



HAL
open science

Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ?

Michel Troper

► **To cite this version:**

Michel Troper. Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ?. Pouvoirs - Revue française d'études constitutionnelles et politiques, 1981, 16. halshs-03280954

HAL Id: halshs-03280954

<https://shs.hal.science/halshs-03280954v1>

Submitted on 7 Jul 2021

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.

MICHEL TROPER

Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ?

S'il est une question classique, au point d'être académique, c'est bien celle de l'étendue et de la nature du pouvoir des juges. Certes, la forme dans laquelle on en traite a changé. Au XIX^e siècle, ou au début du XX^e, la doctrine débattait de l'existence, à côté du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, d'un pouvoir judiciaire. Aujourd'hui, en termes peut-être plus clairs, on s'interroge sur le caractère politique des fonctions exercées par les juges et on énonce le problème souvent sous une forme alternative : le juge se borne-t-il à appliquer le droit ou a-t-il au contraire un rôle créateur ? Dans la première hypothèse, il serait soumis au droit ; dans la seconde, il faudrait lui reconnaître un pouvoir politique. Mais il s'agit bien de la même question (1).

Avant de tenter une contribution à ce vieux débat, il convient de préciser que l'analyse qu'on propose est exclusivement descriptive : la question de savoir si le juge doit ou non exercer un pouvoir politique a été délibérément écartée. De même, s'il était établi que le juge exerce bien un tel pouvoir, la question de savoir si cet exercice est compatible ou non avec le principe démocratique, ou encore celle

(1) La bibliographie est beaucoup trop importante pour pouvoir être citée, même partiellement. On se bornera donc à mentionner quelques travaux sur lesquels cette recherche est plus directement fondée : Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. franç. par Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962 ; *Archives de philosophie du droit*, t. XVII : *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972 ; S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1974 (vol. XVII de la Bibliothèque de Philosophie du Droit), et notre compte rendu à la *Revue internationale de Droit comparé*, 1975, n° 4, p. 955-958 ; *La motivation des décisions de justice*, études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Travaux du Centre national de Recherches de logique, Bruxelles, Emile Bruylant, 1978. On se permet de signaler deux articles, qui sont à l'origine de celui-ci : Michel Troper, Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle, *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 133-151 ; et La motivation des décisions constitutionnelles, dans *La motivation des décisions de justice*, précité.

de la manière dont il doit être exercé. Le seul problème, qui sera traité ici, est donc celui de la nature du pouvoir exercé en réalité par les juges.

A ce problème, la doctrine classique n'apporte guère de lumières. De nombreux auteurs en effet adoptent un point de vue normatif et estiment que le système juridique français, parce qu'il est fondé depuis la Révolution sur la primauté de la loi, ne saurait admettre l'existence d'un pouvoir judiciaire. De manière semblable, certains affirment que les juges ne sauraient en France exercer de pouvoir politique puisque, n'étant pas élus, ils ne représentent pas le peuple souverain. Cette attitude — présentée ici de manière certes très simplifiée, mais cependant exacte —, doit évidemment être écartée : on ne recherche pas si l'existence d'un pouvoir politique aux mains des juges est conforme à la théorie démocratique ou aux principes fondamentaux du droit français, mais seulement si cette existence peut être établie dans les faits.

De même, lorsque les juristes se sont passionnés au XIX^e siècle pour la question du nombre des pouvoirs, c'était en réalité pour justifier une attitude normative. L'enjeu du débat était en effet double : s'il y avait un pouvoir judiciaire, d'une part ce pouvoir devait être pleinement indépendant des deux autres et surtout du pouvoir exécutif ; d'autre part, il devait exercer la totalité de la fonction juridictionnelle, c'est-à-dire connaître de tous les litiges, y compris par conséquent les litiges administratifs.

