

L'INVENTIVITE DU JUGE OU LA VOIE VERS LA LIBERTE

Jean-François RIFFARD,

Professeur de droit privé et de sciences criminelles,

Université Clermont Auvergne, Centre Michel de l'Hospital EA 4232, F-63000 Clermont-Ferrand, France

Pour des plombiers inventifs !

Il y a quelques années, alors qu'il vantait les mérites de l'ouverture d'esprit des étudiants nord-américains, un collègue canadien avait cru pouvoir accuser ses homologues européens continentaux de ne former que des « plombiers du droit », critiquant ainsi l'attachement des juristes et enseignants français au droit positif et à l'étude des normes. Ceux-ci, piqués au vif, répliquèrent en invoquant le fait que les études de droit devaient aussi avoir une visée utilitariste. La pratique du droit supposant une certaine maîtrise de la norme, alors, oui, les plombiers du droit sont utiles et nécessaires ! Le débat était vif et animé. Mais il vient sans doute de connaître ici même à Clermont, son issue il y a quelques semaines. En effet, à l'occasion d'un autre colloque organisé sous l'égide du CMH et consacré à l'approche trans systémique de l'enseignement du droit, notre collègue Rosalie JUKIER de l'Université McGill, trouva une formule de nature à réconcilier les deux côtés de l'Atlantique : il nous appartient de former des plombiers inventifs !

Cette référence à l'inventivité était la bienvenue. Il est certain que celle-ci doit constituer une valeur cardinale, notamment pour les praticiens du droit, avocats, juristes d'entreprise ou bien encore notaires. Ces professionnels ont en effet l'obligation d'être inventifs pour atteindre un but précis : celui de donner satisfaction à son client. Ils se doivent de faire preuve d'imagination afin d'inventer de nouveaux instruments, d'imaginer de nouveaux montages ou encore d'inventer le moyen de contourner sans la violer la règle. Et que dire de l'inventivité dont doit faire preuve l'avocat à l'heure de rédiger des conclusions dans un dossier semblant perdu d'avance. Ce plombier qu'est l'avocat au Conseil ne doit-il pas de montrer inventif lorsqu'il lui est demandé par un client important à qu'il l'on ne saurait dire non, de rédiger un mémoire ampliatif alors que la position de son client est contraire à la jurisprudence bien établie de la Cour. Leur imagination force souvent l'admiration.

Mais si cette inventivité est nécessaire et souhaitable pour ces plombiers que sont les praticiens, il n'en serait *a priori* pas de même pour cette autre catégorie de juristes que sont les juges, et notamment les juges du siège. Puisqu'ils seraient gardiens d'une orthodoxie juridique, biberonnés au positivisme le plus exacerbé dès leur formation à l'École Nationale de la Magistrature, élevés dans le culte de la règle de droit et du syllogisme Motulskien le plus strict, ils ne sauraient avoir le droit de faire preuve d'imagination. Il n'y aurait pas de place dans les Palais ni pour les poètes, ni pour l'imagination et l'inventivité.

Pourtant, un tel constat qui n'est que le reflet de notre conception classique du droit, du rôle du juge qui fait que l'on voit trop souvent dans le juge du système romano germanique une simple machine à calculer le droit, tend aujourd'hui à être remis en cause. Certes des facteurs externes peuvent expliquer cette tendance. Mais à notre sens, ce sont surtout des facteurs internes qu'il convient de prendre en compte. Aujourd'hui il soufflerait, au sein de la magistrature, un vent, ou du moins une petite bise, de liberté qui se traduirait par une aspiration à repenser le cadre de leur intervention voire à le dépasser. Cette tendance chez les juges se manifeste au niveau de l'institution tout d'abord et au niveau de la fonction ensuite.

I. L'INVENTIVITE ET L'INSTITUTION : A BAS LE PIEDESTAL !

Au niveau de l'institution, force est de constater que depuis quelques années, les juges font preuve d'inventivité afin sinon de réinventer l'institution, du moins la faire évoluer.

Cela se manifeste en premier lieu par une volonté de sortir du cadre afin de transformer le rôle du juge. À ce titre, il est ici possible de se référer aux expériences visant à faire descendre le juge de son piédestal afin qu'il s'implique dans la résolution amiable du litige. Cette tendance à promouvoir la médiation sous l'autorité du juge est sans doute inspirée peu ou prou par l'exemple du juge de *Common law*.

