradiction à la vérité judiciaire », *Gaz. Pal.*, 30 avril 1981, doct., p. 209.
[2] Frison-Roche (M.-A.), *Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, Thèse, Paris II, 1988, p. 15.
[3] Frison-Roche (M.-A.), *op. cit.*, p. 339.
[4] Lamarque (J.), « Le procès du procès », *in Études offertes à Jean-Marie Auby*, préc., not. p. 171 et s.
[5] Sur les critères de la procédure équitable, v. *supra* n° 473 et s.
[6] Sur « le système des voies de recours en droit judiciaire privé français », v. Wiederkehr (G.), *RIDC*, 1989, n° spéc., vol. 11, p. 225.
[7] Si les voies de recours sont considérées, de manière générale, comme une garantie de la justice rendue (v. par ex. le manuel de *Procédure civile* de Vincent (J.) et Guinchard (S.), préc., p. 901), c'est le plus souvent à l'occasion de l'étude du principe du double degré de juridiction et de la voie d'appel que la doctrine est amenée à rappeler les vertus des voies de recours pour le justiciable (v. par ex. le tome 1 du traité de *Droit judiciaire privé* de Solus (H.) et Perrot (R.), préc., p. 492 ; rappr. Cadiet (L.), *Droit judiciaire privé*, préc., p. 83 ; comp. les études propres à la voie d'appel, par ex. Gillet (J.-L.), « Le second degré de juridiction en matière civile, sa place et sa portée », *Gaz. Pal.*, 10 septembre 1996 (n° spécial), doct., p. 996, ou Kriegk (J.-F.), « La procédure civile revisitée au travers des principes généraux : la voie d'appel », *Gaz. Pal.*, 8 novembre 1997, doct., p. 1467.
[8] V. par ex. Héron (J.), « Convention européenne des droits de l'homme et théorie des voies de recours », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, préc., p. 369.
[9] Cornu (G.), dir., *Vocabulaire juridique*, préc., *V°* Motif, p. 562.

son domaine[1], mesurant la force de son autorité[2] et définissant les modalités de sa mise en œuvre[3]. Mais les motifs des décisions de justice constituent également un sujet de réflexion pour les théoriciens, qui y découvrent un moyen privilégié d'appréhender le phénomène judiciaire[4], et pour les praticiens soucieux de fixer les canons du jugement bien rédigé[5]. Enfin, les formes de la motivation sont un enjeu de politique juridique, magistrats et professeurs s'interrogeant ponctuellement sur la pertinence des pratiques rédactionnelles adoptées aux divers échelons de la hiérarchie judiciaire[6].

518. Par delà leur variété, ces discours savants ont en commun l'affirmation que la motivation des décisions est un gage de bonne justice permettant de gagner l'adhésion du justiciable et de limiter l'arbitraire du juge. Ils mettent ainsi en évidence une image de la fonction de juger chevillée à l'ordre juridique : celle d'une activité décisionnelle, justifiée par une argumentation conforme au droit, dont la Cour de cassation garantit l'orthodoxie en censurant les décisions affectées par un vice de motivation[7]. La stabilité de cette figure, essentiellement formelle, de la

[1] Normand (J.), « Le domaine du principe de motivation », *in* Journées nationales de l'association Capitant - Tome 3/Limoges - 1998, *La motivation*, Paris, LGDJ, 2000, p. 17. Rappr. Boré (L.), « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2002, I, 104.

[2] Leroy (J.), « La force du principe de motivation », *in* Journées nationales de l'association Capitant - Tome 3/Limoges - 1998, *op. cit.*, p. 35.

[3] Giverdon (C.), « Rédaction des jugements. Motifs et dispositifs », *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 508, 1997.

[4] V. tout particulièrement les études publiées par Perelman (C.) et Foriers (P.), *La motivation des décisions de justice*, préc., not. les contributions de Legros (R.), p. 7, Husson (L.), p. 69, Wroblewski (J.), p. 110, et l'essai de synthèse de Perelman (C.), p. 415.

[5] V. not. Mimin (P.), *Le style des jugements*, 4e éd., Paris, Librairies techniques, 1970 ; comp. Schroeder (F.-M.), *Le nouveau style judiciaire*, Paris, Dalloz, 1978. Rappr. Estoup (P.), « Du nécessaire rappel de principes élémentaires en matière de rédaction des jugements civils », *Gaz. Pal.*, 5 mai 1990, doct., p. 242.

[6] La problématique porte sur les jugements de première instance (Estoup (P.), « Une réforme souhaitable : l'assouplissement de certaines règles relatives à la motivation des jugements », *Gaz. Pal.*, 5 mai 1990, doct., p. 413), sur les arrêts d'appel (v. not. les contributions de Mouly (C.), Hugues (A.), et Dureuil (C.), *in* Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, *La cour d'appel d'Aix en Provence…*, préc., respectivement p. 89, p. 101, et p. 109) et sur les décisions de la Cour cassation (v. not. la charge de Touffait (A.) et Tunc (A.), « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », préc., et les réactions qu'elle a suscitées, par ex. Lindon (R.), « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », préc., et Breton (A.), « L'arrêt de la Cour de cassation », préc., not. pp. 22-27 ; comp. Chartier (Y.), « De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », préc.). Le débat a été récemment relancé par la proposition n°34 du *Rapport Coulon* (préc.) qui envisageait d'inviter le juge à motiver par les seuls moyens de nature à justifier la décision et à « répondre succintement aux moyens qui sont écartés ». Sur cette suggestion qui n'a pas été reprise par le législateur, v. les États généraux de la profession d'avocat, *La réforme du code de procédure civile, autour du rapport Coulon*, préc., pp. 23-63.

[7] Présenté comme un moyen « d'imposer au juge du fond une motivation suffisante et cohérente, afin d'éviter toute dégaradation de la fonction judiciaire » (Boré (J.), *La cassation en matière civile*, préc., p. 452), le contrôle des motifs est inséparable de la fonction de cassation (sur ce point, v. encore récemment Boré (J.), « La Cour de cassation de l'an 2000 », *D.* 1995, chron., not. p. 138). Sur les modalités du « contrôle logique de la motivation », v., sous ce titre, le fasc. 790 du *Juris-Classeur de procédure civile*, par Perdriau (A.) ; rappr. le traité précité de Boré (J.), *La cassation en matière civile*, not. pp. 452-541 ; comp. Le Bars (T.), *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, 1997). Plus fondamentalement et dans un autre registre, v. la démonstration, logique, que toutes les hypothèses de violation de la loi sanctionnées par la Cour de cassation répondent à des atteintes portées à la logique déductive par l'insuffisance, l'incertitude ou la contradiction des motifs des décisions qui lui

justice explique que certains y voient un modèle à partir duquel repenser certaines dimensions du monde social ne relevant pourtant pas *a priori* du champ judiciaire.

2 – LA DECLINAISON DU PARADIGME PROCEDURAL

519. L'idée selon laquelle « aux origines grecques (…) de nos modes de démonstration, c'est à l'image d'un procès judiciaire que s'est élaboré le procès de la raison »[1] trouve peu d'écho dans la pensée juridique contemporaine. Mais la parenté entre l'instance judiciaire et la raison humaine est réactualisée par la déclinaison du paradigme procédural, tant dans le domaine des représentations politiques du fait judiciaire (a), que dans les lectures anthropologiques de celui-ci (b).

a – Versant politique

520. Sous le regard des spécialistes de la chose judiciaire, la « crise de croissance »[2] du juge civil se révèle protéiforme, quantitative et qualitative, mais également révélatrice d'une réorganisation des fonctions du pouvoir au sein de l'État. Cette mutation, dont la dimension politique est bien mise en valeur par certains magistrats[3], trouve un écho dans le discours doctrinal[4]. Commentant réformes juridiques et créations jurisprudentielles, les auteurs renoncent de plus en plus explicitement à une conception du juge confiné dans une application adaptative du droit pour lui reconnaître un rôle moteur dans l'ajustement des institutions au changement social[5]. Par delà la contribution du juge aux grands débats de société lors du traitement contentieux de certaines affaires[6], la parole judiciaire gagne voix au chapitre pour éclairer et résoudre les incertitudes politiques du droit contemporain en dehors de la résolution de tout litige[7].

---

sont déférées, Izorche (M.-L.), « La cassation, sanction d'une atteinte à la logique », *in Mélanges offerts à Pierre Couvrat. La sanction du droit*, préc., p. 131.

[1] Gardies (J.-L.), « Ce que la raison doit au procès », *APD*, 1995, Tome 39, p. 45.

[2] L'expression est de Terré (F.), « Crise du juge et philosophie du droit : synthèse et perspectives », *in* Lenoble (J.), dir., *La crise du juge*, préc., p. 161.

[3] V. not. les travaux de Salas (D.), not. *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, Paris, Hachette, 1998, et de Garapon (A.), not. *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996.

[4] V. par ex. Déprez (J.), « A propos du rapport annuel de la Cour de cassation. "Sois juge et tais-toi" (Réflexions sur le rôle du juge dans la cité) », *RTDCiv*, 1978, p. 503.

[5] *Ibid.*

[6] En ce sens, v. Michaud (J.), « Justice et grands débats de société », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, préc., p. 633. A titre d'exemple, on peut citer la récente jurisprudence *Perruche*, cause de remous dans la communauté doctrinale, d'émoi dans l'opinion publique, et de l'article 1e de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 (JO du 5 mars) ; pour des éléments de bibliographie sur cette affaire, v. *supra* n° 386 en note.

[7] On peut à cet égard rapprocher les deux hypothèses, très différentes, du rapport annuel de la Cour de cassation à l'occasion duquel celle-ci formule diverses critiques et recommandations à destination notamment du législateur (v. l'article précité de Déprez (J.), « A propos du rapport annuel de la Cour de cassation. "Sois juge et tais-toi" (Réflexions sur le rôle du juge dans la cité) » ; rappr., dans un autre registre, le commentaire de Chartier (Y.) sur « le rapport de la Cour de cassation pour l'année 2001 », *JCP* 2002, I, 156), et de la saisine pour avis de la Cour de cassation qui permet à cette juridiction de remplir une fonction purement consultative à la demande des juridictions du fond (sur cette procédure, v. Zenati (F.), *D.* 1992, chron. 247 ; rappr. Rouhette (G.), « Une fonction consultative pour la Cour de cassation »,

521. La nouvelle place dévolue au juge civil s'explique également au regard du « pullulement des droits subjectifs »[1] reconnus non seulement aux citoyens, mais également à certaines associations porteuses de causes spécifiques[2]. Cette multiplication des prérogatives juridiques, chacune « (arrivant) à la lumière armé(e) d'une action en justice »[3], a sans doute contribué à la montée en puissance de l'institution judiciaire. Considéré par certains comme symptomatique de l'avènement d'une « démocratie de plaideurs »[4], le phénomène se prête à une interprétation comparative flattant le modèle américain[5]. Dans la lignée des thèses libérales de Friedrich Hayek[6] s'élabore ainsi l'hypothèse selon laquelle la justice française serait située au cœur d'une redéfinition de la démocratie : incarnant « un idéal de régulation spontanée »[7] parallèle au marché[8], elle deviendrait un espace privilégié des arbitrages sociétaux à l'occasion d'un « décentrement de l'État »[9].

522. En dépit de sa puissance heuristique et de son actualité idéologique, ce greffon théorique est dans une large mesure rejeté par le discours juridique savant. Sa méthodologie comparatiste est critiquée, taxée d'insuffisance et de simplisme[10]. Sa logique néo-libérale est dénoncée et on lui oppose son envers : une conception républicaine de la justice[11]. Sa prétention prospective est mise en doute, le potentiel d'acculturation des procédures américaines étant minoré eu égard à la spécificité du modèle juridique européen[12]. Enfin, sur un plan épistémologique, cette tentative pour penser la montée en puissance du juge dans l'ordre constitutionnel ne trouve guère

in Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida, Paris, Dalloz, 1991, p. 343, comp. Morgan de Rivery-Guillaud (A.-M.), *JCP* 1992, I, 3576).

[1] Carbonnier (J.), *Droit et passion du droit sous la V^e^ République*, préc., p. 124.

[2] Sur ce phénomène révélateur d'une « société civile qui plaide », v. Salas (D.), *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, préc., not. pp. 127-144.

[3] Carbonnier (J.), *op. cit.*, p. 124.

[4] Salas (D.), *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, préc., p. 113.

[5] Garapon (A.), « La démocratie à l'épreuve de la justice », *Justices*, 2000 - 1 ; et du même auteur, Common Law *et droits romano-germaniques à l'heure de la mondialisation*, IHEJ, 2000, inédit. Pour une comparaison, plus fine et plus générale, des systèmes juridiques français et américain, v. Cohen-Tanugi (L.), *Le droit sans l'État*, Paris, Quadrige - PUF, 1992.

[6] Dans son œuvre maitresse, *Law, Legislation and Liberty* (London, Routedge et Kenan, 1979 ; trad. fr. *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF, 3 vol., 1980-1983), Hayek (F.A.) affirme que « la fonction du juge a pour seul cadre un ordre spontané » qu'il « sert, ou s'efforce de maintenir » en gardant les « règles de juste conduite » qui garantissent « la protection des anticipations légitimes » ; sur cette hypothèse, v. not. le vol. 1, chap. 5 (« nomos : le droit de la liberté), de l'ouvrage précité. Sur cette conception libérale du juge, v. Arnaud (A.-J.), « De l'équité des marchands à l'équité du marché », 4^e^ leçon de son ouvrage *Entre modernité et mondialisation. 5 leçons d'histoire de la philosophie de droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1998, not. pp. 127-130.

[7] Garapon (A.), « La démocratie à l'épreuve de la justice », préc., p. 48.

[8] *Ibid*. *Contra* Frison-Roche (M.-A.) qui met en évidence les limites de l'analogie entre marché et procès, « La philosophie du procès, propos introductif », *APD*, 1995, Tome 39, pp. 21-22.

[9] Justices, 2000 - 1, p. 40.

[10] Cadiet (L.), « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe et réalité », préc., not. p. 111.

[11] Barrère (C.), « Le dualisme judiciaire : le juge, la République et le marché », *in* Chemillier-Gendreau (M.) et Moulier-Boutang (Y.), *Le droit dans la mondialisation, Une perspective critique*, Paris, PUF, 2001, p. 77. Rappr. Cadiet (L.), *op. cit.*, not. pp. 111-114.

[12] En ce sens, v. Kagan (R.A.), « L'Europe devrait-elle s'inquiéter d'un "légalisme contradictoire à l'américaine" ? », *Droit et Société*, 2001, n° 48, not. pp. 488-492.

d'appui chez les dogmaticiens qui déconstruisent avec rigueur la question du gouvernement des juges[1]. Bien mises en évidence, les limites du modèle néo-libéral pour penser les transformations contemporaines de la justice appellent un dépassement théorique que la philosophie du droit entrevoit dans une redéfinition du rapport de l'homme à la norme juridique.

b – Versant anthropologique

523. Confrontés à la transformation du rôle du juge dans le cadre d'un droit en mutation, les théoriciens prennent acte de la complexité nouvelle des objets qu'ils étudient pour mieux rendre compte des évolutions en cours[2]. La reformulation des liens entre État et société civile, le renforcement de l'individualisme et un pluralisme moral accru[3] auraient pour conséquence, selon certains auteurs, de faire du procès un élément central du droit post-moderne. Après l'espace législatif au XIX^e^ siècle, et l'espace administratif au XX^e^ siècle, l'espace judiciaire serait en passe de devenir le lieu privilégié d'élaboration du discours juridique[4].

524. Le diagnostic, qui prend des formes variées selon l'angle méthodologique adopté, articule deux hypothèses distinctes. La première postule que le procès s'engouffre dans « l'espace immense de vacuité morale »[5] ouvert par le rétrécissement du monde commun dans nos sociétés individualistes, pour remplir une fonction de plus en plus essentielle dans la genèse des normes sociales[6]. La seconde voit dans le jugement une opération procéduralisée dirigée par un juge qui « ne dit pas "la" Loi, mais (…) intervient comme un partenaire chargé, avec puissance de veto, de faire valoir les principes de justice de la communauté politique dont les parties au litige sont des membres »[7].

525. De ces hypothèses, l'une est relative au rôle social de l'énoncé judiciaire par delà la résolution d'un litige particulier, l'autre concerne le mode d'élaboration de ce même énoncé dans le cadre étroit de l'instance. Mais elles sont toutes deux liées aux évolutions contemporaines du rapport au sens, à la norme et au pouvoir, qui

[1] Comp. Troper (M.), « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », *in Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 49 ; et Béchillon (D. de), « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, chron. 973. Plus généralement, v. sous la direction de Brondel (S.), Foulquier (N.) et Heuschling (L.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, qui rassemble outre les deux articles précités de Troper (M.) et Béchillon (D. de) diverses contributions sur le sujet.

[2] V. par ex. le n° 46 (2000) de *Droit et Société*, coordonné par Arnaud (A.-J.), et intitulé « Complexités à l'œuvre ». Dans une toute autre perspective, le recours à l'anthropologie se révèle riche d'enseignements pour appréhender en des termes nouveaux la figure judiciaire ; en ce sens, v. not. les actes du colloque organisé par l'Association française d'anthropologie du droit à Paris les 24, 25 et 26 novembre 1994, sous la direction de Bontems (C.), *Le juge : une figure d'autorité*, Paris, L'Harmattan, 1996.

[3] En ce sens, v. not. Zenati (F.), « Le citoyen plaideur », *in* Baranès (W.) et Frison-Roche (M.-A.), dir., *La justice. L'obligation impossible*, préc., p. 172.

[4] Lenoble (J.), « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », préc., p. 142.

[5] Zenati (F.), « Le procès, lieu du social », *APD*, 1995, Tome 39, p. 247.

[6] *Ibid.*

[7] Munck (J. de), « Le pluralisme des modèles de justice », *in* Garapon (A.) et Salas (D.), dir., *La justice des mineurs. Évolution d'un modèle*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, 1995, p. 134.

alimentent l'émergence d'un nouveau paradigme dans la science juridique : celui d'un droit déformalisé mieux figuré par un réseau organisé selon des procédures garanties par les juges[1] que par une pyramide structurée selon une hiérarchie instituée par les lois[2].

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

526. Porteur d'une conception dynamique de l'office du juge, le nouveau Code de procédure civile, promulgué en 1976, est révélateur d'une montée en puissance de l'institution judiciaire dans la vie du droit. Cette tendance lourde se nourrit de la diversification des attributions régulatrices des tribunaux et de nouvelles formes de pluralisme normatif renforçant leur position au sein de l'ordre juridique. Pour mieux légitimer ce mouvement, la doctrine magnifie les figures du procès équitable et de la procédure efficace. A cette occasion, elle fait sienne l'hypothèse, nourrie par d'autres disciplines, selon laquelle l'avènement du sens juridique serait le produit d'un traitement procédural ayant le procès judiciaire pour archétype.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

527. Au cours des deux derniers siècles, la science juridique a progressivement consacré le rôle des juridictions dans la création du droit en leur reconnaissant un pouvoir jurisprudentiel considérable. La doctrine franchit aujourd'hui un pas de plus et, prenant acte de la multiplication des fonctions judiciaires, présente le juge comme un acteur essentiel à l'organisation de l'ordre juridique. Bénéficiant de ce mouvement, le droit processuel a, depuis une cinquantaine d'années, perdu son caractère trivial et gagné ses lettres de noblesse universitaire. La procédure a ainsi vu son office célébré[3] et certaines de ses règles élevées au rang de normes fondamentales. Cette évolution théorique confirme les transformations du rôle du juge dans le paysage institutionnel. Là où il occupait une place subordonnée essentiellement déterminée par la loi, il tend désormais à s'imposer dans les représentations dogmatiques comme une figure centrale. Interface entre le monde des normes juridiques et celui des pratiques sociales, garant du respect du droit dans son entier et des droits dans leur multiplicité, le juge est en passe de remplacer la loi comme figure paradigmatique de la juridicité.

---

[1] Plus généralement, sur l'hypothèse d'une procéduralisation du droit, v. Coppens (P.) et Lenoble (J.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, dir., Bruxelles, Bruylant, 2000.
[2] Sur ce changement de paradigme, v. not. Ost (F.) et Van de Kerchove (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, éd. FUSL, 2002.
[3] Burgelin (J.-F.), Coulon (J.-M.), Frison-Roche (M.-A.), « L'office de la procédure », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 253.

Conclusion

528. A la jonction de l'histoire de la justice et de la science du droit, cette recherche s'inscrit dans une démarche herméneutique qui vise à rendre compte du sens de l'office du juge en observant cet objet de discours savants dans une perspective diachronique. Des dogmes établis par la science juridique médiévale aux problématiques posées par la doctrine contemporaine, la fonction de juger a été objet de multiples théories. Leur étude pouvait laisser présager un affinement des concepts. Notre cheminement dans l'archive juridique révèle surtout leurs déplacements et leurs transformations dans l'entre-deux qui sépare les figures discursives de l'institution du juge par la loi et de la réalisation du droit par le juge.

529. Ce jeu de représentations se déploie sous la royauté médiévale, forme étatique embryonnaire conceptualisée, notamment dans sa dimension justicière, à l'aide d'éléments puisés aux sources savantes du *ius commune*. Un certain rapport à la hiérarchie et au texte juridique s'y exprime, qui est progressivement consolidé, puis répété, par les juristes de l'Ancien Régime jusqu'à nos jours. Cette conception se donne à voir dans les problématiques doctrinales relatives à l'autorité du magistrat, à l'organisation de son pouvoir et à l'exercice de son activité ; autant d'objets théoriques qui donnent lieu, pendant plus de huit siècles, à la déclinaison du thème de l'institution du juge par la loi.

530. Toujours opératoire, cette trame conceptuelle perd de sa netteté à mesure qu'apparaissent au cours du XX^{e} siècle des discours porteurs d'un nouveau regard sur le judiciaire. L'élaboration de théories célébrant le pouvoir normatif des juridictions, la conceptualisation d'une fonction de juger polyvalente, la valorisation de la dimension procédurale du système juridique contribuent à redessiner l'image de la justice. Combinées au reflux de l'ordre légal et à son internationalisation, ces évolutions fragmentaires laissent deviner, à qui les saisit dans la longue durée, une recomposition des représentations juridiques mettant l'accent sur la réalisation du droit par le juge.

531. Mis en évidence par notre recherche, ce déplacement théorique est renforcé par l'engouement contemporain pour les *topoïs* post-modernes. Valorisée dans l'ordre du discours doctrinal, la figure du juge ordonnateur d'un univers juridique hyper-complexe doit néanmoins être relativisée. Si elle brouille la conception légicentrique de la fonction de juger, elle ne s'y substitue pas complètement : outre que l'idée de loi n'a pas fini d'exercer son emprise sur nos façons occidentales de

penser[1], le juge demeure une institution de l'État et les représentations savantes du judiciaire restent, à ce titre, solidement arrimées à l'*épistémè* juridique moderne[2].

532. C'est vers l'activité concrète des magistrats qu'il conviendrait maintenant de se tourner pour faire la part de ce qui tient à la réalité des changements institutionnels et ce qui tient aux changements dans la façon d'observer la réalité. Si en effet « toutes les pratiques judiciaires mettent en acte un théâtre de vérité »[3], il importe autant de décrire l'histoire de son architecture dogmatique que de dévoiler les ressorts réels de leur « efficacité symbolique »[4] pour assembler le puzzle des représentations de la fonction de juger.

[1] Supiot (A.), « L'empire des lois ou les avatars d'une façon de penser », *RIEJ*, 2001, n° 46, p. 1 et s.
[2] Béchillon (D. de), « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », *in* Serverin (E.) et Berthoud (A.), dir. *La production des normes entre État et société civile*, préc., rappr. p. 54 et p. 73.
[3] Legendre (P.), *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, Fayard, 2001, p. 209.
[4] Pour quelques pistes en cette direction, v. Bourdieu (P.), « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *ARSS*, n° 64, sept. 1986, p. 3 et s.

Bibliographie

I – PRINCIPALES ABREVIATIONS

II – SOURCES ANTERIEURES AU XIX^e^ SIECLE

III – OUVRAGES GENERAUX, REPERTOIRES, TRAITES ET MANUELS

A – DROIT **1 – XIX^e^ SIECLE**

2 – XX^e^ SIECLE

B – HISTOIRE

IV – OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES ET THESES

V – ARTICLES, NOTES ET CHRONIQUES

I – PRINCIPALES ABREVIATIONS

AFDT	Annales de la faculté de droit de Toulouse
AHFDSJ	Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique
AJDA	Actualité juridique droit administratif
APD	Archives de philosophie du droit
ARSS	Actes de la recherche en sciences sociales
AUSST	Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse
D.	Recueil Dalloz-Sirey
Dr. soc.	Droit social
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
J-Cl.	Juris-Classeur
JCP	Juris-Classeur périodique
JO	Journal officiel
MSHDI	Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands
PA	Petites affiches
Pol. man. pub	Politiques et management public
RDP	Revue du droit public et de la science politique
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rép. Dalloz	Encyclopédie Dalloz
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. jur. com.	Revue de jurisprudence commerciale
Rev. soc.	Revue des sociétés
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGDP	Revue générale des procédures
RJO	Revue juridique de l'Ouest
RHFDSJ	Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique
RHDFE	Revue historique de droit français et étranger
RHSH	Revue d'histoire des sciences humaines
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique

RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RTDCiv	Revue trimestrielle de droit civil
RTDCom	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDEur	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RRJ	Droit prospectif. Revue de la recherche juridique
S.	Recueil Sirey

II – SOURCES ANTERIEURES AU XIX^e^ SIECLE

Bacquet (J.), *Traicté des droicts de iustice, haute, moienne, & basse*, S.L., n.d., Paris, début XVII^e^ siècle.

Baron de Pufendorf, *Droit de la nature et des gens, ou Système général des principes les plus importans de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, traduction par Jean Barbeyrac, Basle, 1732, 2 volumes.

Beccaria (C.), *Des délits et des peines*, trad. Chevallier, Paris, Flammarion, 1991 (1^e^ éd. 1764).

Bergasse (N.), *Rapport du comité de constitution sur l'organisation du pouvoir judiciaire présenté à l'Assemblée nationale*, Paris, 1789.

Bodin (J.),

- *Exposé du droit universel (Juris universi distributio)*, traduit par Jerphagon (L.), commenté par Goyard-Fabre (S.), Paris, PUF, 1985 (1^e^ éd. 1580).
- *Les six livres de la république*, Lyon, 1593.

Bossuet (J.-B.), *Politique tirée des propres paroles de l'Ecriture sainte*, Paris, 1709.

Boutillier (J.), *Somme rural, ou Grand coustumier général de practique civil et canon*, revue par Louys Charondas Le Caron, Paris, 1603.

Cardin Le Bret, *Œuvres*, Paris, 1639.

D'Aguesseau, *Œuvres*, Paris, 1759-1789, 13 volumes.

Delommeau (P.), *Les maximes generalles du droict françois*, Rouen, 1612, 2 volumes.

Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, 7^e^ éd., Paris, 1771-1773, 4 volumes.

Diderot (D.), dir., *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société de gens de lettres*, Paris puis Neufchastel, 1751-1765, 17 volumes.

Domat (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus,* Paris, 1771.

Ferrière (C.-J. de), *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, 1771, 2 volumes.

Gauret (M.), *Stile universel de toutes les cours et jurisdictions du royaume, pour l'instruction des matières civiles, suivant l'ordonnance de Louis XIV, Roi de France et de Navarre, du mois d'avril 1667*, Paris, 1734.

Hugo de Groot dit Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Jean Barbeyrac, Amsterdam, 1724.

Josse de Damhoudere, *Practique iudiciaire es causes civiles*, Anvers, 1572.

Jousse (D.),

- *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, Paris, 1767, 2 volumes.
- *Traité de l'administration de la justice*, Paris, 1771, 2 volumes.

La Roche-Flavin (B. de), *Treze livres des parlemens de France*, Bordeaux, 1617.

Le Paige (L.-A.), *Lettres historiques, sur les fonctions essentielles du Parlement, sur le droit des pairs, et sur les loix fondamentales du Royaume*, Amsterdam, 1753.

Loyseau (C.), *Œuvres*, Paris, 1678.

Moniteur universel, Réimpression de l'ancien *Moniteur universel*, Paris, Plon, 1858-1863, 26 volumes.

Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, GF-Flammarion, 1979, 2 volumes (1e éd. 1748).

Pigeau (E.-N.), *La procédure civile du Châtelet de Paris, et de toutes les jurisdictions ordinaires du Royaume, démontrée par principes, & mis en action par des formules*, 2e éd., Paris, 1787.

Pothier, *Œuvres posthumes - Tome septieme concernant le traité de la procédure civile*, Paris / Orléans, 1778.

Rousseau (J.-J.),

- *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*, Paris, Gallimard, 1965 (1e éd. 1755).
- *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique*, Paris, Éditions sociales, 1963 (1e éd. 1762).

Sieyès (E.), *Qu'est-ce que le Tiers État*, Paris, Quadrige / PUF, 1989 (1e éd. 1789).

Sans nom d'auteur :

- *Ordonnances royaux sur le fait de la iustice et authorité d'icelle*, Rouen, 1628.