Cette discussion s'est d'ailleurs apaisée, précisément parce qu'elle n'a plus guère d'enjeu. L'accord est en effet général sur le principe de l'indépendance de la magistrature, même si des différences sensibles persistent sur le contenu du principe et sur les règles qu'il implique quant à l'organisation de la magistrature. Quant au problème de l'existence d'une juridiction administrative distincte de la juridiction judiciaire, il est vite apparu qu'il dépendait non de la question du pouvoir judiciaire, mais seulement de la définition des fonctions juridictionnelle et administrative : si juger l'administration c'est administrer, alors le contentieux administratif doit échapper au pouvoir judiciaire ; si c'est d'abord juger, il doit au contraire en relever. A ce point, la question du pouvoir judiciaire, dépourvue d'implications normatives, a cessé d'intéresser les juristes.

Même lorsque la doctrine classique, abandonnant le point de vue normatif, semble attachée à décrire le droit positif, elle reste le plus souvent prisonnière de méthodes inadéquates, spécialement de l'exégèse. C'est ainsi que certains auteurs, pour tenter d'établir qu'il n'existe pas en droit français de pouvoir judiciaire, invoquent le

titre VIII de la Constitution, consacré non au pouvoir, mais à l' « autorité judiciaire ». En réalité, à supposer que le choix de cette expression soit significatif d'une intention du constituant, il resterait évidemment à démontrer que cette intention a bien été réalisée et que les compétences accordées aux juges ne leur confèrent pas un pouvoir politique.

Pour déterminer si les juges constituent véritablement un pouvoir, il convient donc d'examiner d'abord la nature de leurs compétences. Si l'on découvre alors que la mise en œuvre de ces compétences leur confère un pouvoir politique, il n'en résultera pas nécessairement qu'on doive les considérer comme formant un « pouvoir ». Précisément, on tentera de montrer que si l'activité juridictionnelle présente un caractère politique, la forme dans laquelle elle est exercée interdit qu'on puisse parler d'un véritable « pouvoir judiciaire ».

I. — LA DÉTERMINATION DE NORMES JURIDIQUES : UNE ACTIVITÉ POLITIQUE

Le problème préalable de la définition des deux termes « politique » et « activité juridictionnelle » peut être résolu assez rapidement. Pour ce qui est de l'activité juridictionnelle, on sait la difficulté d'élaborer une définition matérielle. Si l'on tente, en effet, de définir cette fonction comme celle qui consiste à résoudre les litiges, d'une part cette activité ne peut apparaître comme une troisième fonction après la « légis-latio » et la « legis-executio », car cette classification ne laisse distinguer que deux catégories, d'autre part on peut être tenté de considérer que la solution des litiges est une partie de la fonction exécutive, mais on se heurte alors à une double difficulté. D'abord la solution des litiges nécessite la mise en œuvre d'une certaine puissance de création du droit et relève donc — on y reviendra — non seulement de l'exécution mais de la législation ; et, d'un autre côté, il peut arriver que des litiges soient tranchés par des autorités exécutives non contentieuses, ou par l'organe législatif lui-même, cela dans des formes administratives ou législatives. Symétriquement, il arrive aux tribunaux de statuer en dehors de tout litige. Il faudrait alors ou bien donner des définitions matérielles de toutes les fonctions et déclarer que tous les organes participent à l'exercice de toutes les fonctions dans des formes variées, ce qui implique qu'on ne pourra tirer de ces définitions matérielles aucune conséquence juridique, ou bien renoncer à définir la fonction juridictionnelle par la solution des litiges et se tourner vers une définition

formelle. C'est le parti qu'on adoptera ici : on appellera simplement « activité juridictionnelle » celle qui est exercée par des juges, c'est-à-dire seulement celle-là à l'exclusion de l'activité accomplie par d'autres autorités de l'Etat, mais la totalité de cette activité, y compris celle qui s'exerce en dehors de tout litige. Les juges constituent donc le critère de cette définition formelle et doivent être définis à leur tour. Il suffit pour notre propos de considérer comme juges tous les individus qui sont désignés comme tels par le système juridique auquel ils appartiennent.