Comme l'a fait remarquer Martine HERZOG EVANS, force est d'ailleurs de constater que l'inventivité américaine en la matière est grande. Un premier constat s'impose. Si, en France, plus de 83 % des assignations délivrées débouchent sur une décision rendue par une juridiction, ce taux tombe à 2 % aux USA s'agissant des juridictions fédérales, et à 40 % au niveau étatique. La technique des *pre-trial conferences* a fait ses preuves.

Il n'est dès lors guère étonnant que des voix se soient élevées afin d'appeler à révolutionner la pratique judiciaire en s'inspirant de l'inventivité américaine¹. C'est ainsi que les magistrats américains ont su inventer la notion de « justice

¹ H-EVANS, « Révolutionner la pratique judiciaire. S'inspirer de l'inventivité américaine », Recueil Dalloz, 2011, n°. 44 : 3016-3022.

thérapeutique », fondée sur l'appréciation des effets thérapeutiques ou anti thérapeutiques des procédures et des actes des acteurs de la justice, juges ou avocat. Selon cette conception, le juge doit quitter sa fonction « tranchante » pour se transformer en vecteur de traitement et d'apaisement (*healing*). Elle vise à fusionner plusieurs idées telles que le droit collaboratif, la résolution créative de problème, la justice holistique, le droit préventif et la justice restaurative... Autant d'invention plus ou moins fumeuse, chacun se fera juge, très en vogue en matière pénale, mais aussi en matière civile, notamment en droit de la famille.

Cette approche inventive n'est d'ailleurs pas propre aux USA, et des manifestations de ces « juridictions thérapeutiques » peuvent être trouvées en France. Parmi les partisans de cette approche, on trouve surtout, et cela n'étonnera guère, les juges aux affaires familiales ou les juges d'application des peines, dont les motivations sont souvent empreintes d'humanité.

On le voit à travers cette inventivité, il s'agit pour le juge de lutter contre la massification industrialisée de la justice, et démontrer qu'il est possible de rendre une autre forme de justice, plus artisanale, plus proche et plus humaine.

Cette dimension humaine conduit, en second lieu, à constater que l'inventivité du juge peut être aussi motivée par une volonté de sortir du cadre pour se rapprocher du justiciable. Il existerait chez certains, une volonté de descendre de son piédestal afin de se rendre plus humain, de parler la même langue, de quitter la robe et abandonner les oripeaux de la justice afin de se mettre au niveau du justiciable.

Ce passage de la justice rituelle, pour reprendre une expression chère à A. GARAPON², à une justice informelle se traduit par l'apparition de nouveaux lieux, imaginés par les juges. On connaissait la justice de cabinet, pratiquée par les juges dans leur cabinet en s'affranchissant ou du moins en assouplissant les règles de procédure, on connaît aujourd'hui les maisons de justice, dans lesquelles le juge est certes présent, mais de manière moins formelle, presque de manière évanescence.

Cette tendance est à notre sens, plus contestable. Vouloir se mettre au même niveau que le justiciable, au sens propre comme au figuré, est une fausse bonne idée. Il y a peu de chance que la Justice sorte grandie d'une telle démarche. La distance n'empêche pas le respect bien au contraire. Le *decorum*, l'hermine, le rituel, le langage que certains fustigent, participent à la sacralisation de la justice et donc à son respect par le justiciable, qui quoi qu'on en dise y est somme toute attaché. La seule chose est que cette distance ne doit pas avoir pour but ou pour effet d'exclure le justiciable. Mais ceci est, à l'évidence, un autre problème.

II. L'INVENTIVITE ET LA FONCTION : KOJAC A LA PISCINE !

Parfois, c'est dans l'exercice de sa fonction que le juge va faire preuve d'inventivité, et ce dans le souci louable, de s'échapper du carcan d'une application trop stricte de la norme. Afin d'illustrer le propos, imaginons le cas d'un homme atteint d'atrésie congénitale se rendant à la piscine, dont le règlement intérieur fait obligation de porter un bonnet de bain. A la lecture de ce règlement, notre nageur comprend que ce port est exigé non seulement pour des raisons d'hygiène, mais aussi pour des raisons pratiques, les cheveux obstruant les filtres de la piscine. Estimant n'être pas concerné, il plonge avec délice dans le grand bassin. Interpellé par les maîtres-nageurs, il se défend. La situation s'envenime. Il est alors conduit devant un juge qui est amené à apprécier s'il y a eu violation de la règle et donc sanction. Pour se défendre, le nageur invoque l'absence de bien fondé de la règle à son égard compte tenu de sa pathologie. Il souligne aussi le caractère inutile de la règle dans le cas des nageurs atteints d'une hypertrichose congénitale autrement appelée syndrome du yeti ! Il est bien certain que dans ce dernier cas, le simple port du bonnet risque de s'avérer peu efficace ! Il ne serait donc pas raisonnable de lui appliquer une règle qui de toute manière ne l'est pas !