- *Les qualités necessaires a un juge, avec la résolution des questions les plus importantes sur les devoirs de la profession,* Lyon, 1699, attribué à Fuyot de la Marche.
- *Procès-verbal des conférences tenues par ordre du Roi, pour l'examen des articles de l'ordonnance civile, du mois d'avril 1667, et de l'ordonnance criminelle, du mois d'avril 1670,* Paris, 1740.

III – OUVRAGES GENERAUX, REPERTOIRES, TRAITES ET MANUELS

A – DROIT

1 – XIX^e SIECLE

Aubry (C.), Rau (C.), *Cours de droit civil français*, 4e éd., Paris, Cosse, Marchal & Cie, 1869, Tome 1.

Baron Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, Treuttel et Würtz, 1830, Tome 21.

Batbie (A.), *Introduction générale au droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1861.

Baudry-Lacantinerie (G.), *Précis de droit civil*, 2e éd., Paris, Larose et Forcel, 1885, Tome 1.

Berriat-Saint-Prix (J.), *Cours de procédure civile*, 7e éd., Paris, Plon, 1855, Tome 1.

Boitard, *Leçons sur toutes les parties du Code de procédure civile*, 6e éd., Paris, Cotillon, 1854, 2 volumes.

Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, 2e éd., Paris : Videcoq, Poitier : Saurin, 1837, Tome 1.

Brillat-Savarin, *De la Cour suprême, deuxième fragment d'un ouvrage de théorie judiciaire*, Paris, 1814.

Carette (A.-A.), Devilleneuve (L.-M.), dir., *Recueil général des lois et arrêts, avec notes et commentaires*, fondé par J.B. Sirey, Paris, 1843, 1e volume (1791-An XII).

Carré (J.-L.-G.), *Les lois de l'organisation et de la compétence des jurisdictions civiles*, Paris, Warée, 1825, Tome 1, 1826, Tome 2.

Chauveau (A.), *Principes de compétence et de juridiction administratives*, Paris, Cotillon / Durand, 1841, Tome 1.

Constant (B.), *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, Paris, Hachette, 1997 (version de 1806-1810).

Dalloz l'ainé, dir., *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de juriprudence*, Paris, 1845, Tome 2.

Delvincourt (M.), *Cours de Code civil*, Paris : Videcoq, Dijon : Lagier, 1834, Tome 1.

Demante (A.M.), *Programme du cours de droit civil français*, 2e éd., Paris, Alex–Gobelet, 1835, Tome 1.

Demolombe (C.), *Cours de Code Napoléon*, Paris, Durand / Hachette & Cie, 1854, Tome 1.

Devilleneuve (L.-M.), Gilbert (P.), dir., *Jurisprudence du XIXe siècle, ou Table générale alphabétique et chronologique du recueil général des lois et des arrêts (1791-1850)*, Paris, 1851, Tome 1.

Ducrocq (M.), *Cours de droit administratif*, Paris, Thorin, 1881, Tome 1.

Duranton (M.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, Thorel / Guibert, 1844, Tome 1.

Duvergier (J.B.), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'État*, 2e éd., Paris, 1834-1856, 56 volumes.

Fenet (P.A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, 15 volumes.

Foucart (E.-V.), *Éléments de droit public et administratif, ou exposition méthodique des principes du droit public positif*, 4e éd., Paris, 1855, Tome 1.

Fuzier-Herman (E.), dir., *Répertoire général alphabétique du droit français*, Paris, Sté du Recueil général des lois et arrêts / Larose et Forcel, 1886, Tome 1.

Garsonnet (E.), *Traité théorique et pratique de procédure*, 2e éd., Paris, Larose, 1898, 8 volumes.

Henrion de Pansey, *Traité de l'autorité judiciaire en France*, Paris, Barrois, 1827, 2 volumes.

Huc (T.), *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, Paris, Pichon, 1892, Tome 1.

Laferrière (E.), *Traité de la juridiction adminstrative et des recours contentieux*, 2e éd., Paris / Nancy, Berger-Levrault et Cie, 1896, Tome 1.

Laurent (F.), *Principes de droit civil français*, 4e éd., Bruxelles : Bruylant, Paris : Marescq, 1887, Tome 1.

Ledru-Rollin, dir., *Journal du Palais, Recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française*, 3e éd., Paris, Patris, 1837, Tome 1 (1791-an VIII).

Macarel (M.L.A.), *Éléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833.

Marcadé (V.), *Explication théorique et pratique du Code Napoléon,* 5e éd., Paris, Cotillon, 1855, Tome 1.

Merlin (P.-A.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5e éd., Bruxelles, Tarlier, 1827, 36 volumes.

Mourlon (F.), *Répétitions écrites sur le Code civil*, 12e éd., Paris, Garnier, 1884, Tome 1.

Pigeau (E.-N.),

- *Commentaire sur le Code de procédure civile*, Paris, Brière, 1827, 2 volumes.
- *Introduction à la procédure civile*, 7e éd., Paris, Joubert, 1842.

Rivière (M.), dir., *Pandectes françaises*, Paris, Marescq / Plon, 1886, Tome 1,

Rodière (A.), *Traité de compétence et de procédure en matière civile*, 5e éd., Paris, Durand / Pedone-Lauriel, 1878, 2 volumes.

Serrigny (D.), *Traité de l'organisation, de la compétence, et de la procédure en matière contentieuse administrative*, Paris, Durand, 1865, Tome 1.

Sirey (J.-B.),

- dir., *Jurisprudence de la Cour de cassation, ou Notices des arrêts les plus importans, depuis 1791, époque de l'institution de la Cour, jusqu'à l'an X*, Paris, an XIII.
- dir., *Table alphabétique et raisonnée du recueil général des lois et des arrêts, ou Notices décennales de législation et de jurisprudence depuis l'avènement de Napoléon (1800-1810)*, Paris, 1811.

Sirey (J.-B.), Duvergier (J.-B.), Villeneuve (L.M. de), dir., *Table alphabétique et raisonnée du recueil général des lois et des arrêts (1800-1820)*, Paris, 1821.

Toullier (C.B.M.), *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code Napoléon*, Rennes, Vatar, 1811, Tome 1.

Vivien (A.F.), *Études administratives*, rééd. Paris, Cujas, 1974, 2 volumes (3e éd. 1859).

2 – XXe SIECLE

Arnaud (A.-J.) *et al.*, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1993.

Aynès (L.), Malaurie (Ph.), *Cours de droit civil. Tome 1 - Introduction à l'étude du droit*, Paris, Cujas, 1994.

Bathélemy (J.), Duez (P.), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933.

Beudant (C.), *Cours de droit civil français*, 2e éd., Paris, Rousseau, 1934, Tome 1.

Boré (J.), *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, 1997.

Cabrillac (R.), Frison-Roche (M.-A.), Revet (T.), *Libertés et droits fondamentaux*, 7e éd., Paris, Dalloz, 2001.

Cadiet (L.), *Découvrir la justice*, Paris, Dalloz, 1997.

Cadiet (L.), *Droit judiciaire privé*, 3e éd., Paris, Litec, 2000.

Carbonnier (J.), *Droit civil – introduction*, 26e éd., Paris, PUF, 1999.

Colin (A.), Capitant (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1920, Tome 1.

Cornu (G.),

- dir., *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige / PUF, 2001.
- *Droit civil - Introduction, les personnes, les biens*, Paris, Montchrestien, 2001.

Cornu (G.), Foyer (J.),

- *Procédure civile*, 1e éd., Paris, PUF, 1958.
- *Procédure civile*, 3e éd., Paris, PUF, 1996.

Couchez (G.), *Procédure civile*, 11e éd., Paris, Armand Colin, 2000.

Couchez (G.), Langlade (J.-P.), Lebeau (D.), *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1998.

Delmas-Marty (M.), Lucas de Leyssac (C.), dir., *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Seuil, 1996.

Despax (M.), *Négociations, conventions et accords collectifs*, publié sous la direction de Camerlynck (G.H.), *Traité de droit du travail*, Tome 7, Paris, Dalloz, 1989.

Duguit (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Éd. de Boccard, 1927-1930, 5 volumes.

Duhamel (O.), Mény (Y.), dir., *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992.

Duverger (M.), *Constitutions et documents politiques*, Paris, PUF, 1996.

Esmein (A.), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 4e éd., Paris, Sirey, 1906.

Estoup (P.), *La pratique des procédures rapides*, Paris, Litec, 1998.

Favoreu (L.), dir., *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2000.

Favoreu (L.) *et al.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2001.

Favoreu (L.), Philip (L.), *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2001.

Faye (E.), *La cour de cassation, Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile*, Paris, Duchemin, 1903.

Ghestin (J.), Goubeaux (G.), Fabre-Magnan (M.), *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4e éd., Paris, LGDJ, 1994.

Giudicelli-Delage (G.), *Institutions juridictionnelles*, 2e éd., Paris, PUF, 1993.

Glasson (E.), Tissier (A.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3e éd., Paris, Sirey, 1925, Tome 1.

Guinchard (S.), dir., *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, 2002.

Guinchard (S.) ***et al.,*** *Droit processuel, Droit commun du procès*, Paris, Dalloz, 2001.

Hauriou (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, Sirey, 1929.

Japiot (R.), *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Paris, Rousseau, 1916.

Jèze (G.),

- *Éléments de droit public et administratif*, Paris, Giard & Brière, 1910.
- *Les principes généraux du droit administratif - La notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics*, 3e éd., Paris, Giard, 1930, Tome 2.

Kernaleguen (F.), *Institutions judiciaires*, 2e éd., Paris, Litec, 1994.

Marty (G.), Raynaud (P.), *Traité de droit civil - Introduction à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1972, Tome 1.

Mémeteau (G.), *Cours de droit médical*, Bordeaux, Les études hospitalières, 2001.

Mescheriakoff (A.-S.), *Droit des services publics*, Paris, PUF, 1997.

Morel (R.), *Traité élémentaire de procédure civile*, 2e éd., Paris, Sirey, 1949.

Perrot (R.), *Institutions judiciaires*, 9e éd., Paris, Montchrestien, 2000.

Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, 2e éd., Paris, Pichon, 1901, Tome 1.

Ripert (G.), Boulanger (J.), *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1946, Tome 1.

Rivero (J.), *Les libertés publiques, Tome 1 - Les droits de l'homme*, 6e éd., Paris, PUF, 1991.

Roland (H.), Boyer (L.), *Adages du droit français*, 4e éd., Paris, Litec, 1999.

Solus (H.), Perrot (R.), *Droit judiciaire privé*, Paris, Sirey, 1961, Tome 1, 1973, Tome 2, 1991, Tome 3.

Supiot (A.), *Les juridictions du travail*, publié sous la direction de Camerlynck (G.H.), *Traité de droit du travail*, Tome 9, Paris, Dalloz, 1987.

Terré (F.), *Introduction générale au droit*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2000.

Terré (F.), Lequette (Y.), dir., *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11e éd., Paris, Dalloz, 2000.

Vizioz (H.), *Études de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956.

Vincent (J.), Guinchard (S.), *Procédure civile*, 25e éd., Paris, Dalloz, 1999.

Zoller (E.), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1999.

B – HISTOIRE

Beauthier (R.), *Droit et genèse de l'État*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1997.

Bloch (M.), *La société féodale*, Paris, Albin Michel, 1998.

Bouineau (J.), Szramkiewicz (R.), *Histoire des institutions (1750-1914)*, 2e éd., Paris, Litec, 1992.

Burdeau (F.), *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995.

Burns (J.H.), dir., *Histoire de la pensée politique médiévale*, Paris, PUF, 1993.

Carbasse (J.M.), *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF, 1990.

Chevallier (J.-J.), *Histoire de la pensée politique*, Paris, Payot, 1979.

Ellul (J.),

- *Histoire des institutions – Le Moyen Âge*, Paris, Quadrige - PUF, 1999.
- *Histoire des institutions – XIXe siècle*, Paris, Quadrige - PUF, 1999.
- *Histoire des institutions – XVIe-XVIIIe siècles*, Paris, Quadrige - PUF, 1999.

Furet (F.), Ozouf (M.), dir., *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988.

Gazzaniga (J.-L.), Ourliac (P.), *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Paris, Albin Michel, 1985.

Godechot (J.), *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, PUF, 1989.

Goyard-Fabre (S.), *Philosophie politique (XVIe-XXe siècles)*, Paris, PUF, 1987.

Guillot (O.), Rigaudière (A.), Sassier (Y.), *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale*, 2e éd., Paris, Armand Colin, 1996, Tome 1, 1998, Tome 2.

Halpérin (J.-L.), *Histoire du droit privé français depuis* 1804, Paris, PUF, 1996.

Harouel (J.-L.), Sautel (G.), *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, Paris, Dalloz, 1997.

Harouel (J.L.) *et al.*, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris, PUF, 1998.

Hilaire (J.), *Histoire des institutions judiciaires*, Paris, Litec, 1994.

Lemarignier (J.-F.), *La France médiévale. Institutions et société*, Paris, Armand Colin, 1997.

Mestre (J.-L.), *Introduction historique au droit administratif*, Paris, PUF, 1985.

Mousnier (R.), *Les institutions de la France sous la monarchie absolue, 1598-1789*, Paris, PUF, 1990, Tome 1, 1992, Tome 2.

Quenet (M.), *Histoire des institutions judiciaires*, Paris, Litec, 1997.

Sueur (P.), *Histoire du droit public français, XV^e^-XVIII^e^ siècles*, 2^e^ éd., Paris, PUF, 1993, Tome 1, 1994, Tome 2.

Tulard (J.), dir., *Dictionnaire Napoléon*, Paris, Fayard, 1987.

IV – OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES ET THESES

Ackerman (W.), Bastard (B.), *Innovation et gestion dans l'institution judiciaire*, Paris, LGDJ, 1993.

Albiges (C.), *De l'équité en droit privé*, Paris, LGDJ, 2000.

Althusser (L.), *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, Quadrige / PUF, 1985.

Amselek (P.),

- dir., *Interprétation et droit*, Aix en Provence : PUAM, Bruxelles : Bruylant, 1995.
- dir., *Théorie du droit et science*, dir., Paris, PUF, 1994.

Ancel (P.), Rivier (M.-C.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Economica, 2001.

Ardant (Ph.), *La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle*, Paris, LGDJ, 1956.

Arnaud (A.-J.),

- *Entre modernité et mondialisation. 5 leçons d'histoire de la philosophie de droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1998.
- *Les juristes face à la société du XIX^e^ siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975.
- *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969.
- *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991.

Association française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Aix en Provence : PUAM, Paris : Economica, 1990.

Association française pour l'histoire de la justice, *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la Libération*, Paris, Loysel, 1994.

Atias (C.),

- *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985.
- *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1999.

Bacot (G.), *Carré de Malberg et l'origine de la distinction souveraineté du peuple – souveraineté nationale*, Paris, CNRS, 1985.

Badinter (R.), dir., *Une autre justice, Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989.

Baker (K.M.), *Au tribunal de l'opinion. Essais sur l'imaginaire politique au XVIII^e^ siècle*, Paris, Payot, 1993.

Baranès (W.), Frison-Roche (M.-A.), dir., *La justice. L'obligation impossible*, Paris, Autrement, 1995.

Barbey (J.), *Être roi, Le roi et son gouvernement en France de Clovis à Louis XVI*, Paris, Fayard, 1992.

Barret-Kriegel (B.), *L'État et les esclaves*, Paris, Calmann-Lévy, 1979.

Basdevant-Gaudemet (B.), *Aux origines de l'État Moderne. Charles Loyseau, 1564-1627. Théoricien de la puissance publique*, Paris, Economica, 1977.

Bastid (M.), *Naissance de la loi moderne*, Paris, PUF, 1990.

Bastid (P.), *Sieyès et sa pensée*, Paris, Hachette, 1970.

Beaud (O.), *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994.

Béchillon (M. de), *La notion de principe général en droit privé*, Aix en Provence, PUAM, 2000.

Beignier (B.), dir., *La codification*, Paris, Dalloz, 1996.

Belaid (S.), *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1974.

Bercé (Y.-.M.), dir., *Les monarchies*, Paris, PUF, 1997.

Bernard (A.), Poirmeur (Y.), dir., *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993.

Berten (A.), Lenoble (J.), *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1996.

Biet (C.), Théry (I.), dir., *La famille, la loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989.

Binoche (B.), *Introduction à* De l'esprit des lois *de Montesquieu*, Paris, PUF, 1998.

Blanchard (J.), dir., *Représentation, pouvoir et royauté à la fin du Moyen Âge*, Paris, Picard, 1995.

Bléry (C.), *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Paris, LGDJ, 2000.

Bolze (C.), Pédrot (Ph.), dir., *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, Paris, Dalloz, 1996.

Bonnecase (J.),

- *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, Bordeaux, Delmas, 1933, 2 volumes.
- *La Thémis (1819-1831) - Son fondateur, Athanase Jourdan*, Paris, Sirey, 1914.
- *Précis de pratique judiciaire et extrajudiciaire*, Paris, Sirey, 1927.

Bontems (C.), dir., *Le juge : une figure d'autorité*, Paris, L'Harmattan, 1996.

Boucher (Ph.), dir., *La révolution de la justice. Des lois du roi au droit moderne*, Paris, Éd. de Monza, 1989.

Bourcier (D.), *La décision artificielle. Le droit, la machine et l'humain*, Paris, PUF, 1995.

Bourcier (D.), Bonis (M. de), *Les paradoxes de l'expertise, savoir ou juger ?*, Paris, Les empêcheurs de penser en rond, 1998.

Bourcier (D.), Mackay (P.), dir., *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, Paris, LGDJ, 1992.

Bourcier (D.), Hassett (P.), Roquilly (C.), dir., *Droit et intelligence artificielle. Une révolution de la connaissance juridique*, Paris, éd. Romillat, 2000.

Bourdon (J.), *La législation du Consulat et de l'Empire. La réforme judiciaire de l'an VIII*, Rodez, Carrere, 1943.

Bouretz (P.), *La force du droit - Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991.

Braibant (G.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Seuil, 2001.

Bredin (J.-D.), *Sieyès, la clé de la Révolution française*, Paris, de Fallois, 1988.

Breen (E.), dir., *Évaluer la justice*, Paris, PUF, 2002.

Brondel (S.), Foulquier (N.), Heuschling (L.), dir., *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publication de la Sorbonne, 2001.

Cadiet (L.), dir., *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987.

Caillosse (J.), *Introduire au droit*, Paris, Montchrestien, 1993.

Capitant (R.), *Écrits constitutionnels*, Paris, CNRS, 1982.

Caporal (S.), *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Aix en Provence : PUAM, Paris : Economica, 1995.

Cappelletti (M.), dir., *Accès à la justice et État providence*, Paris, Economica, 1984.

Carbonnier (J.),

- *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995.
- *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996.
- *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1995.

Carré de Malberg (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, Tome 1, 1922, Tome 2.

Carré de Malberg (R.), *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, 1ere éd. 1931, rééd. Paris, Economica, 1984.

Catala (P.), *Le droit à l'épreuve du numérique, Jus ex Machina*, Paris, PUF, 1998.

Caupain (M.-T.), Leval (G. de), dir. *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Paris, Larcier, 2000.

Cavrois (M.-L.), Dalle (H.), Jean (J.-P.), dir., *La qualité de la justice*, Paris, La documentation française, 2002.

Cayla (O.), Renoux-Zagamé (M.-F.), dir., *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, 2002.

Centre Charles Van Reepinghen pour le droit judiciaire, *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial. Approche comparative*, Actes des XIe Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1984.

Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La justice*, Paris, PUF, 1961.

Chauvaud (F.), dir., *Le sanglot judiciaire. La désacralisation de la justice (VIIIe-XXe siècles)*, Grâne, Créaphis, 1999.

Chauvaud (F.), avec la collaboration de Dumoulin (L.), *Experts et expertises judiciaires en France (1791-1944)*, Paris, GIP - Mission de recherche droit et justice, 1999.

Chauvaud (F.), Yvorel (J.-J.), *Le juge, le tribun et le comptable. Histoire de l'organisation judiciaire entre les pouvoirs, les savoirs et les discours (1789-1930)*, Paris, Anthropos, 1995.

Chemillier-Gendreau (M.), Moulier-Boutang (Y.), dir., *Le droit dans la mondialisation, Une perspective critique*, Paris, PUF, 2001.

Chevallier (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, LGDJ, 1970.

Christophe-Tchakaloff (M.-F.), dir., *La spécificité de l'administration française de la justice : première approche*, Paris, Institut international d'administration publique, 2001.

Clam (J.), Martin (G.), dir., *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998.

Cohen (D.), *La Cour de cassation et la séparation des autorités administratives et judiciaires*, Paris, Economica, 1987.

Cohen-Tanugi (L.), *Le droit sans l'État*, Paris, Quadrige - PUF, 1992.

Colin (A.), dir., *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Rouseau, 1914.

Collège libre des Sciences sociales, *Les méthodes juridiques. Leçons faites au Collège libre de sciences sociales en 1910*, Paris, Giard & Brière, 1911.

Colliard (C.-A.), Timsit (G.), dir., *Les autorités administratives indépendantes*, Paris PUF, 1988.

Colloque des Instituts d'études judiciaires

- (5eme), *La logique judiciaire*, Paris, PUF, 1969.
- (6eme), *Le principe de la publicité de la justice*, Paris, Librairie technique, 1969.
- (10eme), *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Paris, PUF, 1976.
- (22eme), *La responsabilité des gens de justice*, *Justices*, 1997, n° 5.

Collot (C.), *L'école doctrinale de droit public de Pont-à-Mousson, (Pierre Grégoire de Toulouse et Guillaume Barclay), (Fin du XVIe siècle)*, Paris, LGDJ, 1965.

Commaille (J.), *Territoires de justice. Une sociologie politique de la carte judiciaire*, Paris, PUF, 2000.

Commaille (J.), Jobert (B.), dir., *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, LGDJ, 1999.

Conac (G.), Delpérée (F.), Pactet (P.), Turpin (D.), *Constitution et justice*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996.

Conseil d'État - Section du rapport et des études, *L'aide juridique, pour un meilleur accès au droit*, Paris, La documentation française, 1991.

Coppens (P.), *Normes et fonction de juger*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1998.

Coppens (P.), Lenoble (J.), dir., *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

Cornu (G.),

- *Regards sur le titre III du livre III du Code civil « des contrats ou des obligations conventionnelles en général ». (Essai de lecture d'un titre du Code)*, Paris, Les cours du droit, 1976.
- *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris PUF, 1998.

Coulon (J.-M.), *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Rapport au garde des sceaux, Paris, La documentation française, 1996.

Coulon (J.-M.), Frison-Roche (M.-A.), dir., *Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996.

Cour de cassation,

- *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Paris, La documentation française, 1998.
- *Les principes communs d'une justice des États de l'Union européenne*, Paris, La documentation française, 2001.

Cour de cassation / Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix en Provence : PUAM, Paris : La documentation francaise, 1994.

Cour de cassation / Université René Descartes-Paris V, *Le droit des preuves au défi de la modernité*, Paris, La documentation française, 2000.

Cruet (J.), *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion, 1908.

Dalle (H.), Soulez Larivière (D.), dir., *Notre justice. Le livre vérité de la justice française*, Paris, Robert Laffont, 2002.

D'Ambra (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ, 1994.

David (M.), *La souveraineté du peuple*, Paris, PUF, 1996.

Debbasch (Ch.), *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, Paris, LGDJ, 1962.

Debet (A.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, 2002.

Deffains (B.),

- dir., *L'analyse économique du règlement des litiges : approches théorique, empirique et comparative*, Paris, GIP - Mission de recherche droit et justice, 2001.
- dir., *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, Cujas, 2002.

Delmas-Marty (M.), *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994.

Derathé (R.), *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, Vrin, 1970.

Deumier (P.), *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002.

Drago (G.), François (B.), Molfessis (N.), dir., *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999.

Dubos (O.), *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001.

Dubouchet (P.), *Sémiotique juridique*, Paris, PUF, 1990.

Dupuy (R.), Morabito (M.), dir., *1795, Pour une République sans Révolution*, Rennes, PUR, 1996.

Durand-Barthez (P.), *Histoire des structures du ministère de la justice (1789-1945)*, Paris, PUF, 1973.

École nationale de la magistrature, *La responsabilité du juge*, actes du colloque des 25 et 26 mars 1999, Paris, 1999.

Eliade (M.), *Aspects du mythe*, Paris, Gallimard, 1990.

Ewald (F.), dir., *Naissance du Code civil - La raison du législateur*, Paris, Flammarion, 1989.

Fabreguettes (P.), *La logique judiciaire et l'art de juger*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1926.

Farcy (J.-C.),

- *Magistrats en majesté. Les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIXe-XXe siècles)*, Paris, CNRS, 1998.
- *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours*, Paris, PUF, 2001.
- *Notices bibliographiques. Deux siècles d'histoire de la justice en France*, Paris, CNRS Éditions, CD-ROM, 1996.

Feuillet-Le Mintier (B.), dir., *Les lois « bioéthique » à l'épreuve des faits*, Paris, PUF, 1999.

Folscheid (D.), Feuillet-Le Mintier (B.), Mattei (J.-F.), dir., *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, Paris, PUF, 1997.

Fondation Guizot-Val Richer, *François Guizot et la culture politique de son temps*, Paris, Galllimard – Le Seuil, 1991.

Fortier (V.), dir., « Système de gestion de la qualité et décision judiciaire : applicabilité de la norme ISO 9001 », Paris, GIP - Mission de recherche droit et justice, 2001.

Foucault (M.), *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1996.

Fouchard (Ph.), dir., *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'*American Law Institute, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2001.

Foyer (J.), *Histoire de la justice*, Paris, PUF, 1996.

Frangi (M.), *Constitution et droit privé*, Aix en Provence : PUAM, Paris : Economica, 1992.

Franklin (J.H.), *Jean Bodin et la naissance de la théorie absolutiste*, Paris, PUF, 1993.

Frison-Roche (M.-A.),

- *Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, Thèse, Paris II, 1988.
- dir., *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Paris, Dalloz, 1995.

Frison-Roche, (M.-A.), Haenel (H.), *Le juge et le politique, les nouvelles règles du jeu*, Paris, PUF, 1998.

Frydman (B.), Haarscher (G.), *Philosophie du droit,* Paris, Dalloz, 2002.

Furet (F.),

- *La Révolution française, De Turgot à Napoléon (1770-1814)*, Paris, Hachette, 1988, 2 volumes.
- dir., *L'héritage de la révolution française*, Paris, Hachette, 1989.

Furet (F.), Halévi (R.), *La monarchie républicaine, La Constitution de 1791*, Paris, Fayard, 1996.

Gaboriau (S.), Pauliat (H.), dir., *L'éthique des gens de justice. Entretiens d'Aguesseau*, Limoges, PULIM, 2001.

Garapon (A.),

- *Le gardien des promesses. Justice et démocratie,* Paris, Odile Jacob, 1996.
- *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997.

Garapon (A.), Salas (D.), dir., *La justice des mineurs. Évolution d'un modèle*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, 1995.

Garnot (B.), dir., *L'infra-judiciaire du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, Dijon, Éd. universitaire de Dijon, 1996.

Gauchet (M.),

- *La révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1992.
- *La révolution des pouvoirs*, Paris, Gallimard, 1995.

Gaudemet (J.),

- *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, Montchrestien, 1997.
- *Sociologie historique du droit*, Paris, PUF, 2000.

Gaudin (H.), dir., *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?,* Aix en Provence : PUAM, Paris : Economica, 2001.

Gauvard (C.), Jacob (R.), dir., *Les rites de la justice - Gestes et rituels judiciaires au Moyen Âge*, Paris, Le léopard d'or, 2000.

Genet (J.-Ph.), dir., *L'État moderne : genèse. Bilans et perspectives*, Paris, CNRS, 1990.

***Genre humain (Le)*,**

- « Juger sous Vichy », 1994, n° 28.
- « Le droit antisémite de Vichy », 1996, n° 30/31.

Gentot (M.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Montchrestien, 1991.

Gény (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1919, 2 volumes.

Ghestin (J.), dir., *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe - Actes de la table ronde du 12 décembre 1990*, Paris, LGDJ, 1991.

Girardet (R.), *Mythes et mythologies politiques*, Paris, Seuil, 1986.

Gojosso (E.), *Le concept de république en France, (XVI^{e}-XVIII^{e} siècles)*, Aix en Provence, PUAM, 1998.

Goyard-Fabre (S.),

- *Jean Bodin et le droit de la république*, Paris, PUF, 1989.
- *Montesquieu, la nature, les lois, la liberté*, Paris, PUF, 1993.

Groethuysen (B.), *Philosophie de la Révolution française*, précédé de *Montesquieu*, 2^{e} éd., Paris, Gallimard, 1996.

Guillien (R.), *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Bordeaux, Cadoret, 1931.

Gurvitch (G.),

- *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1931.
- *L'idée du droit social. Notion et système du droit social - Histoire doctrinale depuis le XVII^{e} siècle jusqu'à la fin du XIX^{e} siècle*, Paris, Sirey, 1932.
- *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pedone, 1935.

Halpérin (J.-L.),

- *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ, 1987.
- *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992.

Hanley (S.), *Le lit de Justice des Rois de France*, Paris, Aubier, 1991.