Enfin, que peut-on entendre ici par « politique » ? Il est à peine besoin de préciser qu'il ne s'agit que d'une définition qui doit être opératoire pour cette recherche particulière. Il suffit donc de considérer comme « politique » une activité qui, d'une part, a pour objet de déterminer par le moyen de normes générales ou individuelles (commandements) le comportement ou la situation d'autres individus que ceux qui l'exercent et dont la source est d'autre part dans ce qu'on appellerait en termes juridiques une volonté autonome, c'est-à-dire qui ne serait pas *liée* par des normes juridiques préexistantes, mais simplement déterminée par l'ensemble des valeurs partisans, morales, religieuses, etc., de son détenteur. Peut-on dire que l'activité juridictionnelle procure à ceux qui l'exercent un pouvoir de ce type ?

Il y a dans l'idéologie commune une opposition entre la politique, vue comme partisane, passionnée, sale, et la juridiction, activité sereine, neutre, impartiale, juste. Sans doute peut-on y voir un effet de contamination du terme même de « justice », qui sert à désigner à la fois l'appareil judiciaire, l'activité juridictionnelle et une valeur morale. Les juristes ont fortement contribué au succès de cette croyance par leur idéologie particulière, à savoir : la théorie du syllogisme judiciaire.

Selon cette théorie, répandue depuis le XVIII^e siècle, les jugements sont les produits de raisonnements syllogistiques, dont les lois sont les prémisses majeures et les faits particuliers les mineures. Il n'y aurait donc dans le fait de juger que la mise en œuvre d'une activité mécanique, sans aucune liberté d'appréciation pour le juge. C'est en ce sens que Montesquieu écrivait que la puissance de juger était en quelque sorte nulle.

Ainsi, selon la théorie classique, la fonction juridictionnelle ne présente aucun caractère politique, puisqu'elle ne consiste pas en création, mais seulement en application de règles préexistantes.

Cette théorie est cependant justiciable d'une triple critique. En premier lieu, elle est tout entière fondée sur une opposition radicale entre création et application du droit. Or, on peut tenir pour établi

que ces deux termes ne sont pas antinomiques, car l'édiction d'une norme n'est possible qu'en vertu d'une norme supérieure. Pour employer le langage de la théorie pure du droit, un acte peut être considéré comme ayant la signification objective d'une norme juridique, s'il trouve dans une norme supérieure le fondement de sa validité ou, en d'autres termes, si une norme supérieure lui confère cette signification. Ainsi, un jugement énonce une norme, la sentence. Il crée donc du droit, puisqu'il prescrit un comportement, par exemple à la partie qui succombe ou, dans le cas d'un jugement pénal, à l'administration pénitentiaire. Mais, en même temps, il applique une norme et souvent deux : celle qui habilite le tribunal à juger tel ou tel type de procès, celle, de fond, qui lui prescrit de trancher tel ou tel type de litige de telle ou telle manière.

Cependant, si dans l'acte de création de normes, le juge était entièrement lié par la norme qu'il applique, il n'exercerait pas de véritable pouvoir. Mais précisément — c'est la seconde critique —, il n'est que rarement lié d'une manière aussi étroite, puisque la norme supérieure lui permet le plus souvent de déterminer, à l'intérieur de certaines limites, le contenu de la sentence ; en matière pénale, par exemple, la peine sera fixée entre un maximum et un minimum.

En troisième lieu et surtout, la norme supérieure, que le juge applique, ne lui est pas donnée. C'est à lui qu'il appartient de la créer. En effet, ce qui préexiste au jugement n'est pas une norme, mais un texte, un texte législatif par exemple. La norme n'est pas ce texte, mais seulement sa signification. Avant d'énoncer un jugement, il appartient au tribunal d'interpréter le texte, c'est-à-dire d'en déterminer la signification. Tout texte étant susceptible de comporter plusieurs significations, il appartient au juge de choisir entre elles. Ce choix, couramment appelé « interprétation », consiste donc dans la détermination de la signification du texte, c'est-à-dire de la norme applicable.

