

UNIVERSITÉ DE NANTES
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES
ÉCOLE DOCTORALE : DROIT ET SCIENCES SOCIALES

THÈSE

Pour obtenir le grade de :
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE NANTES
Discipline : Droit privé

présentée et soutenue publiquement par

Renaud COLSON

le 22 mars 2003

LA FONCTION DE JUGER

Étude historique et positive

Directeur de thèse :

Monsieur Loïc CADIET

Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon Sorbonne)

Jury

Monsieur Jacques CAILLOSSE

Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon Assas)

Monsieur Yvon DESDEVISES

Professeur à l'Université de Nantes

Madame Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, rapporteur

Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon Sorbonne)

Monsieur Jacques KRYNEN, rapporteur

Professeur à l'Université de Toulouse I

Monsieur Alain SUPIOT

Professeur à l'Université de Nantes

La fonction de juger

Étude historique et positive

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 révèle 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. 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*. 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 dogmatiques mettant l'accent sur la réalisation du droit par le juge.

The judicial function

An historical study of legal discourses

From the established truths of medieval legal philosophy to the intellectual frameworks developed by contemporary scholars, the judicial function has been theorized in many ways. Historical analysis of discursive shifts and transformations reveals a distinction between, on the one hand, a stress on the subjection of the judge to the rule of law and, on the other, the role of the judge in the realisation of the rule of law. These ideological images emerge as medieval scholars, drawing on Roman and Canon law sources, construct a theoretical apparatus to describe and justify the judicial power of royalty. Based on respect for institutional hierarchy and obedience to the legal text, this conceptual framework is reiterated and refined by lawyers from the Ancien Régime to modern times. Such principles are expressed in theories as to the authority of the judiciary and appropriate forms for the organisation and exercise of its power : in relation to each of the issues, over more than eight centuries legal discourse emphasizes the theme of the necessary compliance of the judge to the rule of law. Still influential, this conception of legal justice is blurred by the appearance during the 20th century of another discursive construction of the judicial role which celebrates the rule-making power of the judiciary, its new administrative functions and the increasing part played by legal proceedings in social regulation. Combined with the loss of prestige of statute law and legal globalisation, these conceptual transformations indicate a shift in theoretical discourses which increasingly stresses the central function of judges in the implementation of the rule of law.

LA FONCTION DE JUGER

Étude historique et positive

(résumé de thèse)

La montée en puissance de la justice dans la société contemporaine n'est plus à démontrer. Depuis plusieurs années déjà, le constat s'impose aux observateurs qui prennent acte de ce phénomène polymorphe et en recensent les différents aspects. Explosion des contentieux, extension des compétences et accroissement des pouvoirs constituent les signes les plus évidents de cette crise de croissance de l'institution judiciaire.

Le mouvement inquiète ou rassure¹ ; il stimule en tout cas la réflexion doctrinale et suscite une intense production éditoriale. Pourtant, en dépit de la qualité des travaux produits, le sujet résiste à la synthèse². Les cadres conceptuels à partir desquels l'administration de la justice était jusqu'à présent pensée sont en pièces, mais le tableau de ses multiples transformations reste à peindre pour répondre à la question, aujourd'hui remise sur le métier, de la définition du juge³.

Certains points sont acquis néanmoins. Ainsi, la figure philosophique du tiers impartial et désintéressé⁴, qui en une formule dit l'essence du judiciaire, est abondamment citée par les juristes. Ceux-ci s'accordent pour voir dans la fonction de juger 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 du libellé ne doit cependant pas dissimuler l'embarras doctrinal à 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 mondialisé⁶. Le discours dogmatique atteste 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 juge⁷.

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.

Confronté à la complexité du présent et à l'opacité du futur, le juriste désireux de penser la justice n'est pas complètement démuné. D'une part, il hérite d'une mémoire, la tradition juridique, somme de représentations agrégées autorisant l'intelligence du droit⁸. 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 institutions⁹. 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.

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'ancienneté¹⁰, l'*officium judicis* s'enracine dans une culture millénaire qui s'étire de l'histoire ancienne au "présent historique"¹¹. 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 l'entreprise, il réside dans la description diachronique des formes dogmatiques revêtues par la figure du juge dans la tradition juridique française.