Hayek (F.A.), *Law, Legislation and Liberty*, London, Routedge et Kenan, 1979 ; trad. fr. *Droit, législation et liberté*, Paris, PUF, 3 vol., 1980-1983.

Hazard (P.), *La crise de la conscience européenne. 1680-1715*, Paris, Gallimard, 1994.

Hilaire (J.), *La vie du droit*, Paris, PUF, 1994.

Hufteau (Y.-L.), *Le référé législatif*, Paris, PUF, 1965.

Institut de droit comparé, *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'esprit des lois*, Paris, Sirey 1952.

Institut de sciences pénales et de criminologie d'Aix en Provence, *Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?*, Aix en Provence, PUAM, 2000.

Institut d'histoire du temps présent, *Ecrire l'histoire du temps présent*, Paris, CNRS, 1993.

Ivainer (T.), *L'interprétation des faits en droit*, Paris, LGDJ, 1988.

Jacob (R.),

- *Images de la justice*, Paris, Le léopard d'or, 1994.
- dir., *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996.

Journées René Savatier, *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, Paris, PUF, 1997.

Jugault (J.), *De la liaison du contentieux. Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel*, Thèse, Rennes, 1969.

Kalinowski (G.), *Introduction à la logique juridique*, Paris, LGDJ, 1965.

Kantorowicz (E.), *Mourir pour la patrie et autres textes*, Paris, PUF, 1984.

Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

Kerbourc'h (J.-Y.), Willmann (C.), Beauloin-Bellet (R.), Méda (D.), dir., *Le salarié, l'entreprise, le juge et l'emploi*, Paris, La documentation française, 2001.

Kirat (T.), *Economie du droit*, Paris, La Découverte, 1999.

Kojève (A.), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981.

Kriegel (B.), *Réflexions sur la justice*, Paris, Plon, 2001.

Krynen (J.),

- *Idéal du prince et pouvoir royal en France à la fin du Moyen Âge (1380-1440)*, Paris, Picard, 1981.
- *L'empire du roi. Idées et croyances politiques en France, XII^e^-XV^e^ siècles*, Paris, Gallimard, 1993.

Krynen (J.), Rigaudière (A.), dir., *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI^e^-XV^e^ siècles)*, Talence, Presses universitaires de Bordeaux, 1992.

Labrusse-Riou (C.), dir., *Le droit saisi par la biologie. Des juristes au laboratoire*, Paris, LGDJ, 1996.

Lagarde (X.), *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, LGDJ, 1994.

Lambert (E.), *La fonction du droit civil comparé*, Paris, Giard & Brière, 1903.

Lambert (T.) *et al.*, *Égalité et Équité*, Paris, Economica, 1999.

Le Bars (T.), *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, 1997.

Le Masson (J.-M.), *La recherche de la vérité dans le procès civil*, thèse, Nantes, 1991.

Le Ninivin (D.), *La juridiction gracieuse dans le nouveau Code de procédure civile*, Paris, Litec, 1983.

Le Roy Ladurie (E.), *L'État royal. 1460-1610*, Paris, Hachette, 1987.

Le Tourneau (Ph.), *L'éthique des affaires et du management au XX1^e^ siècle*, Paris, Dalloz, 2000.

Lebigre (A.), *La justice du Roi*, Paris, Albin Michel, 1988.

Lecourt (A.), *Le juge et l'économie*, thèse, Pau, 2001.

Leduc (F.), dir., *L'accès au droit*, Tours, Publications de l'Université François Rabelais, 2002.

Legendre (P.),

- *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV (1140-1254)*, Paris, Jouve, 1964.
- *L'amour du censeur*, Paris, Seuil, 1974.
- *Trésor historique de l'État en France. L'Administration classique*, Paris, Fayard, 1992.
- *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999.
- *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, Fayard, 2001.

Lenoble (J.), dir., *La crise du juge*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1996.

Livet (P.), dir., *L'argumentation : droit, philosophie et sciences sociales*, Laval : PUL, Paris : L'Harmattan, 2000.

Lombard (F.), *Justice représentative et représentations de la justice*, Paris, L'Harmattan, 1993.

Long (M.), Monier (J.-C.), *Portalis - L'esprit de justice*, Michalon, Paris, 1997.

Lorgnier (J.), Martinage (R.), Royer (J.P.), dir., *Justice et République(s)*, L'espace Juridique, Lille, 1993.

Mallieux (F.), *L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique*, Paris, Giard et Brière, 1908.

Manent (P.), *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Paris, Hachette Littératures, 1997.

Marguénaud (J.-P.), dir., *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Paris, La documentation française, 2001.

Marguery (S.), *Contradiction et continuité dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, thèse, Bordeaux, 1984.

Martin (R.), *A nouveau siècle nouveau procès civil*, Aix en Provence, Edilex Club, 2000.

Martin (X.), *Nature humaine et Révolution française du siècle des Lumières au Code Napoléon*, Bouère, Éd. Dominique Martin Morin, 1994.

Martinage (R.), Royer (J.-P.), dir., *Les destinées du jury criminel*, Lille, L'espace juridique, 1990.

Marty (G.), *La distinction du fait et du droit - Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Sirey, 1929.

Mathieu-Izorche (M.-L.), *Le raisonnement juridique*, Paris, PUF, 2001.

Mélin (F.), *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (Recherches sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil)*, Aix en Provence, PUAM, 2002.

Mesnard (P.), *L'essor de la philosophie politique au XVI^e^ siècle*, Paris, Vrin, 1977.

Meulders-Klein (M.T.), dir., *Familles & Justice*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1997.

Miaille (M.), *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976.

Michaut (F.), *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, L'Harmattan, 2001.

Mignard (J.-P.), Vogelweith (A.), dir., *Justice pour tous*, Paris, La Découverte, 2001.

Mimin (P.), *Le style des jugements*, 4^e^ éd., Paris, Librairies techniques, 1970.

Molfessis (N.), *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1997.

Morand (Ch.-A.), dir., *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992.

Moret-Bailly (J.), *Les déontologies*, Aix en Provence, PUAM, 2001.

Morin (G.), *La révolte des faits contre le code*, Paris, Grasset, 1920.

Morvan (P.), *Le principe en droit privé*, Paris, Éd. Panthéon-Assas / LGDJ, 1999.

Motulsky (H.),

- *Écrits - Notes et études de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973.
- *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Paris, Dalloz, 1991 (1^e^ éd. 1948).

Mousnier (R.), Labrousse (E.), *Le XVIII^e^ siècle, L'époque des « lumières » (1715-1815)*, Paris, Quadrige – PUF, 1985.

Naudet (J.-Y.), dir., *Éthique économique : fondements, chartes éthiques, justice*, Aix en Provence, Librairie de l'Université, 1996.

Naudin-Patriat (F.),

- dir., *1791, La première constitution française*, Paris, Economica, 1993.
- dir., *La constitution du 24 juin 1793, L'utopie dans le droit public français ?*, Dijon, Editions Universitaires de Dijon, 1997.

Normand (J.), *Le juge et le litige*, Paris, LGDJ, 1965.

Olivier-Martin (F.), *Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e^ siècle*, Paris, Éd. Loysel, 1988.

Oppetit (B.),

- *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998.
- *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999.

Osman (F.), *Les principes généraux de la* lex mercatoria, Paris, LGDJ, 1992.

Ost (F.), Van de Kerchove (M.),

- *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987.
- *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988.
- *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989.
- *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002.

Ost (F.), Van de Kerchove (M.), Gérard (Ph.), dir., *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, FUSL, 1983.

Ourliac (P.), *Études de droit et d'histoire*, Paris, Picard, 1980.

Padoa-Schioppa (A.), dir., *Justice et législation - Les origines de l'État moderne en Europe*, Paris, PUF, 2000.

Paravicini (W.), Werner (K.F.), dir., *Histoire comparée de l'administration (IV^e^-XVIII^e^ siècles)*, Artemis, Munich, 1980.

Parodi (C.), *L'esprit général et les innovations du nouveau Code de procédure civile*, Paris, Defrénois, 1976.

Payen (P.), *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e^ siècle. Dimension et doctrine*, Paris, PUF, 1997.

Penneau (A.), *Règles de l'art et normes techniques*, Paris, LGDJ, 1989.

Perelman (C.),

- dir., *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965.
- dir., *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968.
- *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999.

Perelman (C.), Foriers (P.),

- dir., *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981.
- dir., *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978.

Perelman (C.), Vander Elst (R.), dir., *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

Perreau (E.-H.), *Technique de la jurisprudence en droit privé*, Paris, Rivière, 1923.

Peyrat (D.), dir., *La justice de proximité*, Paris, La documentation française, 2001.

Pfersmann (O.), Timsit (G.), dir., *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001.

Pisier-Kouchner (E.), *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972.

Portalis (J.-M.), rédacteur, *Observations de la Cour de cassation sur un projet de loi relatif à l'organisation judiciaire*, Paris, Crapelet, 1848.

Pouvoirs, « Les juges », 1995, n° 74.

Quilleré-Majzoub (F.), *La défense du droit au procès équitable*, Bruylant, Bruxelles, 1999.

Rapport au Premier ministre, « décret n° 65-872 du 13 octobre 1965 modifiant certaines dispositions du Code de procédure civile et relatif à la mise en état des causes », *JCP* 1965, III, 3146.

Rapport à la Garde des Sceaux, *La réforme de l'accès au droit et à la justice*, Paris, La documentation française, 2001.

Redor (M.-J.), *De l'État légal à l'État de droit*, Aix en Provence : PUAM, Paris : Economica, 1992.

Renaut (A.), dir., *Histoire de la philosophie politique. Tome 5 - Les philosophies politiques contemporaines (depuis 1945*), Paris, Calmann-Lévy, 1999.

Renoux (T.), *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Aix en Provence : PUAM, Paris : Economica, 1984.

Revet (T.), dir., *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998.

Rials (A.), *L'accès à la justice*, Paris, PUF, 1993.

Rials (S.),

- *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988.
- *Révolution et contre-révolution au XIX^e^ siècle*, Paris, Albatros, 1987.

Ricoeur (P.), *Le Juste*, Paris, Esprit, 1995.

Rideau (J.), dir., *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998.

Rigaux (F.), *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997.

Ripert (G.),

- *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., Paris, LGDJ, 1949.
- *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955.

Rivier (M.-C.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits. Un objet nouveau dans le discours des juristes français ?*, Paris, GIP - mission de recherche droit et justice, 2001.

Robin (C.), *La langue du procès*, Paris : LGDJ, Clermont-Ferrand : Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2000.

Rossel (A.), *Le bon juge*, Thomery, L'arbre verdoyant, 1983.

Roubier (P.), *Les conflits de loi dans le temps*, Paris, Sirey, 1929.

Rouet (G.), *Justices et justiciables au XIXe et XXe siècle*, Paris, Belin, 1999.

Royer (J.-P.),

- *L'Église et le royaume de France au XIVe siècle d'après le « Songe du Vergier » et la jurisprudence du parlement*, Paris, LGDJ, 1969.
- *La société judiciaire depuis le XVIIIe siècle*, Paris, PUF, 1979.
- dir., *Être juge demain*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1983.
- *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 2001.

Saint Girons (A.), *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, 1881.

Salas (D.), *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, Paris, Hachette, 1998.

Sarda (F.), *Les responsabilités des juridictions. Les fautes de la justice*, Paris, PUF, 1999.

Schnapper (B.), *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVIe-XXe siècles)*, Paris, PUF, 1991.

Schroeder (F.-M.), *Le nouveau style judiciaire*, Paris, Dalloz, 1978.

Schutter (O. de), *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformations du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

Seligman (E.), *La justice en France pendant la Révolution (1789-1792)*, Paris, Plon, 1901, Tome 1, 1903, Tome 2.

Serverin (E.), *De la jurisprudence en droit privé, Théorie d'une pratique*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1985.

Sfez (L.), *Critique de la décision*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1992.

Société d'études législatives, *Le Code civil (1804-1904), Livre du centenaire*, Paris : Duchemin, Francfort : Sauer & Auvermann KG, 1969 (1e éd. 1904).

Spielman (D.), *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1995.

Strayer (J.R.), *Les origines médiévales de l'État moderne*, Paris, Payot, 1979.

Sudre (F.),

- *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme (1974-1992)*, Kehl / Strasbourg / Airlington, Ed. Engel, 1994.
- *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2001.

Supiot (A.),

- *Le juge et le droit du travail*, thèse, Bordeaux, 1979.
- *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994.

Tanguy (Y.), *La recherche documentaire en droit*, Paris, PUF, 1991.

Teyssié (B.), dir., *Les sources du droit du travail*, Paris, PUF, 1998.

Théry (I.), *Le démariage. Justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1993.

Thomasset (C.), Vanderlinden (J.), Jestaz (Ph.), dir., *François Gény. Mythes et réalités. 1899-1999, centenaire de* Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Montréal : Blais, Paris : Dalloz, Bruxelles : Bruylant, 2000.

Thuillier (G.), *L'art de juger*, Paris, Economica, 2001.

Tierney (B.), *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle (1150-1650)*, Paris, PUF, 1993.

Timsit (G.),

- *Les figures du jugement*, Paris, PUF, 1993.
- *L'archipel de la norme*, Paris, PUF, 1997.

Troper (M.), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980.

Troper (M.), Jaume (L.), dir., *1789 et l'invention de la constitution*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1994.

Tsiklitiras (S.), *La protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit français*, Paris, LGDJ, 1991.

Van de Kerchove (M.), dir., *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, FUSL, 1978.

Van Lang (A.), *Juge judiciaire et droit administratif*, Paris, LGDJ, 1996.

Vannier (G.), *Argumentation philosophique. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*, Paris, PUF, 2001.

Vareilles-Sommières (P. de), dir., *Le droit privé européen*, Paris, Economica, 1998.

Verdier (R.), dir., *Le serment*, Tome 1 – *Signes et fonctions*, Tome 2 – *Théories et devenir*, Paris, CNRS, 1991.

Villey (M.),

- *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962.
- *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrestien, 1968.
- *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2001.

Vovelle (M.), dir., *La révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?* Paris, PUF, 1988, 2 volumes.

Warin (P.), dir., *Quelle modernisation des services publics ? Les usagers au cœur des réformes*, Paris, La Découverte, 1997.

Wyvekens (A.), Faget (J.), dir., *La justice de proximité en Europe. Pratiques et enjeux*, Ramonville Saint-Agne, Érès, 2001.

Zenati (F.), *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991.

V – ARTICLES, NOTES ET CHRONIQUES

Ackerman (W.), Bastard (B.),

- « Efficacité et gestion dans l'institution judiciaire », *RIEJ*, 1988, n° 20, p. 19.
- « La gestion du changement dans les tribunaux de grande instance : une étude organisationelle », *Droit et Société*, 1990, n° 16, p. 301.
- « La modernisation de l'institution judiciaire : le cas surprenant des tableaux de bord », *in* Grémion (C.) et Fraisse (R.), dir., *Le service public en recherche. Quelle modernisation ?*, Paris, La documentation, 1996, p. 187.

Alexandre-Caselli (C.), Serbat (H.), « De l'incompréhension réductible entre recherche juridique et sciences économiques », *in Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris, Litec, 1997, p. 83.

Amiel-Cosme (L.), « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices*, 1997, n° 5, p. 135.

Amiel-Morabia (S.), Martin (D.), « L'extension du contrôle juridictionnel des marchés », *RTDCom*, 1996, p. 31.

Amselek (P.),

- « Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" », *APD*, 1982, Tome 27, p. 251.
- « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 275.
- « L'interprétation à tort et à travers », *in* Amselek (P.), dir., *Interprétation et droit*, Aix en Provence : PUAM, Bruxelles : Bruylant, 1995, p. 11.

- « Norme et loi », *APD*, 1980, Tome 25, p. 89.

Ancel (P.), « L'encadrement de la juridiction par le contrat », *in* Ancel (P.) et Rivier (M.-C.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Economica, 2001, p. 6.

Andriantsimbazovina (J.),

- « La Convention européenne des droits de l'homme, instrument de convergence des droits constitutionnels nationaux et du droit communautaire », *in* Gaudin (H.), dir., *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Aix en Provence : PUAM, Paris : Economica, 2001, p. 169.
- « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité" ? », *RFDA*, 2002, p. 124.

Arnaud (A.-J.),

- « La tradition française dans la théorie du droit des civilistes », *APD*, 1988, Tome 33, p. 261.
- « Le médium et le savant », *APD*, 1972, Tome 17, p. 165.

Artur (E.), « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RDP*, 1900, Tome 13, p. 214, p. 470, Tome 14, p. 34, p. 236, p. 436, 1902, Tome 17, p. 78, p. 234, p. 472.

Assier-Andrieu (L.), « La recherche pour la justice », *Droit et Société*, 1992, n° 20-21, p. 115.

Atias (C.),

- « La mission de la doctrine universitaire en droit privé », *JCP* 1980, I, 2999.
- « Premières réflexions sur la doctrine française de droit privé (1900-1920) », *RRJ*, 1981-2, p. 189.
- « L'ambigüité des arrêts dits de principe en droit privé », *JCP* 1984, I, 3145.
- « La controverse et l'enseignement du droit », *AHFDSJ*, 1985, n° 2, p. 107.
- « Philosophie du droit : les enjeux d'une fin de siècle », *in* Planty-Bonjour (G.) et Legeais (R.), dir., *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris, PUF, 1991, p. 235.
- « La civilisation du droit constitutionnel », *RFDC*, 1991, p. 434.
- « *Juris dictio* : redire l'inédit », *D.* 1992, chron. 281.
- « Présence de la tradition juridique », *RRJ*, 1997-2, p. 387.
- « Les maux du droit et les mots pour le dire », *D.* 1997, chron. 231.
- « Jurisprudence *a contrario* », *D.* 1997, chron. 297.
- « Jugé en (mauvais) état », *D.* 1998, chron. 243.
- « L'erreur grossière du juge », *D.* 1998, chron. 280.

- « Des réponses sans questions, 1804-1899-1999 (quantitatif et qualitatif dans le savoir juridique) », *D.* 1998, chron. 406.
- « Au plaisir du juge ! (*Audiatur*…) », *D.* 1999, Dern. act, n° 19.
- Note sous Cass 1e, 21 mars 2000, *D.* 2000, jur. 593.
- « Savoirs et pouvoirs juridiques : des ombres portées », *RRJ*, 2001-1, p. 59.

Aubert (J.-L.), « Pour des rébellions constructives », *RTDCiv*, 1992, p. 338.

Auby (J.-M.), « Le principe de la publicité de la justice et le droit public », *in* 6e colloque des Instituts d'études judiciaires, *Le principe de la publicité de la justice*, Paris, Librairie technique, 1969, p. 7.

Aucoc (L.), « Rapport sur le concours relatif à la séparation des pouvoirs », *in* Saint Girons (A.), *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, 1881.

Audinet (A.), « Faut-il ressuciter les arrêts de règlement ? », *in Mélanges Brèthe de la Gressaye*, Bordeaux, Brière, 1967, p. 99.

Autin (J.-L.), « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *RDP*, 1988, p. 1214.

Auvret (P.), Auvret-Finck (J.), « La complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des libertés publiques », *in Gouverner, administrer, juger - Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 403.

Avril (P.), « La séparation des pouvoirs aujourd'hui », *in* Troper (M.) et Jaume (L.), dir., *1789 et l'invention de la constitution*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1994, p. 295.

Aynès (L.), « Préjudice de l'enfant de Job devant la Cour de cassation », *D.* 2001, chron. 492.

Aynès (L.), Gautier (P.-Y.), Terré (F.), « Antithèse de "l'entité" (à propos d'une opinion sur la doctrine », *D.* 1997, chron. 229.

Bacache (M.), « Les indicateurs de performance au sein des services publics : difficultés et effets pervers », *in* Breen (E.), dir., *Évaluer la justice*, Paris, PUF, 2002, p. 223.

Bach (L.), « Jurisprudence », *Rép. civ. Dalloz*, 2000.

Backzo (B.), « Lumières », *in* Furet (F.) et Ozouf (M.), dir., *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, p. 776.

Bacot (G.),

- « La représentation politique : le tournant de la monarchie de juillet », *Droits*, 1987, n° 6, p. 69.
- « L'esprit des lois, la séparation des pouvoirs et Charles Eisenmann », *RDP*, 1992, p. 617.

Badinter (R.),

- « Allocution d'ouverture », *in* Cour de cassation / Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix en Provence : PUAM, Paris : La documentation francaise, 1994, p. 11.
- « Présence de Beccaria », *in* Beccaria (C.), *Des délits et des peines*, trad. Chevallier, Paris, Flammarion, 1991, p. 9.

Baker (K.M.), « Souveraineté », *in* Furet (F.) et Ozouf (M.), dir., *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, p. 894.

Balensi (I.), « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTDCiv*, 1978, p. 42 et p. 233.

Ballot-Beaupré, « Discours de M. Ballot-Beaupré, premier président de la Cour de cassation » *in* Société d'études législatives, *Le Code civil (1804-1904), Livre du centenaire*, Paris : Duchemin, Francfort : Sauer & Auvermann KG, 1969 (1e éd. 1904), Tome 2, p. 23 de l'annexe.

Bandrac (M.),

- « De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 171.
- « Indications sommaires sur les principales modifications introduites par le nouveau Code de procédure civile », *JCP* 1976, I, 2799.
- « L'action en justice, droit fondamental », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 1.

Baranès (W.), « Le droit naturel », *in* Baranès (W.) et Frison-Roche (M.-A.), dir., *La justice. L'obligation impossible*, Paris, Autrement, 1995, p. 76.

Baranès (W.), Frison-Roche (M.-A.),

- « Le souci de l'effectivité du droit », *D.* 1996, chron. 301.
- « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, chron. 361.

Baranès (W.), Frison-Roche (M.-A.), Robert (J.-H.), « Pour le droit processuel », *D.* 1983, chron. 9.

Barav (A.), « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », *in L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 1.

Bareyt (J.), « Aperçus sur les premières applications du décret du 13 octobre 1965 dans une "juridiction pilote" », *JCP* 1966, I, 2035.

Barrère (C.), « Le dualisme judiciaire : le juge, la République et le marché », *in* Chemillier-Gendreau (M.) et Moulier-Boutang (Y.), *Le droit dans la mondialisation, Une perspective critique*, Paris, PUF, 2001, p. 77.

Bart (J.), « L'individu et ses droits », *in* Théry (I.) et Biet (C.), dir., *La famille, la loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, p. 351.

Barthélemy (J.), « Le droit au pourvoi », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 185.

Barthouil (T.), « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », *RRJ*, 1992-2, p. 343.

Batiffol (H.),

- « La justification en droit dans la pensée de Ch. Perelman », *in Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 153.
- « La responsabilité de la doctrine dans la création du droit », *RRJ*, 1981-2, p. 175.
- « Note sur les revirements de jurisprudence », *APD*, 1967, Tome 12, p. 335.

Bauer-Bernet (H.), « Notions indéterminées et droit communautaire », *in* Perelman (C.) et Vander Elst (R.), dir., *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 269.

Beauchard (J.), « La justice judiciaire de proximité », *Justices*, 1995, n° 2, p. 35.

Beaud (O.),

- « L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *Droits*, 1991, n° 14, p. 3.
- « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle », *in* Beaud (O.) et Wachsmann (P.), dir., *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1997, p. 219.
- « Hauriou et le droit naturel », *RHFDSJ*, 1988, n° 6, p. 123.
- « L'histoire juridique de la Révolution française est-elle possible ? », *Droits*, 1993, n° 17, p. 3.

Beaune (C.), « Les monarchies médiévales », *in* Bercé (Y.-.M.), dir., *Les monarchies*, Paris, PUF, 1997, p. 85.

Beauthier (R.), « Jurisprudence et histoire du droit. Considérations limitées et quelque peu expressionnistes en histoire du droit belge et français. », *RRJ*, 1993-4, p. 1279.

Béchillon (D. de),

- « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (*Malaise dans la Constitution)* », *RFDA*, 1998, p. 225.
- « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », *in* Serverin (E.) et Berthouds (A.), dir., *La production des normes entre État et société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 47.
- « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, chron. 973.

Béguin (J.), « Peut-on remédier à la complexité croissante du Droit ? », *in Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Paris, Economica, 1995, p. 1.

Beignier (B.), Bléry (C.), « L'impartialité du juge, entre apparence et réalité », *D.* 2001, chron. 2427.

Beignier (B.),

- « Avant-propos », *in* Beignier (B.), dir., *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 1.
- « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs, Les principes généraux du droit et la procédure civile », *in Le droit privé français à la fin du XX^e^ siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 153.
- « La conscience du juge dans l'application de la loi au début du XIX^e^ siècle. La jurisprudence au temps de l'Exégèse », *in* Carbasse (J.-M.) et Depambour-Tarride (L.), dir., *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, p. 277.
- « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », *RHFDSJ*, 1988, n° 6, p. 77.
- « Procédure civile et droit constitutionnel », *in* Drago (G.), François (B.) et Molfessis (N.), dir., *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 153.

Bellamy (M.), « Le pouvoir de commandement du juge, ou le nouvel esprit du procès », *JCP* 1973, I, 2522.

Bellet (P.) ,

- « Le juge-arbitre », *Rev. arb.*, 1980, p. 394.
- « Le juge et l'équité », *in Études offertes à René Rodière*, Paris, Litec, 1981, p. 9.

Belley (J.-G.), « Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique », *Droit et Société*, 1986, n° 4, p. 353.

Bellivier (F.), Brunet (L.), Labrusse-Riou (C.), « La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ? », *RTDCiv*, 1999, p. 529.

Bénabent (A.),

- « L'article 16 du nouveau Code de procédure civile, version 1981 », *D.* 1982, chron. 55.
- « Les moyens relevés en secret par le juge », *JCP* 1977, I, 2849.

Benoît-Rohmer (F.), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *D.* 2001, chron. 1483.

Bergel (J.-L.),

- « La juridiction gracieuse en droit français », *D.* 1983, chron. 153.
- « Juridiction gracieuse et matière contentieuse », *D.* 1983, chron. 168.

Bernard (A.), Poirmeur (Y.), « Doctrine juridique et production normative », *in* Bernard (A.) et Poirmeur (Y.), dir., *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 127.

Béroujon (C.),

- « Pour une analyse empirique des relations entre contentieux et jurisprudence », *RTDCiv*, 1993, p. 94.
- « Contentieux au singulier et jurisprudence au pluriel », *RTDCiv*, 1995, p. 579.

Berr (J.), « L'influence de la construction européenne sur l'évolution contemporaine du droit privé », *in Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, p. 1.

Berra (D.), « Analyse juridique des chartes éthiques », *in* Naudet (J.-Y.), dir., *Éthique économique : fondements, chartes éthiques, justice*, Aix en Provence, Librairie de l'Université, 1996, p. 133.

Bertin (Ph.),

- « Le décret du 9 septembre 1971 portant réforme partielle de la procédure civile », *Gaz. Pal.*, 16 nov. 1971, doct., p. 550.
- « Le petit noël du procédurier. Décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973 », *Gaz. Pal.*, 26 janv. 1974, doct., p. 49.
- « Le grand noël du procédurier. La procédure devant le tribunal de grande instance », *Gaz. Pal.*, 24 juin 1976, doct., p. 424.
- « Le grand noël du procédurier. La procédure nouvelle devant le tribunal de grande instance », *Gaz. Pal.*, 17 fév. 1976, doct., p. 115.
- « Le grand noël du procédurier. La procédure nouvelle devant le tribunal de grande instance », *Gaz. Pal.*, 6 mars 1976, doct., p. 153.
- « Le grand noël du procédurier. La procédure nouvelle devant le tribunal de grande instance », *Gaz. Pal.*, 20 mars 1976, doct., p. 225.
- « Le grand noël du procédurier. La procédure nouvelle devant le tribunal de grande instance », *Gaz. Pal.*, 29 avril 1976, doct., p. 313.
- « Le grand noël du procédurier. La toilette du nouveau Code de procédure civile et du décret sur la procédure de divorce », *Gaz. Pal.*, 19 oct. 1976, doct., p. 581.
- « Le grand noël du procédurier. Le nouveau Code de procédure civile », *Gaz. Pal.*, 17 janv. 1976, doct., p. 55.
- « Le grand noël du procédurier. Les actes d'huissiers », *Gaz. Pal.*, 15 mai 1976, doct., p. 350.
- « Le noël du procédurier pur 1985 (décret n° 85-1330 du 17 décembre 1985) », *Gaz. Pal.*, 23 janv. 1986, doct., p. 36.

Bettini (R.), « Efficacité », *in* Arnaud (A.-J.) *et al.*, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 219.

Beudant (R.), « L'application des méthodes biologiques à l'étude des sciences sociales », *RDP*, 1896, Tome 5, p. 434.

Bézard (P.), « Le nouveau visage du juge économique et financier », *in Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris, Litec, 1997, p. 147.

Bilon (J.-L.), « L'aide informatisée à la décision judiciaire », *RIDC*, 1990, p. 855.

Bioy (X.), « L'institution judiciaire : entre autorité constitutionnelle et service public », *AUSST*, tome 46, 1998.

Blanc (E.), « Principes généraux de la nouvelle procédure civile (Étude analytique des "dispositions liminaires" du décret du 9 septembre 1971) », *JCP* 1973, I, 2559.