Or, de nombreux auteurs l'ont démontré, l'interprétation n'est pas un acte de connaissance, mais de volonté. La détermination de la norme applicable par le juge résulte donc de la volonté du juge lui-même. Le juge doit en outre établir l'existence matérielle du fait qui lui est soumis ; par exemple, l'accusé a-t-il commis l'acte qui lui est reproché ? Là encore il s'agit d'une opération de la volonté. Cela apparaît de manière particulièrement éclatante dans tous les cas où le juge doit se prononcer sur les faits, selon son intime conviction, mais reste vrai dans les autres cas. Si l'on continue de considérer que le jugement est le produit d'un syllogisme, on doit admettre que le juge en détermine lui-même la prémisse majeure et la prémisse mineure.

Cette réfutation de la théorie, selon laquelle le jugement n'est que le résultat d'une application mécanique de la loi, est bien connue et on ne l'a rappelée que pour mémoire. Il en résulte incontestablement qu'il faut admettre que le juge dispose d'une grande liberté d'appréciation, donc d'un véritable pouvoir de décision. A cet égard, on peut noter que c'est cette théorie de l'interprétation qui a été le fondement de la sociologie du droit, puisque, en établissant que le jugement n'était pas l'application particulière de la loi, elle conduisait à rechercher, à défaut de déterminations par le texte, des déterminations sociales ou psychologiques. Si l'explication du jugement n'est pas dans la loi, il faut bien qu'elle soit dans le juge.

On ne peut cependant en rester là et il convient de préciser à quel niveau de généralité s'exerce ce pouvoir de décision.

En effet, il ne suffit pas d'établir que l'exercice d'une activité quelconque comporte une grande liberté d'appréciation et de décision pour établir par là même qu'elle est politique. Il faut que ces décisions aient pour objet le comportement d'autrui, et qu'elles présentent un certain degré de généralité.

Si l'on veut affirmer qu'il y a pouvoir judiciaire, on laisse entendre que ce pouvoir serait politique au même titre que, et dans une mesure comparable, à celui du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif. On veut dire par là que les décisions qui s'y rattachent affectent le comportement de vastes groupes ou classes d'individus : en d'autres termes, qu'elles présentent un degré élevé de généralité.

A cet égard, la décision expressément contenue dans le jugement ne répond pas, le plus souvent, à cette condition, car elle présente, telle qu'elle est exprimée dans le dispositif, un caractère particulier, voire individuel. Mais il n'y a aucune raison de limiter l'analyse au dispositif du jugement, et dans la mesure où le juge a dû, dans les motifs, déterminer également l'interprétation à donner à la loi, la décision présente un degré de généralité égal à celui de la loi.

A vrai dire, interpréter la loi c'est en réalité la refaire : des individus qui se trouvent ou se trouveront dans la même situation que les parties au litige sont ou seront désormais soumis à la loi, telle qu'elle est interprétée dans le jugement, c'est-à-dire à une règle générale qu'ils ne connaissaient pas jusqu'alors.

On peut même aller plus loin dans l'analyse. Le jugement comporte le plus souvent, dans sa motivation, une justification de l'interprétation donnée. Schématiquement, cette justification présente également la forme d'un syllogisme (appelons-le secondaire) : la majeure est un principe d'interprétation, la mineure le texte à interpréter, et la conclusion le sens donné à ce texte. On peut noter

que dans ce modèle la conclusion du syllogisme secondaire n'est autre que la majeure du syllogisme primaire. Quant à la majeure du syllogisme secondaire, il peut s'agir soit d'une simple maxime paralogique (*lex posterior derogat priori, specialia generalibus derogant, etc.*), soit d'une proposition plus générale que le texte à interpréter. Dans les deux cas, le juge en a déterminé le contenu par l'interprétation. Il a donc confectionné une règle plus générale que la loi qu'il est censé appliquer.

A ce point on devrait donc pouvoir conclure que le juge exerce librement sa volonté, qu'il produit des règles générales et que son activité présente un caractère politique au sens que l'on a donné plus haut à cette expression.