Dans l'approche positiviste classique, il n'est point de question à se poser, et l'argumentation du nageur sera rejetée. La règle est claire. Le juge n'a pas en discuter la légitimité. Tout au plus pourra-t-il moduler la sanction au nom de la personnalisation des peines...

Mais ce schéma classique est-il encore d'actualité ? Certains indices peuvent laisser croire à une certaine évolution. Il est en effet possible, selon nous, de déceler les premiers signes d'une tentation contemporaine, pour certains juges, de sortir du cadre strict du raisonnement, et recouvrer ainsi une certaine liberté.

Une volonté de s'inventer de nouveaux instruments – de nouveaux pouvoirs ? – leur permettant de s'affranchir de ce cadre, à l'instar de leurs homologues de *Common law*, envers lesquels ils nourriront une certaine jalousie.

C'est à cette liberté que semblent de plus aspirer les magistrats à la Cour de cassation, particulièrement désireux de s'affranchir du cadre du syllogisme dans lequel ils se sentent enfermés. L'engouement actuel du contrôle de proportionnalité une manifestation de cette volonté. Chacun aura en tête le célèbre arrêt rendu par la Cour de cassation le 4 décembre

² A. GARAPON, Bien juger : Essai sur le rituel judiciaire, Editions Odile Jacob (2001).

2013³ par lequel la 1^{ère} chambre civile a refusé l'annulation d'un mariage pourtant célébré entre alliés, et ce pour un motif de pur fait relevé d'office par la Cour. Pour la Cour il n'y avait pas lieu d'appliquer la règle prescrite par l'article 161 du *Code civil*, dont les conditions étaient pourtant parfaitement réunies, dès lors que le mariage avait duré pendant plus de 20 ans sans que cela ne dérange personne...

Certains ont vu – à tort ou à raison – à travers cette jurisprudence, une révolution technique, la Cour s'arrogeant le droit de contrôler ce qui était préalablement du ressort de l'appréciation souveraine des juges du fond en appliquant dans ce type de raisonnement une méthodologie de la Cour EDH, que d'aucuns pourraient qualifier de « contrôle de proportionnalité à la manière de ». D'autres ont considéré que cette jurisprudence marquait la volonté de la Cour de se réinventer pour mieux respecter les exigences européennes⁴.

Mais au-delà de ces considérations techniques, il est permis de se demander s'il n'est pas possible d'aller au-delà et d'apprécier cette évolution à travers un autre prisme.

Ce qui est frappant avec cette jurisprudence, c'est la parenté qu'elle présente avec l'approche développée par le Professeur K. LLEWELLYN, enseignant à Columbia dans les années 50. Tenant des réalistes Américains et héritier de la *sociological jurisprudence*, pour qui le juge ne doit pas avoir un rôle passif, se cantonnant à l'application de la règle, mais doit pouvoir procéder à des choix politique et éthique. Il doit être un véritable homme politique au sens large du terme. LLEWELLYN a inventé une nouvelle approche de la méthode juridique, offrant de grandes perspectives aux juges. Dans son ouvrage « *The common law traditions* »⁵, consacré à l'art de juger, l'auteur a développé sa thèse du Grand Style. Ce qui est amusant, c'est que le point de départ de LLEWELLYN est l'inverse du nôtre. Il part du principe que les cours (notamment les cours d'appel fédéral) se sont éloigné d'un système rationnel et donc prévisible et sur d'élaboration de la décision, pour se fonder uniquement sur leur sentiment, en recherchant simplement une justification *ex post facto* de leur décision. Selon lui les cours ont et doivent évoluer entre deux types de styles le style formel et le Grand Style.

Le style formel correspondrait peu ou prou à notre conception. La règle doit s'appliquer et doit être appliquée par le juge, les considérations politiques relevant du pouvoir législatif. Le juge serait invité à laisser de côté toute considération sociale, sociétale, politique, voire morale. Le raisonnement du juge serait fondé nécessairement sur une approche formelle, logique, car déductive, s'appuyant sur le sens littéral de la règle.