Blanché (R.), « L'évolution de la logique mathématique contemporaine », *in* Travaux du 2e colloque de philosophie du droit comparé, *La logique juridique*, Paris, Pedone, 1967, p. 13.

Bléry (C.), « L'obligation de motiver les décisions de justice était-elle révolutionnaire en 1790 ? », *Histoire de la justice*, 1991, n° 4, p. 79.

Bloch (C.), Hilaire (J.), « Nouveauté et modernité du droit révolutionnaire : la procédure civile », *in* Vovelle (M.), dir., *La révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?*, Paris, PUF, 1988, Tome 2, p. 469.

Bloch (C.), « Procédure civile », *in* Bluche (F.), dir., *Dictionnaire du grand siècle*, Paris, Fayard, 1990, p. 1259.

Blondel (P.),

- « Le juge et le droit », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Paris, La documentation française, 1998, p. 103.
- « Le fait, source de droit », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 203.

Bluman (C.), « Vers une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *in Territoires et libertés. Mélanges en hommage au doyen Yves Madiot*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 199.

Boccara (B.), « La procédure dans le désordre. I - Le désert du contradictoire », *JCP* 1981, I, 3004.

Bodiguel (J.-L.), « La départementalisation de l'institution judiciaire en débat. Réaction à l'article de Bernard Brunet », *Droit et Société*, 1994, n° 27, p. 375.

Bodineau (P.), « L'impossible reconnaissance de la science administrative dans les facultés de droit au XIXe siècle », *MSHDI*, Fascicule 48, 1991, p. 201.

Bolard (G.),

- « La liberté des plaideurs dans la procédure gracieuse », *D.* 1976, chron. 53.
- « Les juges et les droits de la défense », *in Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 49.
- « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », *JCP* 1993, I, 3693.

- « L'arbitraire du juge », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 225.
- « De la déception à l'espoir : la conciliation », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 47.

Bolard (G.), Flécheux (G.), « L'avocat, le juge et le droit », *D.* 1995, chron. 221.

Bolle (S.), « L'inconventionnalité d'une validation législative conforme à la constitution », *RFDA*, 2000, p. 1254.

Bolze (A.),
- « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit privé », *RRJ*, 1997-3, p. 855.
- « L'application de la loi étrangère par le juge français : le point de vue d'un processualiste », *D.* 2001, chron. 1818.

Bongert (Y.), « Question et responsabilité du juge au XIV^{e} siècle d'après la jurisprudence du Parlement de Paris », *in Hommage à Robert Besnier*, Paris, Société d'histoire du droit, 1980, p. 25.

Bonichot (J.-C.), Grevisse (F.), « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres », *in L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 297.

Bonnard (R.),
- « Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'État et sur les services publics », *RDP*, 1925, p. 5.
- « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », *in Mélanges R. Carré de Malberg*, Vaduz : Topos ; Paris : E. Duchemin, 1977 (1^{e} éd. 1933), p. 1.

Bonneau (T.), « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.* 1995, chron. 24.

Boré (J.), « La Cour de cassation de l'an 2000 », *D.* 1995, chron. 133.

Boré (L.), « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP* 2002, I, 104.

Bories (S.), « A la rencontre du droit vécu (L'étude des masses jurisprudentielles : une dimension nouvelle des phénomènes socio-judiciaires) », *JCP* 1985, I, 3213.

Bories (S.), Frison-Roche (M.-A.), « La jurisprudence massive », *D.* 1993, chron. 287.

Bouckaert (B.), « L'analyse économique du droit : vers un renouveau de la science juridique », *RIEJ*, 1987, n° 18, p. 47.

Boujeka (A.), « Les lois de validation sous les fourches caudines de la Convention européenne des droits de l'homme », *PA*, 8 juin 2000, n° 114.

Bougrab (J.), « L'aide juridictionnelle, un droit fondamental ? », *AJDA*, 2001, p. 1016.

Boulanger (J.),

- « Jurisprudence », *Rép. civ. Dalloz*, 1953.
- « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTDCiv*, 1961, p. 417.

Boulet-Sautel (M.),

- « Le *Princeps* de Guillaume Durand », *in Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris, Sirey, 1965, Tome 2, p. 803.
- « Police et administration en France à la fin de l'Ancien Régime », *in* Paravicini (W.) et Werner (K.F.), dir., *Histoire comparée de l'administration (IV^e^-XVIII^e^ siècles)*, Artemis, Munich, 1980, p. 47.
- « La cassation sous l'Ancien régime », *in* Association des magistrats et anciens magistrats de la Cour de cassation, *Le Tribunal et la Cour de cassation, 1790-1990. Volume jubilaire*, Paris, Litec, 1990, p. 1.
- « Ordonnances », *in* Bluche (F.), dir., *Dictionnaire du grand siècle*, Paris, Fayard, 1990, p. 1122.
- « Quelle justice ? Louis IX Roi de France », *in* Université Panthéon-Assas (Paris II), *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 1125.

Bourdieu (P.), « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *ARSS*, n° 64, sept. 1986, p. 3.

Boureau (A.), « Pierre de Jean Olivi et l'émergence d'une théorie contractuelle de la royauté au XIII^e^ siècle », *in* Blanchard (J.), dir., *Représentation, pouvoir et royauté à la fin du Moyen Âge*, Paris, Picard, 1995, p. 165.

Bourgeois (B.), « La raison dans le droit », *in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF / Dalloz / Juris-Classeur, 1999, p. 25.

Bouveresse (J.), « Propos introductifs », *in* Amselek (P.), dir. *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p. 7.

Boy (L.), « La valeur juridique de la normalisation », *in* Clam (J.) et Martin (G.), dir., *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 183.

Boyer (G.), « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », *in Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz / Sirey, 1960, Tome 2, p. 257.

Bredin (J.-D.),

- « Commentaire du décret n° 65-872 du 13 octobre 1965 », *D.* 1966, lég. 197.
- « La loi du juge », *in Études offertes à Berthold Goldman - Le droit des relations économiques internationales*, Paris, Litec, 1987, p. 15.
- « Remarques sur la doctrine », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 111.

- « Sieyès et le "juri" civil », *in* Badinter (R.), dir., *Une autre justice, Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 189.
- « Déontologie et responsabilité du juge », *in* Guigou (E.) *et al.*, dir., *Le service public de la justice*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 163.

Breen (E.), « Les indicateurs de performance de la justice : un test pour la réforme des finances publics », *in* Breen (E.), dir., *Évaluer la justice*, Paris, PUF, 2002, p. 25.

Breton (A.), « L'arrêt de la Cour de cassation », *AUSST*, 1975, Tome 23, p. 7.

Bruneau (C.), « Le traité d'Amsterdam et la coopération judiciaire en matière civile. Transformation en réglements communautaires de quatre conventions européennes », *JCP* 2000, I, 2666.

Brunet (B.),
- « La départementalisation de l'institution judiciaire (juin 1991-Juin 1993) », *Droit et Société*, 1994, n° 26, p. 95.
- « Institution judiciaire et valorisation des ressources humaines », *Sciences de la société*, n° 28, février 1993, p. 77.

Bruyn (D. de), « Le droit à un recours effectif », *in Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 185.

Burdeau (F.), « Du sacre au massacre d'un juge. La doctrine et le Conseil d'État statuant au contentieux », *in La terre, la famille, le juge. Études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Paris, Economica, 1990, p. 309.

Burdeau (G.), « Une survivance : la notion de Constitution », *in Études offertes à Achille Mestre. L'évolution du droit public*, Paris, Sirey, 1965, p. 53.

Burgelin (J.-F.), « Égalité, continuité, adaptabilité du service public de la justice », *in* Guigou (E.) *et al.*, *Le service public de la justice*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 79.

Burgelin (J.F.), Coulon (J.-M.), Frison-Roche (M.-A.),
- « Le juge des référés au regard des principes procéduraux », *D.* 1995, chron. 67.
- « L'office de la procédure », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 253.

Bussani (M.), « Choix et défis de l'herméneutique juridique. Notes minimes », *RIDC*, 1998, p. 737.

Cadiet (L.),
- « Les marchés publics devant le juge civil », *RFDA*, 1993, p. 184.
- « La fonction d'une cour d'appel. Réflexion sur le second degré de juridiction », *in* Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, *La cour d'appel d'Aix en Provence. Colloque des 11 et 12 décembre 1992*, Aix en Provence, PUAM, 1994, p. 27.

- « Le spectre de la société contentieuse », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 29.
- « Les métamorphoses de la juridiction familiale », *in Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Paris, Economica, 1995, p. 33.
- « Le juge unique en question », *in* Bolze (C.) et Pédrot (Ph.), dir., *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, Paris, Dalloz, 1996. p. 5.
- « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », *in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, p. 123.
- « A la recherche du juge de la famille », *in* Meulders-Klein (M.T.), dir., *Familles & Justice*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1997, p. 236.
- « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices*, 1998, n° 9, p. 87.
- « Le code », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Paris, La documentation française, 1998, p. 45.
- « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », *in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éd. Frison-Roche, 1999, p. 39.
- « Brèves observations sur l'expertise préventive en droit des sociétés », *in Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Paris, Dalloz, 1999, p. 151.
- « Chronique de droit judiciaire privé », *JCP* 1999, I, 130.
- « Les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 495.
- « Les accords sur la juridiction dans le procès », *in* Ancel (P.) et Rivier (M.-C.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Economica, 2001, p. 34.
- « Une justice contractuelle, l'autre », *in Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 177.
- « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française. Mythe et réalité », *APD*, 2001, Tome 45, p. 89.
- « Petit glossaire de l'amitié dans le procès civil », *in Mélanges offerts à Pierre Couvrat. La sanction du droit*, Paris, PUF, 2001, p. 3.
- « Feu l'exécution immédiate des jugements ? Regrets de la France du milieu », *JCP* 2002, Act., p. 1489.

Cadiet (L.), Guinchard (S.), « Le double degré de juridiction », *Justices*, 1996, n° 4, p. 1.

Caillosse (J.), « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et Société*, 1994, n° 26, p. 127.

Canivet (G.),

- « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et Société*, 1992, n° 20-21, p. 133.
- « Le juge et l'autorité de marché », *Rev. jur. com.*, 1992, n° 5, p. 185.
- « La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste », *in* Frison-Roche (M.-A.) et Baranès (W.), dir., *De l'injuste au juste*, Paris, Dalloz, 1997, p. 101.
- « Du principe d'efficience en droit judiciaire privé », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 243.
- « Économie de la justice et procès équitable », *JCP* 2001, I, 361.

Canivet (G.), Chapelle (A.), « Le décret du 28 décembre 1998 : un nouvel équilibre procédural », *Gaz. Pal.*, 4 mars 1999, doct., p. 281.

Capitant (H.),

- « Préface » , *in Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*, publiées par un groupe de professeurs des faculté de droit, 2e éd., Paris, Dalloz, 1927, p. i.
- « Préface de la première édition (1933), *in* Weill (A.), Terré (F.) et Lequette (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 8e éd., Paris, Dalloz, 1984, p. xi.

Capron (Y.), « La force de l'argument constitutionnel devant la Cour de cassation », *in* Drago (G.), François (B.) et Molfessis (N.), dir., *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 175.

Caratini (M.), « Experts et expertise dans la législation civile française - principes généraux », *Gaz. Pal.*, 22 janv. 1985, doct., p. 43.

Carbasse (J.-M.),

- « Contribution à l'étude du processus coutumier : la coutume de droit privé jusqu'à la Révolution », *Droits*, 1986, n° 3, p. 25.
- « Le juge entre la loi et la justice : approches médiévales », *in* Carbasse (J.-M.) et Depambour-Tarride (L.), dir., *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, p. 67.

Carbonnier (J.),

- « Notes sur des notes d'arrêts », *D.* 1970, chron. 31.
- « Le droit administratif du droit civil », *RHDFE*, 1974, p. 758.
- « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *in* Perelman (C.) et Vander Elst (R.), dir., *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 99.
- « Gurvitch et les juristes », *Droit et Société*, 1986, n° 4, p. 347.
- « Mon cher Collègue…», *RTDCiv*, 1992, p. 342.
- « L'État dans une vision civiliste », *Droits*, 1992, n° 15, p. 33.

- « A chacun sa famille, à chacun son droit », *in* Carbonnier (J.), *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 181.
- « La passion des lois au siècle des lumières », *in* Carbonnier (J.), *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 239.
- « Les phénomènes d'inter-normativité », *in Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 297.
- « L'inflation des lois », *in* Carbonnier (J.), *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 308.
- « Le Code civil », *in* Nora (P.), dir., *Les lieux de mémoire. II - la Nation*, Paris, Gallimard - Quarto, 1997, vol. 1, p. 1333.

Carotenuto (S.), Mendes Constant (J.), « L'inscription de la justice dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *PA*, 5 juillet 2002, n° 134.

Castel (R.), « Savoirs d'expertise et production de normes », *in* Chazel (F.) et Commaille (J.), dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 177.

Catala (P.),

- « Le traitement de l'information juridique sur ordinateurs », 5e colloque des Instituts d'études judiciaires, *La logique judiciaire*, Paris, PUF, 1969, p. 107.
- « L'informatique et la rationalité du droit », *APD*, 1978, Tome 23, p. 295.
- « Le fichier national informatisé de la jurisprudence française (dixième anniversaire) », *JCP* 1995, I, 3873.
- « Le juge et l'ordinateur », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 19.

Caudal (S.), « Les procédures contradictoires en dehors du contentieux », *RFDA*, 2001, p. 13.

Causin (E.), « Déontologie », *in* Arnaud (A.-J.) *et al.*, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 174.

Cayla (O.),

- « L'indicible droit naturel de François Gény », *RHFDSJ*, 1988, n° 6, p. 103.
- « Les deux figures du juge », *Le Débat*, 1993, n° 74, p. 164.
- « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, 1993, n° 18, p. 3.

Cerveau (B.),

- « Aide juridique et protection juridique : l'assurance au secours de l'État », *Gaz. Pal.*, 1992, 2, 622.
- « Une voie nouvelle d'accès au droit et à la justice : l'assurance de protection juridique », *Gaz. Pal.*, 8 août 1998, doct., p. 1036.

Champaud (C.),

- « L'idée d'une magistrature économique », *Justices*, 1995, n° 1, p. 61.
- « Société contemporaine et métamorphose de l'expertise judiciaire », *in Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Paris, Economica, 1995, p. 59.
- « Sciences de gestion et conscience entrepreneuriale », *in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, p. xiii.

Chaput (Y.), « L'office du juge dans le traitement précoce des difficultés », *in* Frison-Roche (M.-A.), dir., *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Paris, Dalloz, 1995, p. 93.

Charbonneau (S.), « Norme juridique et norme technique », *APD*, 1983, Tome 28, p. 283.

Charmont (J.), Chausse (A.), « Les interprètes du Code civil », *in* Société d'études législatives, *Le Code civil (1804-1904), Livre du centenaire*, Paris : Duchemin, Francfort : Sauer & Auvermann KG, 1969 (1^e éd. 1904), Tome 1, p. 133.

Charmont (J.), « Les analogies de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence civile », *RTDCiv*, 1906, p. 813.

Chartier (Y.),

- « De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 269.
- « Le rapport de la Cour de cassation pour l'année 2001 », *JCP* , 2002, I, 156.

Chaumont (C.), « Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel », *RDP*, 1942, p. 93.

Chauvaud (F.),

- « Carte judiciaire et justice de proximité (1790-1914) », *Histoire de la justice*, 1995-1996, n° 8-9, p. 49.
- « La justice et le temps circulaire. Le destin des territoires de justice de 1789 au début des "années 1930" », *in* Association française pour l'histoire de la justice / École nationale de la magistrature, *Du juge de paix au tribunal départemental*, Paris, 1997, p. 19.

Chauvin (P.), « La saisine pour avis », *in* Laboratoire d'épistémologie juridique de la faculté d'Aix-Marseille / Cour de cassation, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1994, p. 109.

Chauvin (P.), Pluyette (G.), « Responsabilité du service de la justice et des magistrats », *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 74, 1994.

Chazel (F.), « Émile Durkheim et l'élaboration d'un "programme de recherche" en sociologie du droit », *in* Chazel (F.) et Commaille (J.), dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 27.

Chêne (Ch.),

- « La place des professionnels dans la formation des juristes aux XVII[e] et XVIII[e] siècles », *AHFDSJ*, 1985, n° 2, p. 51.
- « L'arrestographie, science fort douteuse », *Recueil de mémoires et travaux publié par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, 1985, fasc. XIII, p. 179.

Chérigny (B.), « L'expert médical, auxiliaire de justice. Réflexions d'un béotien sur l'expertise en matière de responsabilité contractuelle du médecin », *in Mélanges en l'honneur de Jean-Henri Soutoul*, Bordeaux, Les éditions hospitalières, 2000, p. 57.

Cherot (J.-Y.), « Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel », *RFDC*, 1991, p. 439.

Chevalier (B.), « La réforme de la justice : utopie et réalité (1440-1540) », *in* Stegmann (A.), dir., *Pouvoir et institutions en Europe au XVI[e] siècle*, Paris, Vrin, 1987, p. 237.

Chevallier (J.),

- « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP* 1986, I, 3254.
- note sous Cons. const., DC n° 86-224, 23 janvier 1987, *AJDA*, 1987, p. 345.
- « Du principe de séparation au principe de dualité », *RFDA*, 1990, p. 30.
- « La séparation des pouvoirs », *in* Association française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Aix en Provence : PUAM, Paris : Economica, 1990, p. 113.
- « La dimension symbolique du principe de légalité », *in* Morand (Ch.-A.), dir., *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992, p. 55.
- « la juridicisation des préceptes managériaux », *Pol. man. pub.*, 1993, vol. 11, n° 4, p. 111.
- « Les interprètes du droit », *in* Bernard (A.) et Poirmeur (Y.), dir., *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 259.
- « Les interprètes du droit », *in* Amselek (P.), dir., *Interprétation et droit*, Aix en Provence : PUAM, Bruxelles : Bruylant, 1995, p. 115.
- « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p. 659.
- « La mondialisation de l'État de droit », *in Mélanges Philippe Ardant - Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, p. 325.

Chevallier (J.), Loschak (D.), « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *RFAP*, 1982, n° 24, p. 679.

Chevrier (G.),

- « Les critères de distinction du droit privé et du droit public dans la pensée savante médiévale », *in Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris, Sirey, 1965, Tome 2, p. 841.

- « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et du *jus publicum* dans les œuvres des anciens juristes français », *APD*, 1952, Tome 1, p. 5.

Cheyette (F.), « La justice et le pouvoir royal à la fin du Moyen Âge français », *RHDFE*, 1962, p. 373.

Clère (J.-J.),

- « L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution (1790-1806) », *Rev. arb.*, 1981-1, p. 3.
- « Les Constituants et l'organisation de la procédure pénale », *in* Vovelle (M.), dir., *La révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?* Paris, PUF, 1988, Tome 2, p. 441.
- « Recherche sur l'histoire de la conciliation en France au XVIII[e] et XIX[e] siècles », *MSHDI*, 46[e] fascicule, 1989, p. 191.
- « Recherches sur l'histoire de la conciliation en France aux XVIII[e] et XIX[e] siècles », *MSHDI*, n° 46, 1989, p. 191.
- « L'exercice du pouvoir disciplinaire dans la magistrature depuis les débuts du Consulat jusqu'à la loi du 30 août 1883 », *Histoire de la justice*, 2000, n° 12, p. 115.

Cliquennois (M.), « Variations actuelles du droit au juge », *in Études en l'honneur de Pierre Sandevoir. Service public, services publics*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 14.

Cluzel (L.), « La promotion de la qualité dans les services publics, un précédent pour la justice ? », *in* Breen (E.), dir., *Évaluer la justice*, Paris, PUF, 2002, p. 53.

Coet (P.), « Les notions-cadres dans le Code civil », *PA*, juillet-septembre 1986, n° 91 à n° 105.

Cohen (D.), Garapon (A.), « Préface», *in* Breen (E.), dir., *Évaluer la justice*, Paris, PUF, 2002, p. 17.

Cohen-Jonathan (G.),

- « La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français », *in* Sudre (F.), *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme (1974-1992)*, Kehl / Strasbourg / Airlington, Ed. Engel, 1994, p. 1.
- « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *in Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1995, p. 137.
- « Conclusion générale », *in* Université Robert Schuman de Strasbourg / Cour de cassation, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1996, p. 159.

- « L'évolution du droit international des droits de l'homme », *in Mélanges offerts à Hubert Thierry - L'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 107.
- « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *in Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 3.
- « Le droit au juge », *in Gouverner, administrer, juger - Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 471.

Colin (F.), « La responsabilité disciplinaire des juges », *in* Institut de sciences pénales et de criminologie d'Aix en Provence, *Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?*, Aix en Provence, PUAM, 2000, p. 69.

Colson (R.), « Genèse du concept de revirement de jurisprudence », *RRJ*, 2000-3, p. 991.

Combacau (J.), « De la régularité à la règle », *Droits*, 1986, n° 3, p. 3.

Commaille (J.),

- « Les formes de justice comme mode de régulation de la famille, questions sociologiques posées par les tribunaux de famille sous la Révolution française », *in* Théry (I.) et Biet (C.), dir., *La famille, la loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, p. 274.
- « Les tribunaux de famille sous la Révolution. Recours à l'histoire comme contribution à une sociologie de la justice et des relations privé-public », *in* Badinter (R.), dir., *Une autre justice, Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 205.
- « La carte judiciaire comme projet politique », *Justices*, 1995, n° 2, p. 57.
- « L'enchâssement de la carte judiciaire dans les traditions de la société française. Bilan du passé, schémas d'un avenir », *in* Association française pour l'histoire de la justice / École nationale de la magistrature, *Du juge de paix au tribunal départemental*, Paris, 1997, p. 33.
- « La justice familiale comme problème politique », *in* Meulders-Klein (M.T.), dir., *Familles & Justice*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1997, p. 69.

Commaret (D.),

- « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.* 1998, chron. 262.
- « Les responsabilités déontologiques des magistrats à la lumière de la jurisprudence du Conseil supérieur de la magistrature », *Histoire de la justice*, 2000, n° 12, p. 201.

Conte (Ph.), « L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur », *JCP* 1988, I, 3343.

Cornette (J.), « Fiction et réalité de l'État baroque », *in* Méchoulan (H.), dir., *L'Etat baroque. Regards sur la pensée politique de la France du premier XVII*e *siècle*, Paris, Vrin, 1985, p. 7.

Cornu (G.),

- « La justice civile et l'esprit du siècle », *in* Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La justice*, Paris, PUF, 1961, p. 361.
- « I - La justice », *in Encyclopédie Française*, Tome X – *L'État*, Paris, Sté nouvelle de l'Encyclopédie Française, 1964, p. 315.
- « La protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français », *in* Travaux de l'association Henri Capitant - Tome 24, *La protection des consommateurs*, Paris, Dalloz, 1975, p. 131.
- « Rapport de synthèse », *in* 10e colloque des Instituts d'études judiciaires, *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Paris, PUF, 1976, p. 107.
- « Le juge-arbitre », *Rev. arb.*, 1980, p. 373.
- « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragment d'un état des questions) », *in Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 84.
- « L'élaboration du Code de procédure civile », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1995, n° 16.
- « L'élaboration du Code de procédure civile », *RHFDSJ*, 1995, n° 16, p. 241.
- « La sentence en France », *in* Cornu (G.), *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 177.
- « La codification », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Paris, La documentation française, 1998, p. 19.
- « la vérité et le droit », *in* Cornu (G.), *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 211.
- « La découverte du sens en droit », *in* Cornu (G.), *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 313.
- « La refonte dans le Code civil français du droit des personnes et de la famille », *in* Cornu (G.), *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 371.
- « La codification de la procédure civile en France », *in* Cornu (G.), *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 386.

Cornu (G.), Motulsky (H.), « Les modifications apportées à la procédure de la mise en état des causes par le décret du 7 décembre 1967 », *JCP* 1968, I, 2150 ; reproduit *in* Motulsky (H.), *Écrits - Notes et études de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, p. 235.

Cortina (A.), « Éthique de la discussion et fondation ultime de la raison », *in* Renaut (A.), dir., *Histoire de la philosophie politique (Tome 5) - Les philosophies politiques contemporaines (depuis 1945*), Paris, Calmann-Lévy, 1999, p. 185.

Cosnard (H.-D.), « De l'informatique juridique documentaire à la création du droit », *RJO*, 1985.

Costa (J.-P.),

- « Le juge et les libertés », *Pouvoirs*, 1998, n° 84, p. 75.
- « Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe », *in Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 141.

Coste (J.-F.), Delmas-Marty (M.), « L'imprécis et l'incertain. Esquisse d'une recherche sur Logiques et droit », *in* Bourcier (D.) et Mackay (P.), dir., *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 109.

Couchez (G.),

- « Le référé-provision : mesure ou démesure ? », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz / Sirey, 1985, p. 161.
- « Principe de la contradiction », *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 114, 1998.

Coulange (P.), « Économie du judiciaire », *Pol. man. pub.*, 1994, vol. 12, n° 1, p. 1.

Coulon (J.-M.),

- « Présentation du rapport et réflexions sur les réactions qu'il a suscitées », *in* États généraux de la profession d'avocat, *La réforme du code de procédure civile, autour du rapport Coulon*, Paris, Dalloz, 1997, p. 20.
- « Les solutions relatives à l'office du juge », *in* Coulon (J.-M.) et Frison-Roche (M.-A.), *Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996, p. 57.
- « L'effectivité de l'accès à la justice et le contrôle de la durée des procédures », *in Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyer - L'honnête homme et le droit*, Paris, LGDJ, 2000, p. 71.
- « L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge », *in* Ancel (P.) et Rivier (M.-C.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Economica, 2001, p. 133.
- « Quelques remarques sur un projet de décret de procédure civile », *PA*, 24 juin 2002, n° 125.

Coulon (J.-M.), Frison-Roche (M.-A.), « Le droit d'accès à la justice », *in* Cabrillac (R.), Frison-Roche (M.-A.) et Revet (T.), *Libertés et droits fondamentaux*, 7e éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 437.

Courtine (J.-F.),

- « L'héritage scolastique dans la problématique théologico-politique de l'âge classique », *in* Méchoulan (H.), dir., *L'Etat baroque. Regards sur la pensée politique de la France du premier XVIIe siècle*, Paris, Vrin, 1985, p. 89.
- « A propos du "problème théologico-politique" », *Droits*, 1993, n° 18, p. 109.

Courvoisier (Cl.), « Rousseau en 1793 », *in* Naudin-Patriat (F.), dir., *La constitution du 24 juin 1793, L'utopie dans le droit public français ?*, Dijon, Editions Universitaires de Dijon, 1997, p. 49.

Couvrat (P.), Giudicelli-Delage (G.), « Conciliation et médiation judiciaire », *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 160, 1997.

Crocq (P.), « Le droit à un tribunal impartial », *in* Cabrillac (R.), Frison-Roche (M.-A.) et Revet (T.), *Libertés et droits fondamentaux*, 7e éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 451.

Cyr Cambier, « Avant-propos », *in* Actes des XIe Journées d'études juridiques Jean Dabin, *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial. Approche comparative*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 13.

Daigre (J.-J.),

- « La doctrine et la réforme de la procédure civile. A propos du pouvoir discrétionnaire du juge en matière de production forcée de pièces », *JCP* 1981, I, 3020.
- « Une nouvelle source du droit, le communiqué ? A propos d'un communiqué de la COB du 4 mai 1999 », *JCP* - Édition entreprise et affaires, 1999, Act., n° 1261.

Dalle (H.), « Juger plus et juger mieux », *in* Soulez Larivière (D.) et Dalle (H.), dir., *Notre justice. Le livre vérité de la justice française*, Paris, Robert Laffont, 2002, p. 231.

Danet (G.), « Une institution délabrée », *RFAP*, 1991, n° 57, p. 15.

Dauchez (C.), « Regard historique sur l'accès au droit », *in* Leduc (F.), dir., *L'accès au droit*, Tours, Publications de l'Université François Rabelais, 2002, p. 101.

Dauchy (S.), « Les formes sont à la justice de la République ce que le pendule est à l'horloge ! Les observations des Cours d'appel sur le projet de code de procédure civile de l'an XII », *in* Lorgnier (J.), Martinage (R.) et Royer (J.P.), dir., *Justice et République(s)*, L'espace Juridique, Lille, 1993, p. 290.

Dauteribes (A.), « Laboulaye et la réforme des études de droit », *RHFDSJ*, 1990, n° 10-11, p. 13.

David (A.), « La cybernétique et le droit », *in* Travaux du 2e colloque de philosophie du droit comparé, *La logique juridique*, Paris, Pedone, 1967, p. 147.

David (R.), « Arbitrage du XIXe et arbitrage du XXe siècles », *in Mélanges René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 218.

Debeaurain (J.), « Les caractères de l'expertise civile », *D.* 1979, chron. 143.

Decocq (A.), « Le désordre juridique français », *in Jean Foyer, auteur et législateur. Leges tulit, jura docuit - Écrits en hommage à Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 147.

Decoopman (N.),

- « Droit et déontologie », *in* CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 87.
- « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », *in* CURAPP, *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, p. 211.

Dedessus-Le-Moustier (N.), « Expertise de gestion et principe du contradictoire », *Rev. soc*., 1998, p. 45.