On doit cependant observer que si l'activité juridictionnelle est bien politique, ce n'est pas en raison de son objet, ni de son auteur, ni de sa forme, mais seulement en raison du pouvoir d'interprétation qu'elle implique. Or, ce pouvoir doit nécessairement être mis en œuvre à l'occasion de toute activité d'application de règles quelconques et pas seulement de l'activité des juges. Le Gouvernement, l'Administration se livrent également à l'interprétation des lois qu'ils doivent appliquer et, comme celle des juges, leur interprétation est le produit d'actes de volonté. On peut donc énoncer cette proposition apparemment paradoxale : l'activité juridictionnelle peut se rattacher à une fonction d'application du droit et c'est en cela qu'elle est politique.

Cette proposition permet du même coup d'apercevoir les limites de cette conclusion. Il est certain que l'activité des préfets présente un caractère politique, mais qu'on ne peut parler cependant d'un pouvoir préfectoral. C'est que leur activité ne s'exerce pas de manière autonome et qu'ils sont soumis à une hiérarchie. Il convient donc d'examiner si l'activité juridictionnelle, parce qu'elle présente un caractère politique, permet, elle, de parler de pouvoir judiciaire.

II. — UN RÉSEAU DE CONTRAINTES : PAS DE POUVOIR JUDICIAIRE

C'est en raison de la forme dans laquelle est exercée cette activité qu'on ne saurait parler d'un véritable « pouvoir judiciaire ». Cette forme se caractérise en premier lieu par l'existence de jugements motivés, en second lieu par la nature et le statut des autorités judiciaires.

La structure de la motivation des décisions judiciaires constitue

une première limitation au pouvoir des juges, qui peut être mise en lumière par la théorie du double syllogisme esquissée plus haut.

On a vu que la majeure du syllogisme secondaire présente un degré de généralité plus élevé que le texte à interpréter. On pourrait concevoir que les juges se bornent à affirmer leur interprétation sans la justifier. Mais, en la justifiant, c'est-à-dire en la présentant comme le produit d'une déduction opérée à partir d'un principe général considéré comme objectif, ils dissimulent leur pouvoir. Leurs décisions apparaissent alors imputables non pas à eux-mêmes et à leur volonté, mais à celle d'une autorité supérieure ou au droit objectif. Cependant, cette démarche tend à limiter en définitive le pouvoir des juges : en effet, pour que la majeure du syllogisme secondaire ait vraiment une portée juridique, il faut qu'elle serve à fonder non pas une seule prémisses majeure de syllogisme primaire, mais un grand nombre. Il faut donc faire appel à cette majeure secondaire dans les motivations de plusieurs jugements différents. On voit donc que ce qui fonde la continuité et la cohérence de la jurisprudence ce n'est pas tant la volonté de cohérence, ce n'est pas tant, en d'autres termes, la psychologie des juges, que la nécessité *logique* qui découle de la valeur objective conférée à certaines propositions contenues dans le texte des jugements.

Mais il en résulte en même temps que le juge n'est pas libre de recréer à chaque opération une nouvelle majeure secondaire, mais qu'il lui faut puiser, dans la plupart des cas, dans l'ensemble de celles qu'il a déjà créées.

Ces principes ne sont pas identifiables aux différents thèmes d'un programme ou d'une doctrine politique cohérente, car ils doivent posséder une structure telle qu'ils puissent servir de fondement ultime à des interprétations juridictionnelles. D'où une nouvelle limitation du pouvoir du juge, qui ne peut traduire en jugements ses préférences politiques.

Sa liberté dépend encore au moins de deux facteurs : le nombre de principes entre lesquels le juge peut choisir, et la structure réelle de la motivation : Si le juge se borne à un syllogisme primaire, c'est-à-dire s'il affirme purement et simplement son interprétation, sa liberté est plus grande puisqu'il n'est lié par rien, même par une logique découlant de ses propres principes. Il préserve ainsi sa liberté pour l'avenir. Mais, en même temps, il se prive de toute possibilité de limiter la liberté des autres juges, en ne fournissant pas les principes généraux qu'ils auraient dû utiliser pour élaborer leurs propres syllogismes secondaires. Au contraire, s'il émet un syllogisme secondaire, ou, le cas est fréquent dans la réalité, un syllogisme tertiaire, cette

attitude lui sert pour tenter d'influer sur d'autres juges, appartenant notamment à d'autres ordres de juridictions, donc à exercer un pouvoir à leur égard, mais, en même temps, il se limite lui-même.