A la jonction de l'histoire de la justice¹² et de la science du droit¹³, cette recherche s'inscrit dans une démarche herméneutique enveloppant, en un seul geste, compréhension et explication des représentations savantes du judiciaire¹⁴. Le *corpus* dogmatique, 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"¹⁵, expliquer le devenir historique de l'office du juge pour en comprendre le sens contemporain.

On pourra lire ce travail comme un essai sur les formes successives de "la Référence souveraine, qui garantit la pertinence des énoncés juridiques"¹⁶, comme une tentative de dévoilement de quelques mythes fondateurs de l'ordre juridique français¹⁷ ou, plus prosaïquement, comme une histoire des usages conceptuels dans le champ dogmatique¹⁸. 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"¹⁹.

Cette approche suppose le repérage, au sein du *corpus* doctrinal 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"²⁰ qui gouverne l'articulation, synchronique et diachronique, de ces

⁸ Sur la notion de tradition juridique, v. Atias (C.), "Présence de la tradition juridique", *RRJ*, 1997, p. 387.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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 Éditions, 1993, p. 44.

¹² 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 Éditions, CD-ROM, 1996.

¹³ 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, V° Science du droit, p. 540.

¹⁴ 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.

¹⁵ *Ibid.*, p. 25.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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*, 38, mars 2000, 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*, n° 10, 1989, p. 133.

¹⁹ Foucault (M.), *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1996, p. 183

²⁰ Foucault (M.), "Sur l'archéologie des sciences. Réponse au Cercle d'épistémologie", *Dits et écrits I, 1954-1975*, Paris, Gallimard, 2001, p. 744.

images savantes de la justice. Elle s'incarne enfin dans le cadre normé d'un plan biparti qui, par ses vertus pédagogiques²¹, est une scène propice à la représentation de ces montages dogmatiques.

Tissée d'une seule pièce, la matière doctrinale résiste aux découpages thématique et chronologique tant s'y entremêlent les notions et les théories. 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 discours 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).

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 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*.

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 dogmatiques mettant l'accent sur *la réalisation du droit par le juge*.

Nantes, février 2003

Renaud Colson

²¹ 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.

SOMMAIRE

Introduction

PARTIE 1 : L'INSTITUTION DU JUGE PAR LA LOI

Chapitre 1 – La primauté de la loi sur le pouvoir judiciaire

Section 1 - Le pouvoir de juger et la puissance souveraine

§ 1 – Le souverain royal, source traditionnelle de toute justice

§ 2 – La loi souveraine, fondement rationnel du pouvoir de juger

Section 2 - Le pouvoir de juger dans l'État souverain

§ 1 – Le droit du judiciaire et l'articulation traditionnelle des pouvoirs

§ 2 – L'autorité judiciaire et la séparation rationnelle des pouvoirs

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

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

§ 1 – Le juge, gardien traditionnel des lois

§ 2 – Le jugement, mise en œuvre rationnelle de la loi

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

§ 1 – L'encadrement traditionnel du juge en activité

§ 2 – L'aménagement rationnel de l'administration de la justice

PARTIE 2 : LA REALISATION DU DROIT PAR LE JUGE

Chapitre 1 – La découverte du droit par l'activité jurisprudentielle

Section 1 - L'interprétation jurisprudentielle de la loi

§ 1 – L'institution du discours judiciaire

§ 2 – La conceptualisation de la jurisprudence

Section 2 - L'adaptation jurisprudentielle du droit

§ 1 - La libération de la jurisprudence

§ 2 – L'adoration de la jurisprudence

Chapitre 2 – La procéduralisation du droit et le pouvoir judiciaire

Section 1 - La judiciarisation du droit

§ 1 – La pluralité des fonctions normatives du juge

§ 2 – La résolution judiciaire du pluralisme normatif

Section 2 - La procéduralisation du judiciaire

§ 1 – La légitimation procédurale de la justice

§ 2 – La procéduralisation du sens juridique

Conclusion