Dekeuwer-Defossez (F.), «Le droit de la filiation à l'épreuve des pratiques administratives et judiciaires », *D.* 1986, chron. 305.

Delaigue (P.), « Une justice de proximité : création et installation des juges de paix (1790-1804) », *Histoire de la Justice*, 1995-1996, n° 8-9, p. 31.

Delebecque (P.), « Les standards dans les droits romano-germaniques », *RRJ*, 1988-4, p. 871.

Delhoste (M.-F.), « Le langage scientifique dans la norme juridique », *RRJ*, 2002-1, p. 53.

Delmas-Marty (M.),

- « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 1999, chron. 43.
- « L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation », *D.* 2000, chron. 421.

Delpeuch (T.), Dumoulin (L.), « La justice : émergence d'une rhétorique de l'usager », *in* Warin (P.), dir., *Quelle modernisation des services publics ? Les usagers au cœur des réformes*, Paris, La Découverte, 1997, p. 103.

Delprat (C.), « Magistrat idéal, magistrat ordinaire selon La Roche-Flavin : les écarts entre un idéal et des attitudes », *in* Poumarède (J.) et Thomas (J.), dir., *Les parlements de province. Pouvoirs, justice et société du XV^e^ au XVII^e^ siècles*, Toulouse, Framespa, 1996, p. 707.

Delvolvé (P.), « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *in Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 47.

Demaret (P.), « Le juge et le jugement dans l'Europe d'aujourd'hui : la Cour de Justice des Communautés européennes », *in* Jacob (R.), dir., *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996, p. 303.

Denis (J.-B.), « Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil », *RTDCiv*, 1977, p. 671.

Depambour-Tarride (L.),

- « Représenter une conscience : le portrait de Guillaume de Lamoignon par Robert Nanteuil », *in* Carbasse (J.-M.) et Depambour-Tarride (L.), dir., *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, p. 195.

- « Le juge dans la longue durée », *Droits*, 2001, n° 34, p. 41.

Déprez (J.), « A propos du rapport annuel de la Cour de cassation. "Sois juge et tais-toi" (Réflexions sur le rôle du juge dans la cité) », *RTDCiv*, 1978, p. 503.

Deschanel (P.), « Préface », *in* Collège libre des Sciences sociales, *Les méthodes juridiques*. *Leçons faites au Collège libre de sciences sociales en 1910*, Paris, Giard & Brière, 1911, p. v.

Desdevises (Y.),

- « Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile », *D.* 1981, chron. 241.
- « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ? », *D.* 2000, chron. 284.

Desdevises (Y.), Le Masson (J.-M.), Le Ninivin (D.), « Matière et procédure gracieuses », *J.-Cl. pr. civ.*, fasc. 115 à 117, 1994.

Desideri (J.-P.), « Le fondement juridique de la demande dans le procès civil », *PA*, 5 juin 2001, n° 111.

Désiry (R.), « Le rôle du juge dans le déroulement de l'instance civile », *D.* 1956, chron. 145.

Desrayaud (A.), « École de l'Exégèse et interprétations doctrinales de l'article 1137 du code civil », *RTDCiv*, 1993, p. 535.

Devolve (J.-L.), « Le Pouvoir judiciaire et le Traité de Rome ou la diplomatie des juges », *JCP* 1968, I, 2184.

Devolvé (P.), « Le nouveau Code de procédure civile devant le Conseil d'État », *D.* 1979, chron. 281.

Dezalay (Y.),

- « De la faillite au redressement des entreprises en difficulté : la redéfinition de la division du travail entre le notable, l'homme du droit et l'expert et l'importation du modèle américain du professionnel du conseil aux entreprises », *Droit et Société*, 1987, n° 7, p. 389.
- « Le droit des faillites : du notable à l'expert. La restructuration du champ des professionnels de la restructuration des entreprises », *ARSS*, n° 76-77, mars 1989, p. 2.

Didier (P.), « Regard juridique sur l'accès au droit », *in* Leduc (F.), dir., *L'accès au droit*, Tours, Publications de l'Université François Rabelais, 2002, p. 105.

Dion (N.), « Le juge et le désir du juste », *D.* 1998, chron. 195.

Doriat-Duban (M.), « Analyse économique de l'accès à la justice : les effets de l'aide juridictionnelle », *RIDE*, 2001-1, p. 77.

Drago (R.),

- « Le juge judiciaire, juge administratif », *RFDA*, 1990, p. 757.

- « Les origines du contentieux administratif », *in* Naudin-Patriat (F.), dir., *1791, La première constitution française*, Paris, Economica, 1993, p. 383.

Drai (P.),

- « Le monde des affaires et ses juges », *Rev. jur. com.*, 1990, p. 329.
- « Libre propos sur la médiation judiciaire » *in Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 123.
- « Le rôle et la place du juge en France, aujourd'hui », *RRJ*, 1991-3, p. 595.
- « Le délibéré et l'imagination du juge », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 107.

Dreifuss-Netter (F.),

- « La conscience du juge dans le droit des personnes et de la famille », *in* Carbasse (J.-M.) et Depambour-Tarride (L.), dir., *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, p. 313.
- « Preuve scientifique et droit de la filiation », *in* Cour de cassation / Université René Descartes-Paris V, *Le droit des preuves au défi de la modernité*, Paris, La documentation française, 2000, p. 82.

Drugeon (L.), « La justice à portée de cheval : les tribunaux de district pendant la Révolution française (1790-1795) », *in Journées régionales d'histoire de la justice – Poitiers, 13, 14 et 15 novembre 1997*, Paris, PUF, 1999, p. 107.

Dubouchet (P.), «L'École de l'exégèse et la science du droit », *RRJ*, 1986 - 2, p. 209.

Duby (G.), « La justice et le juge aux temps féodaux », *in* Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La justice*, Paris, PUF, 1961, p. 215.

Duguit (L.),

- « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP*, 1906, p. 413.
- « La fonction juridictionnelle », *RDP*, 1922, p. 165.

Dumoulin (L.), « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », *Droit et Société*, 2000, n° 44/45, p. 199.

Dunes (A.), « La non-publication des décisions de justice », *RIDC*, 1986, p. 757.

Dupeyroux (O.),

- « La jurisprudence, source abusive de droit », *in Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz / Sirey, 1960, Tome 2, p. 349.
- « La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit », *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 463.

Durand (B.), « Les instruments juridiques du pouvoir monarchique en France, 1500-1800 », *in* Padoa-Schioppa (A.), dir., *Justice et législation - Les origines de l'État moderne en Europe*, Paris, PUF, 2000, p. 360.

Durand (P.), « La décadence de la loi dans la Constitution de la V^e^ République », *JCP* 1972, I, 1470.

Dureuil (C.), « La motivation des arrêts d'appel », *in* Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, *La cour d'appel d'Aix en Provence. Colloque des 11 et 12 décembre 1992*, Aix en Provence, PUAM, 1994, p. 109.

Dutheil de la Rochère (J.), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : quel apport à la protection des droits ? », *in Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 91.

Échappé (O.), « L'équité en droit canonique », *Justices*, 1998, n° 9, p. 7.

Eisenmann (C.),

- « "L'esprit des lois" et la séparation des pouvoirs », *in Mélanges R. Carré de Malberg*, Vadus : Topos, Paris : E. Duchemin, 1977 (1^e^ éd. 1933), p. 163.
- « La pensée constitutionnelle de Montesquieu », *in* Institut de droit comparé, *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'esprit des lois*, Paris, Sirey, 1952, p. 133.
- « La justice dans l'État », *in* Centre de sciences politiques de l'institut d'études juridiques de Nice, *La justice*, Paris, PUF, 1961, p. 11.
- « Les fonctions sociales et les fonctions juridiques de l'État », *in Encyclopédie Française*, Tome X – *L'État*, Paris, Sté nouvelle de l'Encyclopédie Française, 1964, p. 297.
- « Juridiction et logique (selon les données du droit français) », *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 481.

Esmein (A.), « La jurisprudence et la doctrine », *RTDCiv*, 1902, p. 5.

Esmein (P.), « La jurisprudence et la loi », *RTDCiv*, 1952, p. 17.

Estoup (P.),

- « Une réforme souhaitable : l'assouplissement de certaines règles relatives à la motivation des jugements », *Gaz. Pal.*, 5 mai 1990, doct., p. 413.
- « Du nécessaire rappel de principes élémentaires en matière de rédaction des jugements civils », *Gaz. Pal.*, 5 mai 1990, doct., p. 242.
- « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français », *Gaz. Pal.*, 8 février 1990, doct., p. 110.
- « La gestion d'une Cour d'appel », *RFAP*, 1991, n° 57, p. 29.

Ewald (F.), « Pour un positivisme critique : Michel Foucault et la philosophie du droit », *Droits*, 1986, n° 3, p. 137.

Fabre-Magnan (M.), « Avortement et responsabilité médicale », *RTDCiv*, 2001, p. 285.

Faget (J.),

- « L'accès au droit : logiques de marché et enjeux sociaux », *Droit et Société*, 1995, n° 30-31, p. 367.
- « Justice de proximité et modernisation des services public », *in* Wyvekens (A.) et Faget (J.), dir., *La justice de proximité en Europe. Pratiques et enjeux*, Ramonville Saint-Agne, Érès, 2001, p. 145.
- « Regard sociologique sur l'accès au droit », *in* Leduc (F.), dir., *L'accès au droit*, Tours, Publications de l'Université François Rabelais, 2002, p. 119.

Farjat (G.),

- « Réflexions sur les codes de conduite privés », *in Études offertes à Berthold Goldman - Le droit des relations économiques internationales*, Paris, Litec, 1987, p. 47.
- « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », *in* Clam (J.) et Martin (G.), dir., *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 151.

Faustin Hélie, « Préface », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1853, Tome 3, p. i.

Fauvarque-Cosson (B.), « Le juge français et le droit étranger », *D.* 2000, chron. 125.

Favoreu (L.),

- « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », *in Itinéraires. Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 235.
- « L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles », *RFDA*, 1984, p. 174.
- note sous Cons. const., DC n° 86-224, 23 janvier 1987, *RFDA*, 1987, p. 301.
- « La loi », *in* Association française des constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Aix en Provence : PUAM, Paris : Economica, 1990, p. 79.
- « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, p. 71.
- « La constitutionnalisation du droit », *in L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 25.
- « Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge », *in Gouverner, administrer, juger - Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 513.

Feral-Schuhl (C.), Hugel (J.-P.), « La communication informatisée entre les avocats et les juridictions », *Gaz. Pal.*, 29 juin 1993, p. 861.

Ferreira Da Cunha, « Constitution, mythes et utopie », *in* Naudin-Patriat (F.), dir., *1791, La première constitution française*, Paris, Economica, 1993, p. 129.

Fettweis (A.), « Le rôle du formalisme dans le procès civil moderne », *Liber amicorum Frédéric Dumon*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, vol. 2, p. 663.

Flauss (J.-F.),

- « Le "délai" raisonnable au sens des articles 53 et 6 § 1 de la CEDH dans la jurisprudence française », *RTDH*, 1991, p. 49.
- « Les nouvelles frontières du procès équitable », *in* Université Robert Schuman de Strasbourg / Cour de cassation, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1996, p. 81.

Flecheux (G.), Gay Montalvo (E.), « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne », *in Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1998, p. 381.

Fonbaustier (L.), « Modèles ecclésiologiques et naissance du droit constitutionnel. Premières vues. », *Droits*, 1996, n° 24, p. 145.

Fontbressin (P. de), « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations », *in Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1995, p. 157.

Foriers (P.), « L'état des recherches de logique juridique en Belgique », *in* Travaux du 2e colloque de philosophie du droit comparé, *La logique juridique*, Paris, Pedone, 1967, p. 99.

Fortier (V.), « Système de gestion de la qualité et décision judiciaire : applicabilité de la norme ISO 9001 », *RRJ*, 2000, p. 1967.

Foucault (M.), « Sur l'archéologie des sciences. Réponse au Cercle d'épistémologie », *Dits et écrits I, 1954-1975*, Paris, Gallimard, 2001, p. 724.

Fouchard (Ph.), « L'arbitrage judiciaire », *in Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 167.

Foulon (M.),

- « La mise en état », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Paris, La documentation française, 1998, p. 161.
- « Quelques remarques d'un président de tribunal de grande instance sur l'article 145 du Nouveau code de procédure civile », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 311.

Foyer (J.),

- « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, 1981, n° 16, p. 17.

- « La juridiction gracieuse après le Code de procédure civile et jusqu'à la loi du 15 juillet 1944 », *in* Journées internationale de la Société d'histoire du droit, *Études d'histoire du droit à l'époque contemporaine*, Paris, PUF, 1985, p. 227.
- « Le droit communautaire, droit de professeurs français ? », *RHFDSJ*, 1992, n° 13, p. 201.
- « Synthèse des travaux », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Paris, La documentation française, 1998, p. 321.
- « La judiciarisation en délire ou de l'abus du droit en un nouveau sens », *in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF / Dalloz / Juris-Classeur, 1999, p. 749.

Fardet (C.), « La notion d'homologation », *Droits*, 1999, n° 28, p. 181.

François (B.), « L'influence des doctrines publiciste et privatiste. Un point de vue politiste », *in* Drago (G.), François (B.) et Molfessis (N.), dir., *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 87.

Fremont (R.), « De la formation des notions juridiques et du rôle de la jurisprudence dans les institutions », *Pandectes françaises*, Paris, Marescq / Plon, 1886, Tome 1, p. vi.

Fricero-Bernardini (N.),

- « Le droit au juge devant les juridictions civiles », *in* Rideau (J.), dir., *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, p. 11.
- Obs. sous CEDH, 28 octobre 1999 (*Zielinski et al.*), *Procédures*, 2000, n° 94.

Frison-Roche (M.-A.),

- « 2 + 1 = la procédure », Baranès (W.) et Frison-Roche (M.-A.), dir., *La justice. L'obligation impossible*, Paris, Autrement, 1995, p. 193.
- « La philosophie du procès, propos introductif », *APD*, 1995, Tome 39, p. 19.
- « La procédure de l'expertise », *in* Frison-Roche (M.-A.) et Mazeaud (D.), dir., *L'expertise*, Paris, Dalloz, 1995, p. 87.
- « Application de la loi par le juge », *J.-Cl. civ.*, art. 5, 1995.
- « Déni de justice et interprétation de la loi par le juge », *J.-Cl. civ.*, art. 4, 1996.
- « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », *in* Coulon (J.-M.) et Frison-Roche (M.-A.), *Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996, p. 11.
- « Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice », *JCP* 1997, I, 4051.
- « Déontologie et discipline dans les professions libérales », *in* Journées nationales de l'association Capitant - Tome 2/Nice - 1997, *Les professions libérales*, Paris, LGDJ, 1997, p. 103.
- « La procédure injuste », *in* Frison-Roche (M.-A.) et Baranès (W.), dir., *De l'injuste au juste*, Paris, Dalloz, 1997, p. 77.

- « Les offices du juge », *in Jean Foyer, auteur et législateur. Leges tulit, jura docuit - Écrits en hommage à Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 463.
- « L'impartialité du juge », *D.* 1999, chron. 53.
- « La responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée », *JCP* 1999, I, 174.
- « L'erreur du juge, *RTDCiv*, 2001, p. 819.

Furet (F.), « Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire », *Annales ESC*, nov.-déc. 1992, p. 1185.

Galanter (M.), « La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux », *in* Cappelletti (M.), dir., *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Economica, 1984, p. 151.

Galland (J.-P.), « L'Europe et la normalisation technique », *in* Serverin (E.) et Berthouds (A.), dir., *La production des normes entre État et société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 259.

Gambelli (F.), « Définitions et typologies des normes techniques », *PA*, 11 février 1998, n°18.

Garapon (A.) ,

- « Rapport français », *in* Travaux de l'association Capitant - Tome 39, *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, Paris, Economica, 1988, p. 708.
- « L'idée de droit social : Georges Gurvitch », *in* Bouretz (P.), *La force du droit - Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 215.
- « Le juge et son éthique », *Esprit*, octobre 1992, p. 133.
- « Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au garde des Sceaux par Jean-Marie Coulon sur la réforme de la procédure civile », *D.* 1997, chron. 69.
- Common Law *et droits romano-germaniques à l'heure de la mondialisation*, IHEJ, 2000, inédit.
- « La démocratie à l'épreuve de la justice », *Justices*, 2000, n° 1, p. 43.

Garapon (A.), King (M.), « Le juge, l'expert et le contrôle de la réalité dans les juridictions de la jeunesse en France et en Angleterre », *Droit et Société*, 1988, n° 10, p. 425.

Gardies (J.-L.),

- « Méthode logique et méthode phénoménologique en face du droit », *in* Travaux du 2e colloque de philosophie du droit comparé, *La logique juridique*, Paris, Pedone, 1967, p. 183.
- « Ce que la raison doit au procès », *APD*, 1995, Tome 39, p. 39.

Garic (B.),

- « "La chaîne civile" », *Gaz. Pal.*, 20 mai 1993, p. 603.
- « Pourquoi informatiser les contentieux civils ? », *Gaz. Pal.*, 29 juin 1993, p. 865.

Gaudemet (J.),

- « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVI^e^-XVIII^e^) », *in La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, Leo S. Olschki, 1977, p. 157.
- « Le serment dans le droit canonique médiéval », *in* Verdier (R.), dir., *Le serment – Théories et devenir*, Paris, CNRS, 1991, Tome 2, p. 63.
- « Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX^e^ siècle », *RHFDSJ*, 1998, n° 19, p. 87.
- « Du *ius commune* au droit communautaire », *in* Université Panthéon-Assas (Paris II), *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 1011.

Gaudemet (P.), « La séparation des pouvoirs. Mythe et Réalité », *D.* 1961, chron. 23.

Gaudemet (Y.),

- « Remarques à propos des circulaires administratives », *in Mélanges en l'honneur de Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 559.
- Note sous Cons. const., DC n° 86-224, 23 janvier 1987, *RDP*, 1987, p. 1341.

Gautier (P.-Y.),

- « Le discours de la méthode du Chancelier Daguesseau », *RTDCiv*, 1994, p. 67.
- « "Les distances du juge" à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile », *JCP* 2001, I, 287.

Gauvard (C.), « Les juges devant le parlement de Paris aux XIV^e^ et XV^e^ siècles », *Histoire de la justice*, 2000, n° 12, p. 25.

Gazzaniga (J.L.),

- « Quand les avocats formaient les juristes et la doctrine », *Droits*, 1994, n° 20, p. 31.
- « Le code avant le code », *in* Beignier (B.), dir., *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 21.

Gely-Nargeot (M.-C.), « La preuve en psychologie, ou lorsque le subjectif devient objectivé », *in* Cour de cassation / Université René Descartes-Paris V, *Le droit des preuves au défi de la modernité*, Paris, La documentation française, 2000, p. 59.

Genet (J.-Ph.), « L'État moderne : un modèle opératoire ? », *in* Genet (J.-Ph.), dir., *L' État moderne : genèse. Bilans et perspectives*, Paris, CNRS, 1990, p. 261.

Gengembre (R.), « La contre-révolution et le refus de la constitution », *in* Troper (M.) et Jaume (L.), dir., *1789 et l'invention de la constitution*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1994, p. 55.

Georgel (J.), « La dépendance de la magistrature en France », *in Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, Tome 2, p. 845.

Gerardin-Sellier (N.), « La composition des juridictions à l'épreuve de l'article 6 § 1° de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2001, p. 961.

Ghestin (J.),

- « Rapport de synthèse », Travaux de l'association Henri Capitant - Tome 34, *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Paris, Economica, 1985, p. 6.
- « Les données positives du droit », *RTDCiv*, 2002, p. 11.

Gianformaggio (L.), « Syllogisme juridique », *in* Arnaud (A.-J.) *et al.*, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 589.

Gicquel (J.), « Le Conseil supérieur de la magistrature : une création continue de la République », *in Mélanges Philippe Ardant - Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, LGDJ, 1999, p. 289.

Gilissen (J.), « Droit et Révolution. Quelques réflexions historico-juridiques sur un thème de philosophie du droit », *in Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 117.

Gillet (J.-L.), « Le second degré de juridiction en matière civile, sa place et sa portée », *Gaz. Pal.*, 10 septembre 1996, doct., p. 996.

Gilli (J.-P.), « Le juriste et l'ordinateur », *D.* 1967, chron. 50.

Giordanengo (G.), « Du droit civil au pouvoir royal : un renversement (XII^{e}-XV^{e} siècles) », *Politiques et management public*, Vol. 5, n° 1, mars 1987, p. 9.

Giudicelli-Delage (G.), « Rapport de synthèse », *in* Institut de sciences pénales et de criminologie d'Aix en Provence, *Les juges : de l'irresponsabilité à la responsabilité ?*, Aix en Provence, PUAM, 2000, p. 241.

Giverdon (C.),

- « Référés » *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 230 à 236, 1996.
- « Rédaction des jugements. Motifs et dispositifs », *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 508, 1997.
- « Procédure ordinaire. Généralités. Évolution de la législation. Nouveau Code de procédure civile », fasc. 216, *J.-Cl. proc. civ.*, 1999.

Gobert (M.), « La Cour de cassation méritait-elle le pilori ? », *PA*, 8 décembre 2000, n° 245.

Godding (P.), « Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du XVIII^{e} siècle », *in* Perelman (Ch.) et Foriers (P.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 37.

Godechot (J.), « Beccaria et la France », *in* Godechot (J.), *Regards sur l'époque révolutionnaire*, Paris, Privat, 1980, p. 39.

Godet (R.), « La participation des autorités administratives indépendantes au règlement des litiges juridictionnels de droit commun : l'exemple des autorités de marché », *RFDA*, 2002, p. 957.

Goudon (J.-P.), « L'enquête sociale, constat d'une situation ou reflet d'une médiation ? », *Gaz. Pal.*, 20 déc. 1988, doct., p. 752.

Gouron (A.),

- « Continuité et discontinuité dans l'histoire du législatif médiéval : réflexions sur une recherche collective », *in* Genet (J.-Ph.), dir., *L' État moderne : genèse. Bilans et perspectives*, Paris, CNRS, 1990, p. 217.
- « Les ordonnances royales dans la France médiévale », *in* Padoa-Schioppa (A.), dir., *Justice et législation - Les origines de l'État moderne en Europe*, Paris, PUF, 2000, p. 80.

Gouttes (R. de),

- « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge ? », *in* Sudre (F.), *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme (1974-1992)*, Kehl / Strasbourg / Airlington, Ed. Engel, 1994, p. 50.
- « L'enchevêtrement des normes internationales relatives au procès équitable : comment les concilier ? », *in* Université Robert Schuman de Strasbourg / Cour de cassation, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant / Nemesis, 1996, p. 139.

Goyard-Fabre (S.),

- « Les sources du droit et la « révolution copernicienne » : quelques réflexions sur Kant et Rousseau », *APD*, 1982, Tome 27, p. 67.
- « Le réformisme de Montesquieu : progrès juridique et histoire », *APD*, 1985, Tome 30, p. 277.
- « La nature et le sens du serment selon les jusnaturalistes du XVII^{e} siècle », *in* Verdier (R.), dir., *Le serment – Théories et devenir*, Paris, CNRS, 1991, Tome 2, p. 91.
- « César a besoin de Dieu ou la loi naturelle selon Jean Domat », *in* Méchoulan (H.) et Cornette (J.), dir., *L'État classique. Regards sur la pensée politique de la France dans le second XVII^{e} siècle*, Paris, Vrin, 1996, p. 149.

Goyet (C.), « Remarques sur l'impartialité du tribunal », *D.* 2001, chron. 328.

Graffin (T.), « Le statut des magistrats devant le Conseil constitutionnel : une défense discutable de l'unité du corps judiciaire au profit d'une exigence forte d'indépendance des magistrats », *RDP*, 2001, p. 831.

Grandjean (P.), « L'évolution du référé commercial », *Rev. jur. com.*, 1993, p. 177.

Gridel (J.P.),

- « Les sources administratives du droit privé », *RRJ*, 1984, p. 319.
- « Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d'un droit commun européen », *D.* 1999, chron. 139.

- « Essai de synthèse et libres propos de clôture », *in* Cour de cassation / Université René Descartes-Paris V, *Le droit des preuves au défi de la modernité*, Paris, La documentation française, 2000, p. 131.
- « Regards sur le juge aux affaires familiales », *in Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 207.

Guastini (R.), « La fonction juridictionnelle dans la constitution de l'an III », *in* Dupuy (R.) et Morabito (M.), dir., *1795, Pour une République sans Révolution*, Rennes, PUR, 1996, p. 217.

Guéry (A.), « L'œuvre royale. Du roi magicien au roi technicien », *Le Débat*, 1993, n° 74, p. 123.

Guglielmi (G.J.),

- « Émile-Victor Foucart ou le sacerdoce du droit public et administratif », *RDP*, 1996, p. 1291.
- « Deux visions théocratiques du droit public contemporain de part et d'autre des Pyrénées », *in* Thireau (J.-L.), dir., *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, Paris, PUF, 1997, p. 229.

Guibert-Sledziewski (E.),

- « L'invention de l'individu dans le droit révolutionnaire » *in* Vovelle (M.), dir., *La révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?* Paris, PUF, 1988, Tome 1, p. 141.
- « Individualité et modernité : regards sur une civilisation de l'individu », *in* Théry (I.) et Biet (C.), dir., *La famille, la loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, p. 363.

Guihal (D.), « L'inamovibilité des juges à l'épreuve des contraintes de gestion », *RFDC*, 1995, p. 795.

Guilhaumou (J.),

- « De l'histoire des concepts à l'histoire linguistique des usages conceptuels », *Genèses*, 2000, n° 38, p. 105.
- « L'histoire des concepts : le contexte historique en débat (note critique) », *Annales, Histoire, Sciences sociales*, mai-juin 2001, p. 685.

Guillien (R.), « Retour sur quelques sujets d'acte juridictionnel et de chose jugée », *in Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 117.

Guinchard (S.),

- « Les moralistes au prétoire », *in Jean Foyer, auteur et législateur. Leges tulit, jura docuit - Écrits en hommage à Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 477.
- « L'évitement du juge civil », *in* Clam (J.) et Martin (G.), dir., *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 221.
- « Le procès équitable : droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, n° spécial « droits fondamentaux », p. 191.

- « L'ambition d'une justice civile rénovée : commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », *D.* 1999, chron. 65.
- « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel », *in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Éd. Frison-Roche, 1999, p. 139.
- « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile », *PA*, 12 avril 1999, n° 72.
- « Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 355.
- « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », *in* Université Panthéon-Assas, *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 1135.
- « L'avenir du juge », *in Le droit privé français à la fin du XX^e^ siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 171.
- « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas : le projet de supression de l'effet suspensif de l'appel », *PA*, 5 juin 2002, n° 112.
- « Le juge dans la cité », *JCP* 2002, 1, 137.

Gutmann (D.),

- « Le juge et l'équité. Enjeux philosophiques », *Histoire de la justice*, 1998, n° 11, p. 141.
- « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », *in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF / Dalloz / Juris-Classeur, 1999, p. 329.
- « La fonction sociale de la doctrine juridique », *RTDCiv*, 2002, p. 455.

Guyader (J.), « L'appel en droit canonique mediéval », *in* Thireau (J.L.), dir., *Les voies de recours judiciaires, instrument de liberté*, Paris, PUF, 1995, p. 45.

Haarscher (G.), « Après Perelman », *in Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 223.

Haenel (H.), « Justice de proximité. Premier bilan », *Pouvoirs*, 1995, n° 74.

Halpérin (J.-L.),

- « Haro sur les hommes de loi », *Droits*, 1983, n° 17, p. 55.
- « Cour de cassation » *in* Tulard (J.), dir., *Dictionnaire Napoléon*, Paris, Fayard, 1987, p. 543.
- « Une enquête du ministère de l'Intérieur sous le Directoire sur les cours de législation dans les Écoles centrales », *AHFDSJ*, 1986, n° 3, p. 57.
- « L'Empire hérite et lègue », *in* Boucher (Ph.), dir., *La révolution de la justice. Des lois du roi au droit moderne*, Paris, Éd. de Monza, 1989, p. 221.

- « La composition des tribunaux de famille sous la Révolution, ou "les juristes, comment s'en débarasser ?" », *in* Théry (I.) et Biet (C.), dir., *La famille, la loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, p. 292.
- « Le tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne », *in* Badinter (R.), dir., *Une autre justice, Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 225.
- « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *RHDFE*, 1997, p. 415.
- « 1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la Justice et le Pouvoir en France », *Justices*, 1996, n° 3, p. 13.
- « Le juge et le jugement en France à l'époque révolutionnaire », *in* Jacob (R.), dir., *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996, p. 233.
- « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *RHSH*, avril 2001, n° 4, p. 9.

Hamon (L.), « Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », *D*. 1960, chron. 253.

Hannoun (C.), « La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme », *RTDCom*, 1989, p. 417.

Harlow (C.), « L'accès à la justice comme droit de l'homme : la Convention européenne et l'Union européenne », *in* Alston (P.), dir., *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 189.

Hauriou (M.), « Les éléments du contentieux », *Recueil de législation de Toulouse*, 1905, p. 2.