La nature de l'activité juridictionnelle donne donc lieu à de véritables stratégies dont les données varient en fonction de la structure de l'appareil juridictionnel et de la position des juges au sein de cet appareil.

Il convient, d'autre part, de considérer la nature et le statut des organes qui exercent l'activité juridictionnelle. On ne peut parler de pouvoir judiciaire que s'il existe *une* autorité, individu ou collège, à qui puisse être imputé l'exercice de la fonction juridictionnelle. Deux conditions doivent donc, au minimum, être remplies :

- cette autorité doit présenter une certaine unité ;
- cette autorité doit être indépendante.

C'est naturellement à l'indépendance que s'est principalement attachée la doctrine juridique traditionnelle. Il n'y a, c'est l'évidence même, pas de pouvoir judiciaire si ceux qui exercent l'activité juridictionnelle dépendent d'individus exerçant d'autres autorités. D'où l'insistance sur l'inamovibilité des magistrats, l'existence de règles d'avancement automatique, ou d'un avancement déterminé par les juges eux-mêmes, et sur d'autres principes tout aussi connus, relatifs aux garanties matérielles d'indépendance : traitement ou salaire, avancement au sein d'un même corps de magistrats, distinction entre la position hiérarchique dans le corps et la position dans l'appareil (ou distinction du grade et de la fonction). On peut constater, sans entrer dans le détail de ces principes, que dans la plupart des pays ils ne sont pas satisfaits. On sait qu'en France, par exemple, les juges judiciaires dépendent pour leur avancement en partie du pouvoir exécutif et que leur carrière les fait passer du parquet au siège et *vice versa*, ou des juridictions ordinaires aux juridictions d'exception. On sait aussi que la fameuse inamovibilité ne concerne que les magistrats de l'ordre judiciaire et non ceux de l'ordre administratif. A cette dépendance proprement juridique, s'ajoute l'idéologie que partagent la plupart des juges dans les Etats occidentaux. C'est précisément elle qui est exprimée par la théorie juridique traditionnelle et qui leur est communiquée comme élément de leur formation professionnelle : le juge doit appliquer la loi, l'interpréter « de bonne foi » et conformément à la volonté du législateur, à l'esprit des textes, ou aux principes fondamentaux du droit. Cette idéologie conduit le juge à exercer naturellement son pouvoir avec une grande modération. Il s'efforce en outre d'interpréter réel-

lement « de bonne foi », d'étudier les travaux préparatoires, ou encore l'interprétation fournie par d'autres juridictions. L'idéologie, comme la dépendance matérielle, empêche donc les magistrats d'user de leur pouvoir « à fond », de l'utiliser au profit de leurs convictions politiques, à l'intérieur bien entendu des limites étroites qu'on a tenté de définir plus haut.

Cet effet de l'idéologie permet d'ailleurs de souligner un aspect important et souvent négligé du problème de l'indépendance : c'est celui de l'indépendance non seulement à l'égard des autres pouvoirs, mais aussi à l'égard des autres juges. C'est donc le problème de l'unité du pouvoir qui se trouve par là même posé.

On parle en effet de « pouvoir législatif » pour désigner l'organe, simple ou complexe, auteur des lois, parce que toutes les lois, toute l'activité législative, émanent de cet organe. De même, on parle de « pouvoir exécutif » parce que tous les actes relevant de la fonction exécutive sont accomplis par le Gouvernement ou par des individus soumis à son autorité, c'est-à-dire pris dans une hiérarchie. Des instructions peuvent leur être adressées concernant la manière dont ils doivent exercer leurs compétences. S'ils les méconnaissent, ils peuvent être l'objet de sanctions disciplinaires. Leur carrière dépend de leurs supérieurs, etc. Il existe donc une *unité* du pouvoir exécutif, comme du pouvoir législatif.