À l'inverse, le Grand style serait basé sur le recours à la raison. En d'autres termes, là où la raison s'arrête, l'application de la règle doit s'arrêter. Comme le note un auteur⁶, le droit que produit le Grand Style incorpore les raisons des règles elles-mêmes, et le sens commun de la cour. Ce recours à la raison doit permettre au juge de s'affranchir du respect servile de la règle du précédent et à s'intéresser à la justification de celle-ci. Le juge n'est pas l'esclave de la règle ou de la Constitution, mais un orfèvre qui va ciseler une décision en prenant en compte la spécificité d'une situation. La légitimité de la règle, et donc les considérations politiques sous-jacentes, doit donc être analysée à l'aune de cette situation. Et cette analyse doit conduire à vérifier que la raison conduit à l'application de la règle au cas d'espèce. Il se doit d'être inventif pour trouver une solution juste à la situation qui lui est donnée (notion de « *situation sense* » qui conduit le juge à avoir une réelle compréhension des faits (*true understanding*) et une exacte évaluation (*right evaluation*) d'eux. Et c'est à l'aune de cette situation spécifique que l'on va apprécier le caractère raisonnable ou non de l'application de la règle. Le critère ici serait la raison. À cet égard, il est intéressant de relever qu'un auteur récent Richard WASSESTROM⁷ propose une autre lecture à deux étages. La règle qui justifie la décision doit-elle être justifiée par son utilité. Ainsi, appliquée à notre cas, cette théorie conduirait tout d'abord de déterminer s'il est raisonnable ou utile d'imposer le bonnet de bain à Kojak ? De même s'agissant du mariage incestueux, le test serait de déterminer s'il est raisonnable ou utile d'imposer le respect de l'article 161 à ce couple uni et heureux depuis plus de 20 ans ?

Grand style raison et proportionnalité, ne traduiraient-ils pas une même volonté ? Ne seraient-ils pas les deux facettes d'une même pièce ?

Autoriser le juge à faire état de la raison, plus qu'à la proportionnalité ? Pourquoi pas ! C'est dans l'air du temps de puis que la personne raisonnable est devenue le standard et qu'elle a remplacé notre bon père de famille.

Mais il faut être très prudent. Il ne nous semble pas que l'on ait mesuré toutes les conséquences d'une telle approche. Parce qu'en tout état de cause, le recours à la raison ou au contrôle de proportionnalité va conduire à repenser le rôle et la place du juge. Notre modèle, et notamment celui de la Cour de cassation deviendrait obsolète. C'est évidemment ce que le Premier

³ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013 n° 1389 du (12-26.066) *Jurisdata* 2013-027409, RJ BINET, Droit de la famille, janv. 2014 p. 11 s, D 2014 ; 179 note F. CHENEDE ; JCP G 2014 I 139 note M. LAMARCHE ; RTD civ. 2014 307 obs. JP MARGUENAUD et 88 obs. J. HAUSER.

⁴ C. FATTACCINI, L'intensité du contrôle de cassation (Le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation) ; le point de vue d'un avocat aux Conseils, D. 2015 p. 1734.

⁵ Karl N. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition-Deciding Appeals*, Boston: Little, Brown and Company, 1960.

⁶ Pierre BRUNET. Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots. *Droit et Société*, Ed. juridiques associées/L.G.D.J., 2015, pp. 545 – 561.

⁷ Richard WASSERSTROM, *The Judicial decision* (1961) ; DWORKIN, Ronald M., "Does Law Have a Function ? A Comment on the Two-Level Theory Decision" (1965). Faculty Scholarship Series. Paper 3614.

Président de la Cour de cassation, Bertrand LOUVEL aurait en tête⁸ : transformer la Cour de cassation en une véritable Cour suprême, au même titre que le Conseil d'État (avant son absorption ?) ou le Conseil constitutionnel. Mais est-ce raisonnable ? La place, le rôle et la fonction du juge et son rôle sont le reflet du système juridique dans lequel il évolue. Une telle modification ne pourra se faire sans une réflexion d'ensemble, conduisant à repenser l'ensemble de la fonction judiciaire. De plus, il est à craindre que cette belle entreprise ne se heurte au principe de réalité. Qui dit Cour suprême dit nombre restreint de décisions et donc de juges. Mais alors, *quid* des quelques 120 conseillers et 70 conseillers référendaires qui siègent actuellement à la Cour de cassation ? Les magistrats sont-ils prêts à voir disparaître la perspective d'accéder à ces postes prestigieux qui, pour beaucoup, constituent le Graal d'une carrière méritante et bien remplie ?

Quoi qu'il en soit, ce mouvement qu'il se manifeste à travers les conceptions des réalistes ou à travers le contrôle de proportionnalité démontre la nécessité de faire aussi du juge un plombier inventif. Dans quelle limite ? La question reste posée. À nous d'inventer la réponse.

⁸ B. LOUVEL, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP ed. G* 2015, entretien, 1122.