Hébraud (P.),

- « Commentaire de la loi du 15 juin 1944 *sur les rapports d'expert* », *D.* 1945, lég. 49.
- « Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 », *D.* 1946, lég. 333.
- « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux. A propos de la condamnation pénale », *Revue de l'Académie de législation de Toulouse*, 1949, p. 206.
- « Justice 59. 1. – L'autorité judiciaire », *D.* 1959, chron. 81.
- « Justice 59. 2. – Les juridictions », *D.* 1959, chron. 151.
- « La réforme de la procédure civile : le décret du 22 décembre 1958 », *AFDT*, 1961, Tome IX, fasc. 1, p. 3.
- « Rapport introductif », *in* 5e colloque des Instituts d'études judiciaires, *La logique judiciaire*, Paris, PUF, 1969, p. 23.
- « Le juge et la jurisprudence », *in Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329.

- « Observations sur l'arbitrage judiciaire (Article 12 al. 5 du nouveau Code de procédure civile) », *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 635.
- « La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge », *AUSST*, 1978, Tome 26, p. 378.

Hébraud (P.), Madray (G.), « Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 », *D.* 1945, lég. 189.

Henry (X.), « La jurisprudence accessible. Mégacode civil : théorie d'une pratique », *RRJ*, 1999- 3, p. 631, 1999-4, p. 979.

Hermitte (M.-A.), « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation », *APD*, 1985, Tome 30, p. 331.

Héron (J.),

- « Le nouveau Code de procédure civile », *in* Beignier (B.), dir., *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p. 82.
- « Le juge unique et l'exécution en droit privé », *in* Bolze (C.) et Pédrot (Ph.), dir., *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, Paris, Dalloz, 1996. p. 35.
- « L'ordre public processuel », *in* Travaux de l'association Henri Capitant - Tome 49, *L'ordre public*, Paris, LGDJ, 1998, p. 943.
- « Convention européenne des droits de l'homme et théorie des voies de recours », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 369.

Hervieu (A.), « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ*, 1989-2, p. 257.

Hilaire (J.),

- « Actes de la pratique et expression du droit du XVI^e^ siècle à la codification », *Droits*, 1988, n° 7, p. 136.
- « La procédure civile et l'influence de l'État. Autour de l'appel », *in* Krynen (J.) et Rigaudière (A.), dir., *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI^e^-XV^e^ siècles)*, Talence, Presses universitaires de Bordeaux, 1992, p. 151.
- « Le *Roi* et *Nous*, procédure et genèse de l'État aux XIII^e^ et XIV^e^ siècles », *Histoire de la justice*, 1992, n° 5, p. 3.
- « Jugement et jurisprudence », *APD*, 1995, Tome 39, p. 181.
- « Un peu d'histoire », *Justices*, 1996, n° 4, p. 9.
- « Enquêter et débattre : la décision judiciaire au Parlement de Paris », *in* Jacob (R.), dir., *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996, p. 107.
- « Le système juridique et l'avenir de son histoire » *in* Université Panthéon-Assas (Paris II), *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 813.

Hilaire (J.), Turlan (J.), Villey (M.), « Les mots et la vie. La "pratique" depuis la fin du Moyen Âge. », *in Droit privé et institutions régionales, Études historiques offertes à Jean Yver*, Paris, PUF, 1976, p. 369.

Hildesheimer (F.), « Les Parlements et la protection sanitaire du Royaume », *in* Poumarède (J.) et Thomas (J.), dir., *Les parlements de province. Pouvoirs, justice et société du XV^e^ au XVII^e^ siècles*, Toulouse, Framespa, 1996, p. 483.

Horovitz (J.), « Exposé et critique d'une illustration du caractère prétendu non-formel de la logique juridique », *APD*, 1966, Tome 11, p. 181.

Huet (J.), « Les sources communautaires du droit des contrats », *in* Journées nationales de l'association Capitant - Tome 1/Lille - 1996, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Paris, LGDJ, 1997, p. 11.

Huglo (J.-G.), « L'application du droit communautaire par le juge national », *Gaz. Pal.*, 10 juin 1997, doct. p. 844.

Hugon (C.), « L'exécution des décisions de justice », *in* Cabrillac (R.), Frison-Roche (M.-A.) et Revet (T.), *Libertés et droits fondamentaux*, 7^e^ éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 611.

Hugues (A.), « La motivation des arrêts d'appel », *in* Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, *La cour d'appel d'Aix en Provence. Colloque des 11 et 12 décembre 1992*, Aix en Provence, PUAM, 1994, p. 101.

Husson (L.),

- « Les apories de la logique juridique », *in* Travaux du 2^e^ colloque de philosophie du droit comparé, *La logique juridique*, Paris, Pedone, 1967, p. 29.
- « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *APD*, 1972, Tome 17, p. 115.
- « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », *in* Perelman (Ch.) et Foriers (P.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 69.

Hutchenson (J.C.), « Le jugement intuitif. La fonction du "hunch" dans la décision judiciaire », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Sirey, 1934, vol. 2, p. 531.

Idot (L.), « Les bases communautaires d'un droit privé européen (traité de Maastricht et traité de Rome) », *in* Vareilles-Sommières (P. de), dir., *Le droit privé européen*, Paris, Economica, 1998, p. 22.

Ikni (G.-R.), « La loi du dix juin 1793 et la sentence arbitrale : une procédure d'expropriation révolutionnaire ? », *in* Vovelle (M.), dir., *La révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?*, Paris, PUF, 1988, Tome 2, p. 417.

Imbert (J.), « L'enseignement du droit dans les Écoles centrales sous Révolution », *AHFDSJ*, 1986, n° 3, p. 37.

Isaac (G.),

- « Effet direct du droit communautaire », *Rép. dr. commun. Dalloz*, 1997.

- « Primauté du droit communautaire », *Rép. dr. commun. Dalloz*, 1997.

Ivainer (T.),

- « L'interprétation des faits en droit », *JCP* 1986, I, 3235.
- « L'interprétation des faits en droit », *in* Bourcier (D.) et Mackay (P.), dir., *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 165.

Izorche (M.-L.), « La cassation, sanction d'une atteinte à la logique », *in Mélanges offerts à Pierre Couvrat. La sanction du droit*, Paris, PUF, 2001, p. 131.

Jackson (R.A.), « Le pouvoir monarchique dans la cérémonie du sacre et couronnement des rois de France », *in* Blanchard (J.), dir., *Représentation, pouvoir et royauté à la fin du Moyen Âge*, Paris, Picard, 1995, p. 237.

Jacob (R.),

- « Le serment des juges ou l'invention de la conscience judiciaire (XII^{e} siècle européen) », *in* Verdier (R.), *Le serment – Signes et fonctions*, Paris, CNRS, 1991, Tome 1, p. 439.
- « Le jugement de Dieu et la formation de la fonction de juger dans l'histoire européenne », *APD*, 1995, Tome 39, p. 87.
- « Jugement des hommes et jugement de Dieu à l'aube du Moyen Âge », *in* Jacob (R.), dir., *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996, p. 43.
- « Les fondements symboliques de la responsabilité des juges. L'héritage de la culture judiciaire médiévale », *Histoire de la justice*, 2000, n° 12, p. 7.
- « *Judicium* et le jugement. L'acte de juger dans l'histoire du lexique », *in* Cayla (O.) et Renoux-Zagamé (M.-F.), dir., *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, 2002, p. 35.

Jacqué (J.-P.),

- « Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme », *in L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 325.
- « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *AJDA*, 2002, p. 476.

Jamin (C.),

- « Relire Labbé et ses lecteurs », *APD*, 1992, Tome 37, p. 247.
- « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^{e} et XX^{e} siècles », *RTDCiv*, 1994, p. 815.
- « La rupture de l'École et du Palais dans le mouvement des idées », *in Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, Tome 1, p. 69.
- « François Gény d'un siècle à l'autre », *in* Thomasset (C.), Vanderlinden (J.) et Jestaz (Ph.), dir., *François Gény. Mythes et réalités. 1899-1999, centenaire de* Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Montréal : Blais, Paris : Dalloz, Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 3.

Jamin (C.), Jestaz (Ph.),

- « L'entité doctrinale française », *D.* 1997, chron. 167.
- « Doctrine et jurisprudence : cent ans après », *RTDCiv*, 2002, p. 1.

Japiot (R.), « Jurisprudence française en matière de procédure civile », *RTDCiv*, 1912, p. 771.

Jarrosson (C.),

- « Réflexions sur l'*imperium* », *in Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 245.
- « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », *RGDP*, 1999, n° 4, p. 764.

Jeammaud (A.), « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », *in* Clam (J.) et Martin (G.), dir., *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 47.

Jeammaud (A.), Serverin (E.),

- « Évaluer le droit », *D.* 1992, chron. 263.
- « Concevoir l'espace jurisprudentiel », *RTDCiv*, 1993, p. 91.
- « Les produits juridiques de l'appareil judiciaire comme objet sociologique », *Droit et Société*, 1993, n° 25, p. 335.

Jean (J.-P.), « La qualité de la justice face aux attentes du justiciable », *in* Gaboriau (S.) et Pauliat (H.), dir., *L'éthique des gens de justice. Entretiens d'Aguesseau*, Limoges, PULIM, 2001, p. 149.

Jean-Pierre (D.), Mélin-Soucramanien (F.), « Le principe de l'égalité des armes », *RRJ*, 1993-2, p. 489.

Jéol (M.), « La cour de cassation et le contrôle de la constitutionnalité - Les techniques de substitution », *in* Cour de cassation / Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix en Provence : PUAM, Paris : La documentation francaise, 1994, p. 69.

Jestaz (Ph.),

- « Les frontières du droit et de la morale », *RRJ*, 1983-2, p. 334.
- « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, chron. 11.
- « Les standards dans les divers systèmes juridiques. Rapport de synthèse », *RRJ*, 1988-4, p. 1181.
- « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.* 1989, chron. 149.
- « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTDCiv*, 1990, p. 625.
- « Sources délicieuses… (remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTDCiv*, 1993, p. 73.

- « La jurisprudence constante de la Cour de cassation », *in* Laboratoire d'épistémologie juridique de la faculté d'Aix-Marseille / Cour de cassation, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1994, p. 214.
- « Rapport de synthèse », *in* Journées nationales de l'association Capitant - Tome 1/Lille - 1996, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Paris, LGDJ, 1997, p. 187.
- « Rapport de synthèse » *in* Revet (T.), dir., *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998, p. 113.
- « François Gény : une image française de la loi et du juge », *in* Thomasset (C.), Vanderlinden (J.) et Jestaz (Ph.), dir., *François Gény. Mythes et réalités. 1899-1999, centenaire de* Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Montréal : Blais, Paris : Dalloz, Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 37.
- « Une question d'épistémologie… », *RTDCiv*, 2001, p. 547.

Jèze (G.),

- « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *RDP*, 1909, p. 668.
- « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *RDP*, 1913, p. 437.

Jourdain (P.),

- « Les sources communautaires du droit français de la responsabilité civile », *in* Journées nationales de l'association Capitant - Tome 1/Lille - 1996, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Paris, LGDJ, 1997, p. 29.
- Note sous Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, *D.* 2001, jur. 336.

Jourdan (P.), « La formation du concept de service public », *RDP*, 1987, p. 89.

Kagan (R.A.), « L'Europe devrait-elle s'inquiéter d'un "légalisme contradictoire à l'américaine" ? », *Droit et Société*, 2001, n° 48, p. 471.

Kanayama (N.), « Les civilistes français et le droit naturel au XIX^{e} siècle. A propos de la prescription », *RHFDSJ*, 1989, n° 8, p. 129.

Kantorowicz (E.),

- « Mystère de l'État. Un concept absolutiste et ses origines médiévales (bas Moyen Âge) », *in Mourir pour la patrie et autres textes*, Paris, PUF, 1984, p. 75.
- « La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit », *Politix*, 1995, n° 32, p. 5.

Kayser (P.),

- « Le principe de la publicité de la justice dans la procédure civile », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 501.

- « L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé français », *RRJ*, 1999-1, p. 13.
- « Un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique », *D.* 2001, chron. 1889.

Kelsen (H.), « Aperçu d'une théorie générale de l'État », trad. Eisenmann (Ch.), *RDP*, 1926, p. 561.

Kernaleguen (F.), « A propos du règlement des litiges de masse », *in La terre, la famille, le juge. Études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Paris, Economica, 1990, p. 367.

Khairallah (G.), « Le raisonnable en droit privé français, développements récents », *RTDCiv*, 1984, p. 439.

Kitamura (I.), « L'avenir de la "justice conciliationnelle" », *in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF / Dalloz / Juris-Classeur, 1999, p. 801.

Klein (T.), « La fonction de juge », *in Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1998, p. 507.

Knapp (V.), « Théorie du droit et cybernétique », *in Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1967, p. 233.

Koering-Joulin (R.), « Introduction générale », *in* Université Robert Schuman de Strasbourg / Cour de cassation, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1996, p. 9.

Koubi (G.), « La notion de "charte" : fragilisation de la règle de droit ? », *in* Clam (J.) et Martin (G.), dir., *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 165.

Kramer (P.), « La modernisation de la justice », *RFAP*, 1991, n° 57, p. 69.

Kriegel (B.), « Le défi de l'histoire politique : sources et méthodes de l'histoire de l'État aux XVII^{e}-XVIII^{e} », *in* Bernstein (S.) et Milza (P.), dir., *Axes et méthodes de l'histoire politique*, Paris, PUF, 1998, p. 37.

Kriegk (J.-F.), « La procédure civile revisitée au travers des principes généraux : la voie d'appel », *Gaz. Pal.*, 8 novembre 1997, doct., p. 1467.

Krynen (J.),

- « Les légistes tyrans de la « France » ? Le témoignage de Jean Juvénal des Ursins, docteur *in utroque* », *in* Krynen (J.) et Rigaudière (A.), dir., *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI^{e}-XV^{e} siècles)*, Talence, Presses universitaires de Bordeaux, 1992, p. 279.
- « L'encombrante figure du légiste. Remarques sur la fonction du droit romain dans la genèse de l'État », *Le Débat*, 1993, n° 74, p. 45.

- « Droit romain et État monarchique », *in* Blanchard (J.), dir., *Représentation, pouvoir et royauté à la fin du Moyen Âge*, Paris, Picard, 1995, p. 13.
- « A propos des *Treze Livres des Parlemens de France* », *in* Poumarède (J.) et Thomas (J.), dir., *Les parlements de province. Pouvoirs, justice et société du XV^e^ au XVII^e^ siècles*, Toulouse, Framespa, 1996, p. 691.

Labrusse-Riou (C.),

- « Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille », *in Études offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 151.
- « Pouvoirs scientifiques sur la vie et justice », *Justices*, 1996, n° 3, p. 133.

Lacabarats (A.), « Le référé », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Paris, La documentation française, 1998, p. 213.

Ladrière (P.), « Vues retrospectives sur l'éthique et le juridique », *in* Chazel (F.) et Commaille (J.), dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 273.

Lahrer-Loyer (C.), « La jurisprudence d'appel », *JCP* 1989, I, 3407.

Lamarque (J.), « Le procès du procès », *in Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 149.

Lambert (E.), « Le rôle français d'un recueil de cas juridiques choisis », *in Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*, publiées par un groupe de professeurs des faculté de droit, 2^e^ éd., Paris, Dalloz, 1927, p. xiii.

Lambert (P.), « La notion de "délai raisonnable" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1991, p. 3.

Lampué (P.), « La notion d'acte juridictionnel », *RDP*, 1946, p. 5.

Landowski (E.), « Statut et pratiques du texte juridique », *in* Bourcier (D.) et Mackay (P.), dir., *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 441.

Landraud (D.), « A propos des revirements de jurisprudence », *JCP* 1982, I, 3093.

Langlois (C.), « Portalis », *in* Tulard (J.), dir., *Dictionnaire Napoléon*, Paris, Fayard, 1987, p. 1362.

Langlois (Ph.), « Les usages », *in Études offertes à Gérard Lyon-Caen - Les transformations du droit du travail*, Paris, Dalloz, 1989, p. 285.

Langlois (Ph.), Verdier (J.-M.), « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *D.* 1972, chron. 253.

Lascoumes (P.), « Le droit comme science sociale. La place de Durkheim dans les débats entre juristes et sociologues à la charnière des deux derniers siècles (1870-1914) », *in* Chazel (F.) et Commaille (J.), dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 39.

Laurin (Y.), « *L'amicus curiae* », *JCP* 1992, I, 3603.

Lavigne (P.), « Les manuels de droit administratif pour les étudiants des facultés de 1829 à 1922 », *AHFDSJ*, 1985, n° 2, p. 125.

Le Bars (T.), Villacèque (J.), « Vers une suppression de l'effet suspensif de l'appel », *D.* 2002, Point de vue, n° 25.

Le Berre (H.), « La jurisprudence et le temps », *Droits*, 2000, n° 30, p. 71.

Le Foyer de Costil (H.), « Le vol d'aigle du juge des référés », *in Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 341.

Le Gall (J.-P.), « A quel moment le contradictoire ? Une application de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Gaz. Pal.*, 4 juillet 1996, doct., p. 691.

Le Gall (Y.), « La justice dans le *Buon governo* d'ambrogio Lorenzetti, *Histoire de la justice*, 1998, n° 11, p. 199.

Le Masson (J.-M.), « La recherche de la vérité dans le procès civil », *Droit et Société*, 1998, n° 38, p. 21.

Le Roy Ladurie (E.), « Réflexion sur l'essence et le fonctionnement de la monarchie classique (XVI^{e}-XVIII^{e} siècles) », *in* Méchoulan (H.), dir., *L'Etat baroque. Regards sur la pensée politique de la France du premier XVII^{e} siècle*, Paris, Vrin, 1985, p. vii.

Le Tallec (G.), « La Cour de cassation et le droit communautaire », *in L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 363.

Lebigre (A.), « "Pour les cas résultant du procès". Le problème de la motivation des arrêts », *Histoire de la Justice*, 1994, n° 7, p. 23.

Lebon-Blanchard (M.-F.), « Justice civile et proximité », *Droit et cultures*, hors-série, « Droit, justice et proximité », 2001, p. 119.

Leborgne (A.), « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTDCiv*, 1996, p. 535.

Lebreton (S.), « Le volet social de la réforme de la justice : la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », *RDSS*, 1999, p. 664.

Lecerf (M.), « La gratuité des services publics à l'égard des usagers », *JCP* 1998, 1, 168.

Lecocq (P.), Martinage (R.), « L'inamovibilité de la magistrature française dans les constitutions au XIX^{e} siècle et son application », *in Liber amicorum John Gilissen*, Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, p. 215.

Lecocq (P.), « Pouvoir et autorité judiciaires dans les constitutions françaises », *in* Royer (J.-P.), dir., *Être juge demain*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1983, p. 109.

Legendre (P.), « Le droit romain, modèle et langage. De la signification de l'*Utrumque Ius* », *in Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris, Sirey, 1965, Tome 2, p. 913.

Legros (R.), « Considérations sur les motifs », *in* Perelman (Ch.) et Foriers (P.), dir., *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 7.

Lemarignier (J.-F.), « Autour des premiers capétiens (987-1108) », *in* Paravicini (W.) et Werner (K.F.), dir., *Histoire comparée de l'administration (IV^e^-XVIII^e^ siècles)*, Artemis, Munich, 1980, p. 240.

Lemennicier (B.), « L'économie de la justice : du monopole d'État à la concurrence privée ? », *Justices*, 1995, n° 1, p. 135.

Lemose (M.), « La Cour de cassation au XIX^e^ siècle », *in* Association des magistrats et anciens magistrats de la Cour de cassation, *Le Tribunal et la Cour de cassation, 1790-1990. Volume jubilaire*, Paris, Litec, 1990, p. 53.

Lenoble (J.), « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », *in* Lenoble (J.), dir., *La crise du juge*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1996, p. 139.

Léonnet (J.), « Une création de l'Assemblée constituante : la conciliation judiciaire », *in* Badinter (R.), dir., *Une autre justice, Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 267.

Leroy (J.), « Aide juridique, aide sociale et action sociale (Loi n° 91-164 du 10 juillet 1991 », *RDSS*, 1992, p. 223.

Leroy (J.), « La force du principe de motivation », *in* Journées nationales de l'association Capitant - Tome 3/Limoges - 1998, *La motivation*, Paris, LGDJ, 2000, p. 35.

Lesné-Ferret (M.), « La procédure romano-canonique : moyen et symbole de vérité et d'équité dans un procès des années 1226-1228 en Languedoc », *Recueil de mémoires et travaux publié par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit (Critères du juste et contrôle des juges)*, 1996, Fascicule XVII, p. 47.

Leveneur (L.), « La commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations », *in* Journées nationales de l'association Capitant - Tome 1/Lille - 1996, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Paris, LGDJ, 1997, p. 154.

Lindon (R.), « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1975, I, 2681.

Lissaragues, « La mise en état », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Paris, La documentation française, 1998, p. 201.

Lobin (Y.),

- « Quelques réflexions sur le décret du 13 octobre 1965 relatif à la mise en état des causes », *D.* 1966, chron. 15.

- « Nouvelles réflexions sur la procédure de la mise en état des causes après le décret du 7 décembre 1967 », *D.* 1968, chron. 39.

Lombard (M.), « La responsabilité du fait du service public de la justice », *in Gouverner, administrer, juger - Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 657.

Lorvellec (L.), « Remarques sur le provisoire en droit privé », *in Études dédiées à Alex Weill*, Paris, Dalloz / Litec, 1983, p. 385.

Lucas de Leyssac (C.), « Observations générales sur l'expertise et l'entreprise », *in* Frison-Roche (M.-A.) et Mazeaud (D.), dir., *L'expertise*, Paris, Dalloz, 1995, p. 63.

Luchaire (F.), « Les fondements constitutionnels du droit civil », *RTDCiv*, 1982, p. 245.

Lyon-Caen (G.),

- « Corporation, corporatisme, néo-corporatisme », *Dr. soc.*, 1986, p. 742.
- « Le juge et l'entreprise », *in* Cour de cassation, *Soixantième anniversaire de la chambre sociale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 2000, p. 89.

Lyonnet (S.), « Empreintes génétiques », *in* Cour de cassation / Université René Descartes-Paris V, *Le droit des preuves au défi de la modernité*, Paris, La documentation française, 2000, p. 15.

Madray (G.), Merle (R.), « La réforme de la procédure civile par le décret du 22 décembre 1958 », *JCP* 1959, I, 1475.

Magendie (J.-C.), « L'exécution immédiate des décisions de justice : l'injuste critique d'une réforme nécessaire », *D.* 2002, Point de vue, n° 31.

Magnier (V.), « La notion de justice impartiale, à la suite de l'arrêt *Oury*, Cass. ass. plén., 5 février 1999 », *JCP* 2000, I, 252.

Maingueneau (D.), « L'interprétation des textes littéraires et des textes juridiques », *in* Amselek (P.), dir., *Interprétation et droit*, Aix en Provence : PUAM, Bruxelles : Bruylant, 1995, p. 61.

Maistre du Chambon (P.) *et al.*, « Où trouver la jurisprudence ? », *D.* 2000, chron. 197.

Malaurie (Ph.),

- Note sous Civ., sect. Soc., 18 mars 1955, *D.* 1956, jur. 517.
- « Rapport français - Droits civil et rural », *in* Travaux de l'association Capitant - Tome 31, *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Paris, Economica, 1982, p. 81.
- « La pensée juridique du droit civil au XX^{e} siècle », *JCP* 2001, I, 283.
- « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », *JCP* 2002, I, 143.

Mandelkern (D.), « Le service public de la justice et ses moyens », *in* Guigou (E.) *et al.*, *Le service public de la justice*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 123.

Manin (B.),

- « Montesquieu », *in* Furet (F.) et Ozouf (M.), dir., *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, p. 792.
- « Rousseau », *in* Furet (F.) et Ozouf (M.), dir., *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, p. 872.

Marguénaud (J.-P.),

- Obs. sous CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et al.*, *RTDCiv* 2000, p. 439.
- « Le droit à "l'expertise équitable" », *D.* 2000, chron. 111.
- « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en France », *in* Union des avocats européens, *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 137.

Markesinis (B.), « Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt *Perruche* », *RTDCiv*, 2001, p. 77.

Marongiu (A.), « La place du pouvoir judiciaire dans les constitutions françaises du XVIII^{e} et du XIX^{e} siècles », *in* Journées internationales de la Société d'histoire du droit, *Études d'histoire du droit à l'époque contemporaine (XIX^{e}-XX^{e} siècles)*, Paris, PUF, 1985, p. 179.

Martens (P.),

- « Thémis et ses plumes. Réflexions sur l'écriture juridique », *in Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 345.
- « La constitutionnalisation du droit juridictionnel », *in Liber Amicorum – Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Anvers, Kluwer, 1997, p. 283.

Martin (R.),

- « Réflexion sur l'instruction du procès civil », *RTDCiv*, 1971, p. 278.
- « La saisine d'office du juge (essai sur sa signification) », *JCP* 1973, IV, 6316.
- « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP* 1974, I, 2625.
- « De la contradiction à la vérité judiciaire », *Gaz. Pal.*, 30 avril 1981, doct., p. 209.
- « Un autre procès possible ou est-il interdit de rêver ? », *RTDCiv*, 1994, p. 557.
- « L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau Code de procédure civile », *D.* 1996, chron. 20.
- « Une nouvelle perspective sur la procédure civile, après le rapport de Monsieur le Président Jean-Marie Coulon », *JCP* 1997, Act., n° 8.
- « Le juge de la mise en l'état à l'épreuve de la Convention EDH », *RGDP*, 1999, n° 3, p. 3.

Martin (X.),

- « Nature humaine et Code Napoléon », *Droits*, 1985, n° 2, p. 118.
- « Aux sources thermidoriennes du Code civil. Contribution à une histoire politique du droit privé », *Droits*, 1987, n° 6, p. 107.
- « Politique et Droit privé après Thermidor », *in* Vovelle (M.), dir., *La révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?*, Paris, PUF, 1988, Tome 1, p. 173.
- « Approche du droit révolutionnaire et du Code Napoléon : précautions de méthode », *in* Théry (I.) et Biet (C.), dir., *La famille, la loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, p. 237.

Martin-Lebigre (A.), « Juger dans la France moderne », *in* Jacob (R.), dir., *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996, p. 155.

Mathieu (B.), « Droit constitutionnel et droit civil : "de vieilles outres pour un vin nouveau" », *RTDCiv*, 1994, p. 59.

Maulin (E.), « Démocratie et représentation dans la pensée de Carré de Malberg », *Droits*, 1995, n° 22, p. 127.

Maury (J.), « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *in Le droit privé français au milieu du XX^e^ siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, Tome 1, p. 28.

Mayali (L.), « Entre idéal de justice et faiblesse humaine : le juge prévaricateur en droit savant », *in Justice et justiciables – Mélanges Henri Vidal*, Montpellier, Faculté de droit, 1994, p. 91.

Mazeaud (D.),

- « L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae* », *in* Frison-Roche (M.-A.) et Mazeaud (D.), dir., *L'expertise*, Paris, Dalloz, 1995, p. 109.
- Note sous Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, *D.* 2001, jur. 332.

Mazeaud (L.), « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTDCiv*, 1929, p. 17.

Medhi (R.), « L'aspect européen », *Justices*, 1996, n° 4, p. 51.

Mémeteau (G.),

- « La place des normes éthiques en droit médical », *RRJ*, 1988-2, p. 391.
- « Recherches irrévérencieuses sur l'autorité juridique des avis des comités d'éthique », *RRJ*, 1989-1, p. 59.
- « La guerre de sécession n'aura pas lieu, ou : la question des frontières et de l'autonomie du droit médical, ou plus simplement : introduction à un cours de droit médical », *RRJ*, 1995-3, p. 721.
- « L'action de vie dommageable », *JCP* 2001, I , 279.

Mestre (J.-L.), « La Cour de cassation et le contrôle de la constitutionnalité - Données historiques », *in* Cour de cassation / Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix en Provence : PUAM, Paris : La documentation francaise, 1994, p. 35.

Métairie (G.),

- « Figures de juges de paix parisiens », *in Hommage à Romuald Szramkiewicz*, Paris, Litec, 1998, p. 235.
- « L'électivité des magistrats judiciaires en France, entre Révolution et monarchies (1789-1814) », *in* Krynen (J.), dir., *L'Élection des juges. Étude historique française et contemporaine*, Paris, PUF, 1999, p. 21.

Methy (C.), « Le juge entre prise à partie et récusation : résistance et compromis dans l'ordonnance civile de 1667 », *Histoire de la justice*, 2000, n° 12, p. 91.

Meynial (E.), « Les recueils d'arrêts et les arrêtistes », *in* Société d'études législatives, *Le Code civil (1804-1904), Livre du centenaire*, 1e éd. 1904, rééd. Paris : Duchemin, Francfort : Sauer & Auvermann KG, 1969, Tome 1, p. 175.

Michaud (J.),

- « Justice et grands débats de société », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 633.
- « Le temps de l'éthique », *in Mélanges en l'honneur de Jean-Henri Soutoul*, Bordeaux, Les éditions hospitalières, 2000, p. 185.

Michaut (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 (R.), « Le juge chargée de suivre la procédure », *JCP* 1956, I, 1304.

Mignon (M.), « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois », *D.* 1952, chron. 45.