Il n'existe pas de la même façon une unité du « pouvoir judiciaire ». D'abord en raison du fait que, dans certains pays, il y a plusieurs ordres de juridiction, donc plusieurs hiérarchies distinctes et qui ne se rejoignent pas. D'autre part, à l'intérieur même d'un ordre de juridiction, on doit s'interroger sur la portée de la hiérarchie. Certes, les jugements des tribunaux inférieurs sont susceptibles d'être annulés par voie d'appel ou de cassation s'ils ne correspondent pas à la volonté des tribunaux supérieurs. On a fait observer à cet égard que les magistrats subalternes dépendaient de supérieurs qui pouvaient non seulement annuler leurs décisions en appel, mais qui exerçaient aussi le pouvoir de notation et qui pouvaient donc les sanctionner en les retardant dans leur avancement. Ils sont donc doublement contrôlés. On doit cependant formuler deux réserves. En premier lieu, les juges dépendent pour leur notation et l'annulation éventuelle de leurs décisions non de leurs supérieurs ultimes, la Cour de cassation par exemple, mais de leurs supérieurs immédiats. C'est donc à ceux-ci qu'ils sont incités à se conformer. De fait, les tribunaux inférieurs sont souvent plus attentifs à la jurisprudence de la cour d'appel dont ils dépendent qu'à celle de la Cour de cassation. En cas de résistance de la cour d'appel, c'est donc elle qu'ils sui-

vront. Il en résulte un émiettement du « pouvoir judiciaire ». En second lieu, il faut tenir compte d'un facteur généralement négligé : les règles de procédure qui peuvent avoir pour effet d'empêcher, par suite des délais, des coûts, des modes de preuve, etc., que les juridictions suprêmes soient saisies de certains types de litiges à propos desquels les tribunaux inférieurs conservent donc leur autonomie.

La question de l'existence d'un « pouvoir judiciaire » et de son caractère politique est donc bien plus complexe que ne le voudraient la science juridique traditionnelle et la sociologie contemporaine. L'activité juridictionnelle est politique en raison du pouvoir d'interprétation qu'elle implique, mais peu ou guère dans sa source car elle est liée, non par la loi, mais par sa nature même et par les conditions dans lesquelles elle est nécessairement exercée. Ceci n'implique pas toutefois que la « Justice » échappe à la politique, bien au contraire. C'est sans doute par un effet lointain de la vieille théorie du pouvoir souverain qu'on ne conçoit le pouvoir politique que comme la manifestation d'une volonté libre et une. La sociologie judiciaire elle-même souscrit à cette vue, qui postule qu'il faut étudier le juge comme on étudierait un législateur. La science politique devrait pourtant savoir résoudre ce problème, qui n'est que la projection d'une bien vieille métaphysique : si le pouvoir politique est un fait social soumis à un déterminisme, comment est-il encore un pouvoir ? Dans la mesure où ce pouvoir s'exprime en forme juridique, la science du droit peut contribuer à poser en termes nouveaux ce problème. Il ne faut pas opposer déterminations et autonomie. L'autonomie n'est pas ici dans l'absence de déterminations. Ce qu'il convient d'opposer par contre c'est « l'obligation » et la « détermination ». Le pouvoir politique n'est pas celui qui peut tout faire. Ce n'est pas celui qui agit sans contrainte. C'est seulement celui qui agit sans obligation. Il y a des contraintes qui pèsent sur le juge comme sur le législateur : celles qui tiennent à l'objet qu'ils cherchent à régler, celles qui sont exercées par les forces sociales ou économiques. Il y a en outre pour le juge celles qui découlent de la nature et de la forme de son activité. Mais il n'y a, pour l'un et l'autre, que peu d'obligations. Déterminer pour ce qui concerne le juge le champ du politique, c'est donc d'abord séparer l'obligation de la contrainte, c'est ensuite distinguer parmi les contraintes celles qui sont internes à la fonction, qui dérivent de la forme juridique même, et que le juriste peut seul inventorier, et celles, externes, qui relèvent de la compétence du sociologue.