Miguet (J.), « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (Article 12 al. 4 du nouveau Code de procédure civile) », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 567.

Millar (R.W.), « Civil procedure reform in civil law countries », *in David Dudley Fields - Centenary essays* , New-York, NYU School of Law, 1949, p. 120.

Mock (P.), « Le droit à un procès équitable en matière civile », *RTDH*, 1995, p. 385.

Molfessis (N.),

- « La protection constitutionnelle », *Justices*, 1996, n° 4, p. 17.
- « La procédure civile et le droit constitutionnel », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Paris, La documentation française, 1998, p. 245.

- « Le droit privé, source de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in* Drago (G.), François (B.) et Molfessis (N.), dir., *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 15.

Monier (J.-C.), « Note sur les caractères de la procédure civile dans la période 1789-1804 », *in* Théry (I.) et Biet (C.), dir., *La famille, la loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, p. 305.

Monnier (F.),

- « Justice », *in* Tulard (J.), dir., *Dictionnaire Napoléon*, Paris, Fayard, 1987, p. 993.
- « Magistrature », *in* Tulard (J.), dir., *Dictionnaire Napoléon*, Paris, Fayard, 1987, p. 1110.

Montagnier (G.), « Droit communautaire et procédure civile », *Rép. proc. civ. Dalloz*, 1997.

Moore (J.-G.), Toulemon (A.), « Le législateur et le magistrat », *Gaz. Pal.*, 29 janvier 1969, p. 69.

Morand (Ch.-A.), « La contractualisation du droit dans l'État providence », *in* Chazel (F.) et Commaille (J.), dir., *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 139.

Morel (C.), « Le droit coutumier social dans l'entreprise », *Dr. soc.*, 1979, p. 277.

Morel (H.), « L'absolutisme français procède-t-il du droit romain ? », *in Mélanges en hommage à Jean Imbert*, Paris, PUF, 1989, p. 425.

Morgan de Rivery-Guillaud (A.-M.), « La saisine pour avis de la Cour de cassation (Loi n° 91-491 du 15 mai 1991 et décret n° 92-228 du 12 mars 1992) » *JCP* 1992, I, 3576.

Morvan (P.),

- « Le contrôle judiciaire des licenciements pour motif économique prononcés au cours d'une procédure collective », *Dr. soc.*, 1998, p. 442.
- « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *RRJ*, 2001-1, p. 77.

Motulsky (H.),

- « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris / III^{e} et IV^{e} congrès internationaux de droit comparé, *Études de droit contemporain*, Paris, Sirey, 1959, Tome 2, p. 355.
- « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz / Sirey, 1961, Tome 2, p. 175.
- « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, chron. 235.
- « Le droit subjectif et l'action en justice », *APD*, 1964, Tome 9, p. 215.

- « 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 civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, chron. 27.

Mouly (C.),

- « Crise des introductions au droit », *Droits*, 1986, n° 4, p. 109.
- « La motivation des arrêts d'appel », *in* Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, *La cour d'appel d'Aix en Provence. Colloque des 11 et 12 décembre 1992*, Aix en Provence, PUAM, 1994, p. 87.
- « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *PA*, 4 mai 1994, n° 53.
- « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *PA*, 18 mars 1994, n° 33.
- « Le revirement pour l'avenir », *JCP* 1994, I, 3776.
- « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », *in* Laboratoire d'épistémologie juridique de la faculté d'Aix-Marseille / Cour de cassation, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1994, p. 123.

Moury (J.), « De quelques aspects de l'évolution de la *jurisdictio* (en droit judiciaire privé) », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 299.

Mousnier (R.), « Conclusion générale », *in* Paravicini (W.) et Werner (K.F.), dir., *Histoire comparée de l'administration (IV^e^-XVIII^e^ siècles)*, Artemis, Munich, 1980, p. 615.

Moutouh (H.), « La juridiction de proximité : une tentative attendue de déconcentration judiciaire », *D.* 2002, chron. 3218.

Muchembled (R.), « Compromis et pratiques molles (1750-1789) », *in* Chauvaud (F.), dir., *Le sanglot judiciaire. La désacralisation de la justice (VIII^e^-XX^e^ siècles)*, Grâne, Créaphis, 1999.

Muir Watt (H.), « Droit international et procédure civile », *Rép. pr. civ. Dalloz*, 1995.

Munck (J. de), « Le pluralisme des modèles de justice », *in* Garapon (A.) et Salas (D.), dir., *La justice des mineurs. Évolution d'un modèle*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, 1995, p. 91.

Musset (J.), « Un célèbre jurisconsulte caennais du XIX^e^ siècle : Demolombe », *RTDCiv*, 1995, p. 85.

Napoli (P.), « "Police" : la conceptualisation d'un modèle juridico-politique sous l'Ancien Régime », *Droits*, 1994, n° 20, p. 183.

Neuville (S.), « Le traitement *planifié* du surendettement. Réflexions sur la conciliation et la médiation, l'abdication et la transaction, les matières gracieuse et contentieuse », *RTDCom*, 2001, p. 31.

Nora (P.),

- « Nation », *in* Furet (F.) et Ozouf (M.), dir., *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Paris, Flammarion, 1988, p. 801.
- « De l'histoire contemporaine au présent historique », *in* Institut d'histoire du temps présent, *Ecrire l'histoire du temps présent*, Paris, CNRS, 1993, p. 43.

Normand (J.),

- « Le juge et le fondement du litige », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 595.
- « Remarques sur l'expertise judiciaire au lendemain du nouveau Code de procédure civile », *in Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 255.
- « Le juge de l'exécution », *RTDCiv*, 1993, n° spécial *réforme des procédures civiles d'exécution.*
- « Principes directeurs du procès », *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 150 à 152, 1995.
- « Le juge unique et l'urgence », *in* Bolze (C.) et Pédrot (Ph.), dir., *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, Paris, Dalloz, 1996, p. 23.
- « Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 337.
- « Écritures, représentation et motivation. Synthèse », *in* États généraux de la profession d'avocat, *La réforme du code de procédure civile, autour du rapport Coulon*, Paris, Dalloz, 1997, p. 53.
- « Le rapprochement des procédures civiles dans l'Union européenne », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Paris, La documentation française, 1998, p. 265.
- « Un droit judiciaire privé européen », *in* Vareilles-Sommières (P. de), dir., *Le droit privé européen*, Paris, Economica, 1998, p. 124.
- « Les fonctions des référés », *in* van Compernolle (J.) et Tarzia (G.), dir., *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 73.
- « Le domaine du principe de motivation », *in* Journées nationales de l'association Capitant - Tome 3/Limoges - 1998, *La motivation*, Paris, LGDJ, 2000, p. 17.
- « Conclusions », *in* Ancel (P.) et Rivier (M.-C.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Economica, 2001, p. 139.

Olivier (J.-M.), « Les sources administratives du droit des obligations », *in* Journées nationales de l'association Capitant - Tome 1/Lille - 1996, *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Paris, LGDJ, 1997, p. 107.

Oppetit (B.),

- « Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois », *D.* 1974, chron. 107.
- « Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé », *in* 10e colloque des Instituts d'études judiciaires, *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Paris, PUF, 1976, p. 53.
- « Sur la coutume en droit privé », *Droits*, 1986, n° 3, p. 39.
- « Les principes généraux » dans la jurisprudence de cassation », *JCP* - Édition entreprise, Cahiers de droit de l'entreprise, n° 12, 1989, p. 4.
- « La résurgence du rescrit », *D.* 1991, chron. 105.
- « Droit commun et droit européen », *in L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, p. 311.
- « Portalis philosophe », *D.* 1995, chron. 331.
- « Les incertaines frontières de l'ilicite », *in* Oppetit (B.), *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 11.
- « La découverte du sens en droit », *in* Oppetit (B.), *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 129.

Orianne (P.), « Les standards et les pouvoirs du juge », *RRJ*, 1988-4, p. 1037.

Osman (F.), « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTDCiv*, 1995, p. 509.

Ost (F.),

- « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », *in* Ost (F.), Van de Kerchove (M.) et Gérard (P.), dir., *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, FUSL, 1983, p. 1.
- « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », *in* Bouretz (P.), *La force du droit - Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 241.
- « Science du droit », *in* Arnaud (A.-J.) *et al.*, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 540.

Ost (F.), Van de Kerchove (M.),

- « Le "jeu" de l'interprétation en droit. Contribution à l'étude de la clôture du langage juridique », *APD*, 1982, Tome 27, p. 395.
- « La référence à Dieu dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen », *in Qu'est-ce que Dieu ? Philosophie / Théologie. Hommage à l'abbé Daniel Coppieters de Gibson*, Bruxelles, FUSL, 1985, p. 285.
- « Interprétation », *APD*, 1990, Tome 35, p. 165.

Ourliac (P.),

- « La juridiction ecclésiastique au Moyen Âge », *MSHDI*, 1977, Fasc. 34, p. 13.
- « Un nouveau style du parlement de Paris », *in* Ourliac (P.), *Études de droit et d'histoire*, Paris, Picard, 1980, p. 20.
- « L'office du juge dans le droit canonique classique », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 627.
- « La puissance de juger : le poids de l'histoire », *Droits*, 1989, n° 9, p. 21.

Padoa-Schioppa (A.),

- « La giuria all'Assemblea costituente francese », », *in* Padoa-Schioppa (A.), dir., *The Trial Jury in England, France, Germany (1700-1900)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, p. 75.
- « Le jury d'Adrien Duport », *in* Vovelle (M.), dir., *La révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?*, Paris, PUF, 1988, Tome 2, p. 609.
- « Réflexions sur le modèle du droit canonique médiévale », *RHDFE*, 1999, p. 21.
- « Sur la conscience du juge dans le *ius commune* européen », *in* Carbasse (J.-M.) et Depambour-Tarride (L.), dir., *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, p. 95.
- « Hiérarchie et juridiction : modèles du droit canonique médiévale », *in* Padoa-Schioppa (A.), *Justice et législation - Les origines de l'État moderne en Europe*, Paris, PUF, 2000.

Paisant (G.), « La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », *RTDCom*, 1998, p. 743.

Pallez (F.), « De la mesure dans un service régalien. Peut-on et faut-il quantifier la charge de travail des magistrats ? », *Pol. man. pub.*, 2000, vol. 18, n° 4, p. 91.

Pasquino (P.), « Le concept de nation et les fondements du droit public de la Révolution : Sieyès », *in* Furet (F.), dir., *L'héritage de la révolution française*, Paris, Hachette, 1989, p. 309.

Pastoureau (M.), « Images du pouvoir et pouvoir des princes », *in* Genet (J.-Ph.), dir., *L' État moderne : genèse. Bilans et perspectives*, Paris, CNRS, 1990, p. 227.

Pauliat (H.), « L'administration de la justice dans les institutions françaises », *in* Gaboriau (S.) et Pauliat (H.), dir., *L'éthique des gens de justice. Entretiens d'Aguesseau*, Limoges, PULIM, 2001, p. 75.

Paviat (M.-L.), « La loi en 1791 », *in* Naudin-Patriat (F.), dir., *1791, La première constitution française*, Paris, Economica, 1993, p. 329.

Pécheul (A.), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RFDA*, 2001, p. 689.

Pédrot (Ph.), « Les droits fondamentaux spécifiques au procès civil », *in* Cabrillac (R.), Frison-Roche (M.-A.) et Revet (T.), *Libertés et droits fondamentaux*, 7e éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 551.

Penneau (A.), « Respect de la norme et responsabilité civile et pénale de l'homme de l'art » *PA*, 11 février 1998, n°18.

Percerou (R.), « Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté. Mythe ou possibilité réelle ? », *in Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, p. 507.

Perdriau (A.),

- « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation », *JCP* 1990, I, 3468.
- « Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de… l'équité ? », *Gaz. Pal.*, 9 nov. 1996, doct., p. 1388.
- « Des "arrêts brévissimes" de la Cour de cassation », *JCP* 1996, I, 3943.
- « Contrôle logique de la motivation », *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 790, 1998.

Perelman (Ch.), « Essai de synthèse », *in* Perelman (Ch.) et Foriers (P.), dir., *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 415.

Perreau (E.-H.), « Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé », *RTDCiv*, 1912, p. 609.

Perrot (A.), « La doctrine et l'hypothèse du déclin du droit », *in* Bernard (A.) et Poirmeur (Y.), dir., *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 181.

Perrot (R.),

- « Le principe de la publicité dans la procédure civile », *in* 6e colloque des Instituts d'études judiciaires, *Le principe de la publicité de la justice*, Paris, Librairie technique, 1969, p. 23.
- « Le rôle du juge dans la société moderne », *Gaz. Pal.*, 12 février 1977, doct., p. 95.
- « Le juge unique en droit français », *RIDC*, 1977, p. 659.
- « L'évolution du référé », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 645.
- « Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français », *in* Lenoble (J.), dir., *La crise du juge*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1996, p. 31.
- Obs. sous CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et al.*, *RTDCiv* 2000, p. 629
- « Du "provisoire" au "définitif" », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 447.

Pescatore (P.), « Aspects judiciaires de l'"acquis communautaire" », *RTDEur*, 1981, p. 617.

Petev (V.), « L'interprétation des faits et l'interprétation du droit », *in* Amselek (P.), dir., *Interprétation et droit*, Aix en Provence : PUAM, Bruxelles : Bruylant, 1995, p. 51.

Pfersmann (O.), « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, 2002, p. 279.

Picard (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, n° spécial « droits fondamentaux », p. 6.

Picod (F.), « Le droit au juge en droit communautaire », *in* Rideau (J.), dir., *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, p. 141.

Pimentel (C.-M.), « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs*, 2002, n° 102, p. 119.

Pirovano (A.), « Justice étatique, support de l'activité économique. Un exemple : la régulation de l'ordre concurrentiel », *Justices*, 1995, n° 1, p. 15.

Pluyette (G.), « La médiation judiciaire », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 463.

Poncela (P.),

- « L'archéologie du savoir juridique », *APD*, 1988, Tome 33, p. 169.
- « Adrien Duport, fondateur du droit pénal moderne », *Droits*, 1993, n° 17, p. 139.

Ponsard (A.),

- « Rapport français - Droits civil et commercial », *in* Travaux de l'association Henri Capitant - Tome 38, *La vérité et le droit*, Paris, Economica, 1987, p. 673.
- « L'office du juge et l'application du droit étranger », *Rev. crit. DIP*, 1990, p. 607.

Poullain (B.), « Table ronde », *in* Cour de cassation / Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix en Provence : PUAM, Paris : La documentation francaise, 1994, p. 282.

Poumarède (J.),

- « Les débuts de l'école française du droit historique », *in* Journes (C.), *La coutume et la loi. Études d'un conflit*, Lyon, PUL, 1986, p. 95.
- « Montesquieu, Voltaire, Beccaria », *in* Boucher (Ph.), dir., *La révolution de la justice. Des lois du roi au droit moderne*, Paris, Éd. de Monza, 1989, p. 103.
- « Les tribulations d'un principe républicain : l'élection des juges », *in* Lorgnier (J.), Martinage (R.) et Royer (J.P.), dir., *Justice et République(s)*, L'espace Juridique, Lille, 1993, p. 91.
- « Les arrêtistes toulousains », *in* Poumarède (J.) et Thomas (J.), dir., *Les parlements de province. Pouvoirs, justice et société du XV^e^ au XVII^e^ siècles*, Toulouse, Framespa, 1996, p. 369.

- « L'élection des juges en débat sous la IIIe République », *in* Krynen (J.), dir., *L'Élection des juges. Étude historique française et contemporaine*, Paris, PUF, 1999, p. 122.

Prétot (X.), « Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne de Strasbourg et les validations législatives : à constitutionnalisme, conventionnalisme et demi », *in Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 219.

Puget (H.), « Montesquieu et l'Angleterre », *in* Institut de droit comparé, *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'esprit des lois*, Paris, Sirey 1952, p. 275.

Puig (P.), « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTDCiv*, 2001, p. 749.

Putman (E.),

- « Le "syncrétisme" dans la réalisation du droit d'après Henri Motulsky », *RRJ*, 1992-4, p. 953.
- « Le juge unique en droit privé », *in* Bolze (C.) et Pédrot (Ph.), dir., *Les juges uniques. Dispersion ou réorganisation du contentieux ?*, Paris, Dalloz, 1996, p. 125.
- « L'incidence du droit communautaire en droit privé français », *RRJ*, 1997-2, p. 435.

Quenillet (M.), « Droit et intelligence artificielle : mythes, limites et réalités », *PA*, 3 juin 1994, n° 66.

Raimon (M.), « Motivation en droit de l'assignation et résolution judiciaire des conflits de lois », *PA*, 16 mai 2000, n° 97.

Ranieri (F.), « Styles judiciaires dans l'histoire européenne : modèles divergents ou traditions communes ? », *in* Jacob (R.), dir., *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, LGDJ, 1996, p. 181.

Raynaud (P.), « L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction. Les vicissitudes de l'article 16 », *in Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 715.

Raynaud (Ph.),

- « La loi et la jurisprudence des Lumières à la Révolution française », *APD*, 1985, Tome 30, p. 61.
- « Léon Duguit et le droit naturel », *RHFDSJ*, 1987, n° 4, p. 169.
- « L'équité dans la philosophie politique », *in* Lambert (T.) *et al.*, *Égalité et Équité*, Paris, Economica, 1999, p. 3.

Redor (M.-J.),

- « L'État dans la doctrine publiciste française du début du siècle », *Droits*, 1992, n° 15, p. 91.

- « "C'est la faute à Rousseau…", Les juristes contre les parlementaires sous la Troisième République », *Politix*, 1995, n° 32, p. 89.

Rémy (Ph.),

- « Éloge de l'exégèse », *RRJ*, 1982 - 2, p. 254.
- « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIX^e^ siècle », *AHFDSJ*, 1985, n° 2, p. 91.
- « "La Thémis" et le droit naturel », *RHFDSJ*, 1987, n° 4, p. 145.
- « Planiol : un civiliste à la Belle Époque », *RTDCiv*, 2002, p. 31.

Renoud-Grappin (M.), « La dimension communautaire des libertés et droits fondamentaux », *in* Cabrillac (R.), Frison-Roche (M.-A.) et Revet (T.), *Libertés et droits fondamentaux*, 7^e^ éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 57.

Renoux (T.S.),

- « Droits de la défense », *in* Duhamel (O.) et Mény (Y.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 330.
- « Le droit au juge naturel, droit fondamental », *RTDCiv*, 1993, p. 33.
- « Le droit au recours juridictionnel », *JCP* 1993, I, 3675.
- « La constitutionnalisation du droit au juge en France », *in* Rideau (J.), dir., *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, p. 109.
- « Le pari de la justice », *Pouvoirs*, 2001, n° 99, p. 87.

Renoux-Zagamé (M.F.),

- « Domat, le salut et le droit », *RHFDSJ*, 1989, n° 8, p. 68.
- « Le droit commun européen entre histoire et raisons », *Droits*, 1991, n° 14, p. 27.
- « Du juge-prêtre au roi-idole. Droit divin et constitution de l'État dans la pensée juridique française à l'aube des temps modernes » , *in* Thireau (J.-L.), dir., *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, Paris, PUF, 1997, p. 143.
- « "Royaume de la loi" : équité et rigueur du droit selon la doctrine des Parlements de la monarchie », *Histoire de la justice*, 1998, n° 11, p. 56.
- « Répondre de l'obéissance. La conscience du juge dans la doctrine judiciaire à l'aube des temps modernes », *in* Carbasse (J.-M.) et Depambour-Tarride (L.), dir., *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, p. 155.
- « De la parole de Dieu à la parole de justice : l'éloquence judiciaire selon les juges monarchiques », *Droits*, 2002, n° 36, p. 3.

Renucci (J.-F.), « Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'homme », *in* Rideau (J.), dir., *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, p. 131.

Renucci (J.-F.), Rideau (J.), « Dualité de la protecton juridictionnelle européenne des droits fondamentaux : atout ou faiblesse de la sauvegarde des droits de l'Homme ? », *Justices*, 1997, n° 6, p. 95.

Reulos (M.), « La notion de "justice" et l'activité administrative du roi en France (XV^{e}-XVII^{e} siècles) », *in* Paravicini (W.) et Werner (K.F.), dir., *Histoire comparée de l'administration (IV^{e}-XVIII^{e} siècles)*, Artemis, Munich, 1980, p. 32.

Rials (S),

- « Les standards, notions critiques du droit », *in* Perelman (C.) et Vander Elst (R.), dir., *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 39.
- « Sur les origines canoniales des techniques constitutionnelles modernes », *Pouvoirs*, 1988, n° 44, p. 141.
- « 1689-1789 : une lecture de Montesquieu », *in Mélanges en hommage à Jean Imbert*, Paris, PUF, 1989, p. 480.
- « L'office du juge », *Droits*, 1989, n° 9, 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, n° 13, p. 123.

Ribs (J.), « L'accès au droit », *in Mélanges Jacques Robert - Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 415.

Ricoeur (P.),

- « L'herméneutique et la méthode des sciences sociales », *in* Amselek (P.), dir., *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 15.
- « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », *in* Amselek (P.), dir., *Interprétation et droit*, Aix en Provence : PUAM, Bruxelles : Bruylant, 1995, p. 177.
- « Interprétation ou argumentation », *in* Ricoeur (P.), *Le Juste*, Paris, Esprit, 1995, p. 163.

Rideau (J.), « La Cour de cassation et l'article 55 de la Constitution », *in* Cour de cassation / Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix en Provence : PUAM, Paris : La documentation francaise, 1994, p. 227.

Rieg (A.), « Rapport français », *in* Travaux de l'association Henri Capitant - Tome 29, *L'interprétation par le juge des règles écrites*, Paris, Economica, 1980, p. 70.

Rigaudière (A.),

- « État, pouvoir et administration dans la *Practica aurea libellorum* de Pierre Jacobi (vers 1311) », *in* Krynen (J.) et Rigaudière (A.), dir., *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI^{e}-XV^{e} siècles)*, Talence, Presses universitaires de Bordeaux, 1992, p. 161.

- « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 5.
- « Pratique politique et droit public dans la France des XIV^e^ et XV^e^ siècles », *APD*, 1997, Tome 41, p. 83.
- « Un enjeu pour la construction de l'État : penser et écrire la loi dans la France du XIV^e^ siècle », *in* Padoa-Schioppa (A.), dir., *Justice et législation - Les origines de l'État moderne en Europe*, Paris, PUF, 2000, p. 101.

Rigaux (F.), « Le juge, ministre du sens », *in Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 79.

Rivero (J.), « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, I, p. 15.

Rivier (M.-C.), « Le procès judiciaire », *RIDE*, 1997-3, p. 263.

Rolin (F.), « Considérations inactuelles sur le projet de loi relatif à la réforme de l'accès au droit et à la justice », *D.* 2002, chron. 2890.

Rondeau-Rivier (M.-C.), « L'évidence et la notion de contestation sérieuse devant le juge des référés », *Gaz. Pal.*, 13 juil. 1991, doct., p. 355.

Rondeau-Rivier (M.-C.), Serverin (E.), « Un essai d'évaluation du changement en droit : la mesure des incidences de l'arrêt Desmares », *D.* 1985, chron. 227.

Rouhette (G.),

- « L'ordre juridique processuel. Réflexion sur le droit du procès », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz / Sirey, 1985, p. 687.
- « Une fonction consultative pour la Cour de cassation », *in Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 343.
- « Brèves remarques sur l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Justices*, 1997, n° 7, p. 63.
- « La procédure civile et la Convention européenne des droits de l'homme », *in* Cour de cassation, *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Paris, La documentation française, 1998, p. 285.
- « Le droit privé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in* Drago (G.), François (B.) et Molfessis (N.), dir., *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 39.

Rouland (N.), « Pluralisme juridique (théorie anthropologique) », *in* Arnaud (A.-J.) *et al.*, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 449.

Rousseau (D.), « Les convergences constitutionnelles en matière de droits fondamentaux », *in* Gaudin (H.), dir., *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Aix en Provence : PUAM, Paris : Economica, 2001, p. 159.

Royer (J.-P.),

- « L'Assemblée au travail », *in* Boucher (Ph.), dir., *La révolution de la justice. Des lois du roi au droit moderne*, Paris, Éd. de Monza, 1989, p. 127.
- « Les innovations des Constituants en matière de justice civile ou la "Cité idéale" », *in* Badinter (R.), dir., *Une autre justice, Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 57.
- « Et le jury civil ? », *in* Martinage (R.) et Royer (J.-P.), dir., *Les destinées du Jury criminel*, Lille, L'espace juridique, 1990, p. 77.

Rozès (S.),

- « Une entreprise en activités judiciaires », *RFAP*, 1991, n° 57, p. 5.
- « Un profil nouveau pour les juges », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 435.

Ruellan (F.), « Les modes alternatifs de résolution des conflits : pour une justice plurielle dans le respect du droit », *JCP* 1999, I, 135.

Ruiz Fabri (H.), « Égalité des armes et procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* Lambert (T.) *et al.*, *Égalité et Équité*, Paris, Economica, 1999, p. 47.

Rusquec (E. du), « Aide juridictionnelle. Aide à l'accès au droit », *J.-Cl. proc. civ.*, fasc. 122, 1997.

Sabourin (P.), « Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle », *AJDA*, 1983, p. 275.

Sainte-Rose (J.), « La réparation du préjudice de l'enfant empêché de ne pas naître handicapé. Conclusions orales prises dans l'affaire P… », *D.* 2001, n° 4, Dern. act.

Sak (H.), « Plaidoyer pour la promotion de l'ensemble des principes directeurs de l'instance au rang de principes généraux du droit », *PA*, 18 avril 2000, n° 77.

Salas (D.), « Le juge dans la cité : nouveaux rôles, nouvelle légitimité », *Justices*, 1995, n° 2, p. 181.

Saleilles (R.),

- « École historique et droit naturel », *RTDCiv*, 1902, p. 80.
- « Le Code civil et la méthode historique », *in* Société d'études législatives, *Le Code civil (1804-1904), Livre du centenaire*, Paris : Duchemin, Francfort : Sauer & Auvermann KG, 1969 (1e éd. 1904), Tome 1, p. 97.
- « Introduction », *in* Collège libre des Sciences sociales, *Les méthodes juridiques. Leçons faites au Collège libre de sciences sociales en 1910*, Paris, Giard & Brière, 1911, p. xv.
- « Préface », *in* Gény (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1919, p. xiii.

Saluden (M.), « La jurisprudence, phénomène sociologique », *APD*, 1985, Tome 30, p. 191.

Salvia (M.), Soyer (J.-C.), « Article 6 », *in* Pettiti (L.-E.), Decaux (E.) et Imbert (P.-H.), dir., *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 240.

Santucci (M.-R.), « Les ambiguïtés du contrôle de la justice sous l'Ancien Régime », *Recueil de mémoires et travaux publié par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit (Critères du juste et contrôle des juges)*, 1996, Fascicule XVII, p. 129.

Sargos (P.), « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *JCP* 2001, I, 306.

Sassier (Y.), « *Honor regis judicium diligit*. L'exaltation de la fonction judiciaire du roi », *in* Cayla (O.), Renoux-Zagamé (M.-F.), dir., *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, 2002, p. 17.

Sauvé (J.-M.), « La justice dans la théorie française du service public », *in* Guigou (E.) *et al.*, *Le service public de la justice*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 65.

Sauvel (T.), « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, p. 5.

Savatier (R.),

- « 1965-1967. Le juge dans la Cité française », *D.* 1967, chron. 195.
- « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977, chron. 43.

Schalchli (U.), « La justice à l'épreuve du productivisime. La mécanique judiciaire », *in* Mignard (J.-P.) et Vogelweith (A.), dir., *Justice pour tous*, Paris, La Découverte, 2001, p. 201.

Schauss (M.), « Systèmes experts et droit », *RIEJ*, 1987, n° 18, p. 101.

Schnapper (B.),

- « Le jury criminel », *in* Badinter (R.), dir., *Une autre justice, Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 149.
- « La diffusion en France des nouvelles conceptions pénales dans la dernière décennie de l'Ancien Régime » , *in* Schnapper (B.), *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVI^{e}-XX^{e} siècles)*, Paris, PUF, 1991, p. 187.
- « Le jury français aux XIX^{e} et XX^{e} siècles », *in* Schnapper (B.), *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVI^{e}-XX^{e} siècles)*, Paris, PUF, 1991, p. 241.
- « Le coût des procès civils au milieu du XIX^{e} siècle », *in* Schnapper (B.), *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVI^{e}-XX^{e} siècles)*, Paris, PUF, 1991, p. 421.
- « De la charité à la solidarité : l'assistance judiciaire française (1851-1972) », *in* Schnapper (B.), *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVI^{e}-XX^{e} siècles)*, Paris, PUF, 1991, p. 435.

Schrameck (O.), « Quelques observations sur le principe du contradictoire », *in L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 629.

Seiller (B.), « La reconnaissance d'un droit au droit », *in* Leduc (F.), dir., *L'accès au droit*, Tours, Publications de l'Université François Rabelais, 2002, p. 41.

Sergène (A.), « Le précédent judiciaire au Moyen Âge », *RHDFE*, 1961, p. 224 et p. 354.

Sériaux (A.),

- « Pouvoir scientifique, savoir juridique », *Droits*, 1991, n° 13, p. 61.
- « Le juge au miroir. L'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel contemporain », *in Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, Tome 1, p. 171.
- « Les enjeux éthiques de l'activité de *iurisdictio* », *in* Carbasse (J.-M.) et Depambour-Tarride (L.), dir., *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, p. 293.

Serverin (E.),

- « Coutume et jurisprudence dans les théories du droit privé reçues en France (XIX^{e} siècle et début du XX^{e} siècle) », *in* Journes (C.), *La coutume et la loi. Études d'un conflit*, Lyon, PUL, 1986, p. 137.
- « Connaissance des contentieux civils et statistique judiciaire », *D.* 1987, chron. 89.
- « La proximité comme paradigme de constitution des territoires de la justice », *in* Bellet (M.), Kirat (T.) et Largeron (C.), dir., *Approches multiformes de la proximité*, Paris, Hermès, 1998, p. 65.
- « De la statistique judiciaire civile et de ses usages », *RIDE*, 1999-2, p. 281.

Seurin (J.-L.), « Les origines historiques de la séparation des pouvoirs », *in Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p. 652.

Sève (R.), « Le discours juridique dans la première moitié du XVII^{e} siècle », *in* Méchoulan (H.), dir., *L'Etat baroque. Regards sur la pensée politique de la France du premier XVII^{e} siècle*, Paris, Vrin, 1985, p. 119.

Sicard (G.), « Administration et justice dans l'histoire des institutions françaises », *AFDT*, 1963, Tome 11, Fasc. 1, p. 73.

Sinay (H.), « La résurgence des arrêts de règlements », *D.* 1958, chron. 84.

Smit (H.), « La procédure civile comme instrument de réforme sociale », *RIDC*, 1976, p. 449.

Solakian (D.), « Copartageants ou propriétaires ? Interprétations locales de la loi du 10 juin 1793 sur le mode de partage de terrains communaux », *in* Vovelle (M.), dir., *La révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?*, Paris, PUF, 1988, Tome 2, p. 429.

Soleil (S.), « "Pour l'honneur de la compagnie et de la magistrature !" Le pouvoir disciplinaire interne aux institutions judiciaires », *Histoire de la justice*, 2000, n° 12, p. 53.

Solus (H.), « Les réformes de procédure civile. Étapes franchies et vues d'avenir », *in Le droit privé français au milieu du XX^e^ siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, Tome 1, p. 193.

Soubiran-Paillet (F.),

- « Histoire du droit et sociologie : interrogations sur un vide disciplinaire », *Genèses*, 1997, n° 29, p. 141.
- « Juristes et sociologues français d'après-guerre : une rencontre sans lendemain », *Genèses*, 2000, n° 41, p. 125.

Sourioux (J.-L.),

- « "Source du droit" en droit privé », *APD*, 1982, Tome 27, p. 33.
- « La doctrine française et le droit naturel dans la première moitié du XX^e^ siècle », *RHFDSJ*, 1989, n° 8, p. 155.

Soyer (J.-C.), « Légitimité supranationale des justices nationales », *in Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 767.

Spitz (J.-F.), « Comment lire les textes politiques du passé ? Le programme méthodologique de Quentin Skinner », *Droits*, 1989, n° 10, p. 133.

Storme (M.), « Le droit judiciaire : *e diversitate unitas ?* », *Justices*, 1997, n° 7, p. 69.

Sudre (F.),

- « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », *JCP* 1998, I, 100.
- « L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *in Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 821.
- « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP* 2001, I, 335.
- « Intervention », *in* Gaudin (H.), dir., *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect constitutionnel réciproque ?*, Aix en Provence : PUAM, Paris : Economica, 2001, p. 205.

Supiot (A.),

- « Les pouvoirs de la formation de référé », *Dr. soc.*, 1986, p. 535.
- « Actualité de Durkheim. Notes sur le néo-corporatisme en France », *Droit et Société*, 1987, n° 6, p. 177.

- « La relativité du contrat en questions. Conclusions générales », *in* Journées nationales de l'association Capitant - Tome 4/Nantes - 1999, *La relativité du contrat*, Paris, LGDJ, 2000, p. 183.
- « L'empire des lois ou les avatars d'une façon de penser », *RIEJ*, 2001, n° 46, p. 1.

Tarzia (G.), « Les pouvoirs d'office du juge civil en matière de preuve », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 469.

Tavernier (P.), « Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies », *RTDH*, 1996, p. 3.

Teitgen (F.), « L'accès au droit et à la justice est un pilier de la démocratie. Entretien avec Francis Teitgen, Batônnier de l'Ordre des avocats à la Cour de Paris », *PA*, 22 novembre 2000, p. 5.

Tellier (F.), « Le droit à l'épreuve de la société. Raymond Saleilles et l'idée du droit social », *RHFDSJ*, 1999, n° 20, p. 147.

Ten Raa (M.G.), « Les origines de la justice de paix et la République », *in* Lorgnier (J.), Martinage (R.) et Royer (J.P.), dir., *Justice et République(s)*, L'espace Juridique, Lille, 1993, p. 137.

Tendler (R.), « Le juge des référé, une "procédure ordinaire" ? », *D.* 1991, chron. 139.

Terneyre (P.), « Le droit constitutionnel au juge », *PA*, 4 décembre 1991, n° 145.

Terré (D.), « Aspects de la pensée morale au début du XXI^{e} siècle », *APD*, 2002, Tome 46, p. 365.

Terré (F.),
- « En relisant Gény », *APD*, 1961, Tome 6, p. 126.
- « La "crise de la loi" », *APD*, 1980, Tome 25, p. 17.
- « Observations finales », *in* Frison-Roche (M.-A.) et Mazeaud (D.), dir., *L'expertise*, Paris, Dalloz, 1995, p.131.
- « Crise du juge et philosophie du droit : synthèse et perspectives », *in* Lenoble (J.), dir., *La crise du juge*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1996, p. 157.
- « Sur les sources du droit en général et du droit du travail en particulier », *in* Teyssié (B.), dir., *Les sources du droit du travail*, Paris, PUF, 1998, p. 15.
- « Le prix de la vie », *JCP* 2000, Act., n° 2267.
- « Sur l'image de la justice », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 121.
- « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », *in* Cabrillac (R.), Frison-Roche (M.-A.) et Revet (T.), *Libertés et droits fondamentaux*, 7^{e} éd., Paris, Dalloz, 2001, p. 5.

Testu (F.-X.), « Présentation générale », *in* Frison-Roche (M.-A.) et Mazeaud (D.), dir., *L'expertise*, Paris, Dalloz, 1995, p. 3.

Théry (I.),

- « Savoir ou savoir-faire : l'expertise dans les procédures d'attribution de l'autorité parentale post-divorce », *ARSS*, n° 76-77, mars 1989, p. 115.
- « Droit, justice et "demande des familles". Réflexions sur un objet introuvable », *in* Meulders-Klein (M.T.), dir., *Familles & Justice*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1997, p. 13.

Thiébault (H.), « L'employeur et le juge », *Dr. soc.*, 1997, p. 133.

Thireau (J.-L.),

- « Le jurisconsulte », *Droits*, 1994, n° 20, p. 21.
- « Préceptes divins et normes juridiques dans la doctrine française du XVI^e^ siècle », *in* Thireau (J.-L.), dir., *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, Paris, PUF, 1997, p. 109.
- « Le bon juge chez les juristes français du XVI^e^ siècle », *in* Carbasse (J.-M.) et Depambour-Tarride (L.), dir., *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, PUF, 1999, p. 131.

Thomann (M.),

- « Histoire de l'idéologie juridique au XVIII^e^ siècle, ou : "le droit prisonnier des mots" », *APD*, 1974, Tome 19, p. 127.
- « Un modèle de rationalité idéologique : le « rationalisme » des Lumières », *APD*, 1978, Tome 23, p. 131.
- « Origines et sources doctrinales de la déclaration des droits », *Droits*, 1988, n° 8, p. 55.
- « Droit naturel et Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 », *in* Vovelle (M.), dir., *La révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?*, Paris, PUF, 1988, Tome 1, p. 65.

Thomasset (C.), Vanderlinden (J.), « Cantate à deux voix sur le thème "une révolution informatique en droit ?" », *RTDCiv*, 1998, p. 315.

Timsit (G.),

- « La science juridique, science du texte », *in* Bourcier (D.) et Mackay (P.), dir., *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, Paris, LGDJ, 1992, p. 457.
- « M. Le Maudit, Relire Montesquieu », *in Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 617.

Tissier (A.), « Le centenaire du Code de procédure et les projets de réforme », *RTDCiv*, 1906, p. 625.

Todescan (F.), « Domat et les sources du droit », *APD*, 1982, Tome 27, p. 55.

Touffait (A.), Conclusions sous Cass, mixte, 24 mai 1975, *D.* 1975, jur. 497.

Touffait (A.), Tunc (A.), « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice », *RTDCiv*, 1974, p. 487.

Troper (M.),

- « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, 1981, n° 16, p. 5.
- « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *Droits*, 1986, n° 3, p. 11.
- « L'interprétation de l'article 16 », *Droits*, 1988, n° 8, p. 111.
- « La notion de pouvoir judiciaire au début de la révolution française », *in Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, Tome 2, p. 829.
- « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales ESC*, nov.-déc. 1992, p. 1171.
- « La séparation des pouvoirs et le pouvoir judiciaire en 1791 », *in* Naudin-Patriat (F.), dir., *1791, La première constitution française*, Paris, Economica, 1993, p. 355.
- « "La souveraineté nationale appartient au peuple". L'article 3 de la constitution de 1958 », *in* Troper (M.) et Jaume (L.), dir., *1789 et l'invention de la constitution*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1994, p. 249.
- « La Constitution de l'an III ou la continuité : la souveraineté populaire sous la Convention », *in* Dupuy (R.) et Morabito (M.), dir., *1795, Pour une République sans Révolution*, Rennes, PUR, 1996, p. 179.
- « Une théorie réaliste de l'interprétation », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, 2000, n° 4 (nouvelle série), p. 4.
- « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », *in Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 49.
- « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, 2002, p. 335.

Truchet (D.), « La justice comme service public », *in* Guigou (E.) *et al.*, *Le service public de la justice*, Paris, Odile Jacob, 1998, p. 31.

Turpin (D.), « L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle », *AJDA*, 1983, p. 653.

Université Panthéon-Assas (Paris II), *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000.

Vaissière (F. de la), « Quelques réflexions simples sur le "juge unique" », *Gaz. Pal.*, 5 et 6 janvier 2000, doct., p. 86.

Valéry (A.), « Qu'est-ce qu'un délai raisonnable au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ? », *in* Union des avocats européens, *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 91.

Van Caenegem (R.C.), « History of European Civil Procedure », *in* Cappelletti (M.), dir., *International Encyclopaedia of Comparative Law – T. XVI : Civil Procedure*, Tübingen, JCB Mohr, 1973, p. 3.

Van Compernolle (J.),

- « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », *in Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 495.
- « Évolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective », *RTDH*, 1994, p. 429.
- « Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français », *in* Lenoble (J.), dir., *La crise du juge*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1996, p. 9.

Van Gehuchten (P.-P.), « Intérêt de l'entreprise, expertise et contrôle juridictionnel », *Droit et Société*, 1987, n° 6, p. 225.

Van Welkenhuysen (A.), « La séparation des pouvoirs, notion à contenu variable », *in* Perelman (C.) et Vander Elst (R.), dir., *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 113.

Vanderlinden (J.),

- « A propos de code et de constitution ou vers une nouvelle typologie des sources formelles du droit », *in Liber amicorum John Gilissen*, Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1983, p. 427.
- « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse », *RTDCiv*, 1995, p. 69.

Varga (C.), « La nature de l'établissement judiciaire des faits », *APD*, 1996, Tome 40, p. 397.

Vatier (B.), « La justice est-elle un service public ? », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 141.

Vedel (G.),

- « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA*, 1990, p. 25.
- « La constitution comme garantie des droits, le droit naturel », *in* Troper (M.) et Jaume (L.), dir., *1789 et l'invention de la constitution*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1994, p. 205.

Velley (S.), « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP*, 1989, p. 767.

Verpeaux (M.), « La notion révolutionnaire de juridiction », *Droits*, 1989, n° 9, p. 33.

Vidal (D.), « Le juge commissaire », *in* Frison-Roche (M.-A.), dir., *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Paris, Dalloz, 1995, p. 61.

Vienne (R.), « Le rôle du juge dans la direction du procès civil », Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris / VI[e] congrès international de droit comparé, *Études de droit contemporain*, Paris, Cujas, 1962, p. 311.

Viennois (J.P.), « L'amiable », *RGDP*, n° 4, 1999, p. 471.

Villacèque (J.), « Le tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile : la collégialité menacée par les juges uniques », *D.* 1995, chron. 317.

Villey (M.),

- « François Gény et la renaissance du droit naturel », *in Le centenaire du doyen François Gény*, Paris, Dalloz, 1963, p. 39.
- « La justice harmonique selon Bodin », *APD*, 1970, Tome 15, p. 301.

Vincent (J.),

- « La procédure civile et l'ordre public », *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz / Sirey, 1961, Tome 2, p. 304.
- « Les juges uniques dans le droit judiciaire français contemporain », *in Études offertes à Jacques Lambert*, Cujas, 1975, p. 581.

Viney (G.), « Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion », *JCP* 2001, I, 286.

Vivant (M.), « Le plan en deux parties, ou de l'arpentage considéré comme un art », *in Le droit privé français à la fin du XX[e] siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 969.

Vizioz (H.), « Jurisprudence francaise en matière de procédure civile », *RTDCiv*, 1944, p. 132.

Vlachos (G.), « Le pouvoir judiciaire dans *l'esprit des lois* », *in Mélanges en l'honneur de Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 363.

Voirin (P.), « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences », *JCP* 1959, I, 1467.

Vullierme (J.-L.), « L'autorité politique de la jurisprudence », *APD*, 1985, Tome 30, p. 95.

Wachsmann (P.),

- « Naturalisme et volontarisme dans la déclaration des droits de l'homme de 1789 », *Droits*, 1985, n° 2, p. 13.
- « Déclaration ou constitution des droits ? », *in* Troper (M.) et Jaume (L.), dir., *1789 et l'invention de la constitution*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1994, p. 44.

Waline (M.),

- « Du critère des actes juridictionnels », *RDP*, 1935, p. 565.

- « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », *in Études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, Tome 2, p. 613.

Waquet (Ph.), « Le juge et l'entreprise », *Dr. soc.*, 1996, p. 472.

Watine-Drouin (C.), « Du juge aux affaires matrimoniales au juge aux affaires familiales », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 557.

Wiederkehr (G.),

- « Éléments de philosophie du droit dans les manuels contemporains de droit civil », *APD*, 1965, Tome 10, p. 243.
- « Le principe du contradictoire. A propos du décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973 », *D.* 1974, chron. 95.
- « Droits de la défense et procédure civile », *D.* 1978, chron. 36.
- « Le système des voies de recours en droit judiciaire privé français », *RIDC*, 1989, n° spécial, vol. 11, p. 225.
- « Qu'est-ce qu'un juge ? », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 575.
- « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *RIDC*, 1998, p. 449.
- « L'évolution de la justice gracieuse », *in Mélanges offerts à Pierre Drai - Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, p. 483.

Winckler (A.), « Précédent : l'avenir du droit » , *APD*, 1985, Tome 30, p. 131.

Witz (C.), « Libres propos d'un universitaire français à l'étranger », *RTDCiv*, 1992, p. 737.

Worms (R.), « Sciences naturelles et sciences sociales », *RDP*, 1896, Tome 6, p. 66.

Wrobleski (J.),

- « L'interprétation en droit : théorie et idéologie », *APD*, 1972, Tome 17, p. 51.
- « Motivation de la décision judiciaire », *in* Perelman (Ch.) et Foriers (P.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 110.
- « Logique juridique et théorie de l'argumentation de Ch. Perelman », *in Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 175.

Wyvekens (A.),

- « Justice de proximité et proximité de la justice. Les maisons de justice et du droit », *Droit et Société*, 1996, n° 33, p. 363.
- « La justice de proximité en France : politique judiciaire de la ville et interrogations sur la fonction de justice », *in* Wyvekens (A.) et Faget (J.), dir., *La justice de proximité en Europe. Pratiques et enjeux*, Ramonville Saint-Agne, Érès, 2001, p. 17.

Zakine (I.), « L'exigence du contradictoire », *in* Université Robert Schuman de Strasbourg / Cour de cassation, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant / Nemesis, 1996, p. 69.

Zenati (F.),

- « Clore enfin le débat », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, p. 359.
- « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992, chron. 247.
- « Le citoyen plaideur », *in* Baranès (W.) et Frison-Roche (M.-A.), dir., *La justice. L'obligation impossible*, Paris, Autrement, 1995, p. 172.
- « Le procès, lieu du social », *APD*, 1995, Tome 39, p. 239.
- « La portée du développement des avis », *in* Revet (T.), dir., *L'inflation des avis en droit*, Paris, Economica, 1998, p. 101.
- « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002, chron. 22.

Table des matières

Sommaire v

Avant-propos vii

Préface ix

Introduction 3

PREMIERE PARTIE
L'INSTITUTION DU JUGE PAR LA LOI 7

Chapitre 1
La primauté de la loi sur le pouvoir justicier 8

Section 1
Le pouvoir de juger et la puissance souveraine 9

§ 1 **–** Le souverain royal, source traditionnelle de toute justice 9

A. L'incorporation royale de la justice 10

1 – Instrumentalisation et systématisation de la justice royale 10
a – Une représentation politique de la justice pour la royauté 11
b – Une conceptualisation juridique de la justice par les savants 12

2 **–** Absolutisation et dépréciation de la justice royale 14
a – La fondation de la justice royale dans la souveraineté 14
b – La dévalorisation de la justice royale dans la souveraineté 16

B. La délégation de la justice royale 17

1 – La délégation divine de la justice au roi 17
a – Le pouvoir royal de rendre la justice divine 17
b – Le pouvoir divin de rendre la justice royale 19

2 – La délégation royale de la justice aux magistrats 20
a – La revendication des justices usurpées 21
b – La subordination des justices déléguées 22

§ 2. La loi souveraine, fondement rationnel du pouvoir de juger 23

A. Germes politiques 24

1 – Les fondements philosophiques du pouvoir de juger 24
a – L'origine anthropologique du pouvoir de juger 25
b – La justification politique du droit de juger 26

2 – Les fondements révolutionnaires du pouvoir de juger 27
a – Le fondement du pouvoir de juger réside dans la nation 28
b – L'exercice du pouvoir de juger est organisé par la loi 29
B. Fruits doctrinaux 31
1 – Doctrine civiliste 31
a – Tarissement d'une réflexion philosophique 31
b – Développement d'un paradigme légaliste 33
2 – Doctrine publiciste 35
a – Fondements philosophiques de l'État légal 35
b – Clôture dogmatique de l'État de droit 36

Section 2
Le pouvoir de juger dans l'État souverain 38

§ 1. Le droit du justicier et l'articulation traditionnelle des pouvoirs 38
A. Puissance souveraine et différenciation des pouvoirs 39
1 – Distinction analytique 39
a – Le pouvoir de juger, marque distinctive de la puissance royale 39
b – Le pouvoir de juger, attribut second de la puissance souveraine 40
2 – Spécialisation organique 42
a – Les limitations royales à l'égard de la justice déléguée aux Parlements 42
b – Les réserves parlementaires à l'égard de la justice retenue par le roi 43
B. Puissances sociales et combinaison des pouvoirs 45
1 – Conceptualisation moderne du pouvoir judiciaire par Montesquieu 45
a – Typologie fondatrice 45
b – Type idéal constitutionnel 46
2 – Aménagement traditionnel de la puissance de juger selon *l'esprit des lois* 48
a – Epaisseur des institutions juridiques 48
b – Variété des constitutions légitimes 49

§ 2. L'autorité judiciaire et la séparation rationnelle des pouvoirs 50
A. Avatars révolutionnaires d'une thématique 51
1 – Division des fonctions 51
a – Supériorité du pouvoir de faire la loi sur le pouvoir de l'appliquer 51
b – Dissociation du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif 53
2 – Distribution des compétences 55
a – Aux frontières du judiciaire et du législatif 55
b – Aux frontières du judiciaire et de l'exécutif 56

B. Vulgate doctrinale d'une problématique 58
1 – Conceptualisation 58
a – Un pouvoir judiciaire incertain 58
b – Une fonction de juger séparée 60
2 – Justification 61
a – Le dogme de l'indépendance 61
b – Le mythe de la dualité 63

Chapitre 2
La centralité de la loi dans l'activité juridictionnelle 66

Section 1
L'application de la loi, objet de l'activité du juge 67

§ 1. Le juge, gardien traditionnel des lois 67
A. Étendue de la compétence des magistrats 68
1 – Contenu de la *jurisdictio* 68
a – La jurisdictio *fragmentée* 68
b – La jurisdictio *unifiée* 69
2 – Attributions des juges 70
a – La justice 70
b – La police 71
B. Profondeur de l'acte de jugement 73
1 **–** Le juge médiéval, entre la loi et la justice 73
a – Juger d'après les lois 73
b – Juger selon la justice 75
2 – Les Parlements royaux, garants de l'équité et gardiens des ordonnances 76
a – L'équité des Parlements 76
b – L'intangibilité des ordonnances 77

§ 2. Le jugement, mise en œuvre rationnelle de la loi 79
A. La table rase révolutionnaire 79
1 – Mise en forme théorique 79
a – Les antécédents philosophiques 80
b – Les débats révolutionnaires 81
2 – Mise en œuvre pratique 82
a – Le référé législatif 82
b – Le jury civil 84
B. La reconstruction doctrinale 85
1 – Conceptualisation de la juridiction 86
a – La confusion de la juridiction et de la compétence 86
b – La distinction de l'administration et de la juridiction 87

2 – Identification des fonctions judiciaires 89
a – Marginalité de la juridiction gracieuse 89
b – Centralité du syllogisme juridique 90

Section 2
Le juge en activité, sujet soumis à la loi 93

§ 1. L'encadrement traditionnel du juge en activité 93
A. Formes du jugement 94
1 – Le style des juridictions 94
a – La théorie de la pratique 94
b – La réformation de la justice 96
2 – La jurisprudence des arrêts 97
a – La force du précédent 97
b – La faiblesse des motifs 98
B. Conformité des juges 100
1 – Qualités 100
a – Qualités de cœur 100
b – Qualités de l'esprit 102
2 – Responsabilité 103
a – Le magistrat devant la justice 103
b – Le magistrat devant les justiciables 104

§ 2. L'aménagement rationnel de l'administration de la justice 105
A. La refonte institutionnelle du cadre judiciaire 106
1 – Régénération judiciaire et utopie rationaliste 106
a – Jusnaturalisme, optimisme et colonisation du judiciaire par l'arbitrage 106
b – Antijuridisme, égalitarisme et simplification de la justice pour le justiciable 109
2 – Solidification institutionnelle et résurrection de cadres traditionnels 111
a – L'organisation judiciaire 111
b – Le Code de procédure civile 113
B. L'encadrement doctrinal de l'activité judiciaire 115
1 – Le rôle du juge dans le procès 115
a – Le juge soumis à la procédure 115
b – Le juge chargé de la procédure 116
2 – Le cadre d'exercice de la justice 118
a – Les principes d'une bonne administration judiciaire 118
b – Les règles du service public de la justice 119

DEUXIEME PARTIE
LA REALISATION DU DROIT PAR LE JUGE 123

Chapitre 1
La découverte du droit par l'activité jurisprudentielle 124

Section 1
L'interprétation jurisprudentielle de la loi 125

§ 1. L'institution du discours judiciaire 125

A. La divergence des modèles juridictionnels 126

1 – La destruction de la jurisprudence des arrêts 126
a – Le débat sur l'interdiction 126
b – La question de l'uniformité 127

2 – Le pouvoir d'interpréter les lois et d'y suppléer 128
a – La philosophie de Portalis 128
b – L'article 4 du Code civil 130

B. L'émergence d'un discours judiciaire 131

1 – L'autonomie du discours judiciaire 132
a – La motivation des décisions de justice 132
b – La créativité des juges de cassation 133

2 – La visibilité du discours judiciaire 134
a – Le principe de la publication 134
b – Les supports de diffusion 135

§ 2. La conceptualisation de la jurisprudence 136

A. Les commentateurs du Code civil 136

1 – Définition dogmatique de la jurisprudence 137
a – Identification de la jurisprudence à l'interprétation judiciaire de la loi 137
b – Détermination des principes d'interprétation judiciaire de la loi 138

2 – Appréciation savante des décisions judiciaires 139
a – L'autorité juridique de la jurisprudence 139
b – Utilisation théorique des décisions 140

B. Les exégètes du discours judiciaire 142

1 – Du côté des praticiens 142
a – Apologie de la jurisprudence 142
b – Méthodologie des arrêtistes 143

2 – Du côté des théoriciens 144
a – L'examen doctrinal de la jurisprudence 145
b – La note d'arrêt 146

Section 2
L'adaptation jurisprudentielle du droit 147

§ 1. La libération de la jurisprudence 147

A. Conditions d'une libération 148

1 – Le discours judiciaire 148
a – L'activisme d'un juge 148
b – L'activité jurisprudentielle 149

2 – Le contexte intellectuel 150
a – Historicisme 151
b – Organicisme 152

B. Aspects d'une libération 153

1 – Le renouveau méthodologique de l'interprétation juridique 154
a – Une volonté de rupture 154
b – Un effort de reconstruction 155

2 – La réflexion épistémologique sur les sources du droit 156
a – L'assimilation de la jurisprudence à la coutume 156
b – L'équivalence de la loi et de la jurisprudence 157

§ 2. L'adoration de la jurisprudence 158

A. Pratique du culte jurisprudentiel 159

1 **–** L'exploitation de la jurisprudence 159
a – Publications nouvelles 159
b – Utilisation nouvelle 160

2 **–** La problématisation de la jurisprudence 161
a – La source jurisprudentielle 161
b – La règle jurisprudentielle 163

B. Critique du culte jurisprudentiel 164

1 – Critique interne 164
a – L'évaluation de la norme jurisprudentielle 165
b – La dénonciation de l'insécurité jurisprudentielle 166

2 – Critique externe 168
a – Déconstruction de la jurisprudence 168
b – Reconstruction de la jurisprudence 170

Chapitre 2
La procéduralisation du droit et le pouvoir judiciaire 172

Section 1
La judiciarisation du droit 173

§ 1. La pluralité des fonctions normatives du juge 173

A. Évolution de la mission pacificatrice du juge 174

1 – Recodification de la procédure civile 174

a – Le nouveau Code de procédure civile et la doctrine 174
b – La doctrine du nouveau Code de procédure civile 176
2 – Redéfinition de l'office du juge 177
a – Le juge et la direction de l'instance 177
b – Le juge et l'objet du litige 179
B. Diversification des attributions régulatrices du juge 181
1 – Nouvelles fonctions 181
a – Résurgence de la juridiction gracieuse 182
b – Multiplication des missions judiciaires 183
2 – Nouveaux pouvoirs 185
*a – Formes étendues de l'*imperium 186
b – Figures dégradées de la jurisdictio 187
§ 2. La résolution judiciaire du pluralisme normatif 189
A. Arbitrage judiciaire entre les normes juridiques 190
1 – Normes supra-législatives 190
a – Sources constitutionnelles 190
b – Sources internationales 192
2 – Normes para-législatives 195
a – Sources publiques 195
b – Sources privées 197
B. Médiation judiciaire de normes non juridiques 199
1 – Domaines d'inter-normativité 200
a – L'éthique 200
b – La science 202
2 – Ressorts de l'inter-normativité 203
a – Le savoir de l'expert 203
b – Le pouvoir du juge 206

Section 2
La procéduralisation du judiciaire 208

§ 1. La légitimation procédurale de la justice 208
A. Le procès équitable 209
1 – Fondations 209
a – Sources multiples 209
b – Modèle unique 212
2 – Incarnations 214
a – Le droit au juge 214
b – Les droits du justiciables 216
B. La procédure efficace 218
1 – Des principes à l'intendance 218
a – L'accessibilité de l'institution judiciaire 219

b – La rationalité de l'organisation de la justice 221
2 – De l'évaluation au management 222
a – Qualité et responsabilité du service public de la justice 223
b – Gestion et économie de l'entreprise judiciaire 224

§ 2. La procéduralisation du sens juridique 227
A. Évolution de la figure du jugement 227
1 – Le tournant linguistique 228
a – Les limites des logiques formelles 228
b – Le jeu de l'interprétation judiciaire 230
2 – Le tournant argumentatif 232
a – Pluralité des modèles de justice 232
b – Irréductibilité du cadre procédural 234
B. Valorisation de l'ordre processuel 235
1 – La sacralisation de la mécanique procédurale 236
a – Le contradictoire garanti 236
b – Le jugement justifié 238
2 – La déclinaison du paradigme procédural 240
a – Versant politique 240
b – Versant anthropologique 242

Conclusion 245

Bibliographie

Principales abréviations 248
Sources antérieures au XIXe siècle 249
Ouvrages généraux, répertoires, traités et manuels 251
Ouvrages spéciaux, monographies et thèses 257
Articles, notes et chroniques 273