



MOINS DE RÈGLES ET PLUS DE PRINCIPES ? LE NOUVEAU RÔLE DU JUGE

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT & COMMERCE
GRANDCHAMBRE DE LA COUR DE CASSATION – 23 JANVIER 2017

PAR LAURENT AYNÈS*

Y-a-t-il, dans la société des hommes, réalité plus banale et plus universelle que le litige ? Or, le litige paralyse l'action, mobilise des moyens en pure perte, crée une incertitude... L'intérêt social est de le résoudre au plus vite.

Il existe trois modes de résolution :

- la violence, la loi du plus fort, qui relève de la sauvagerie et conduit à la mort.
- l'accord, à l'issue de la mise en œuvre d'un mode alternatif de règlement des litiges ; qui a le vent en poupe aujourd'hui, en France et dans le monde.
- la décision du juge ou de l'arbitre qui, disant le droit ou l'équité, rend une décision. Cette *jurisdictio* consiste, pour le juge comme pour l'arbitre, à décider conformément aux « règles de droit », *lato sensu*.

Mais comment caractériser la règle de droit qui s'impose au juge comme à l'arbitre (art. 12, 1478, 1511 CPC) ? Trois traits sont souvent soulignés.

- D'abord, elle est extérieure au juge ; sinon, elle est arbitraire et imprévisible. Montesquieu l'écrit : « *Mais si les tribunaux ne doivent point être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la*

société, sans avoir précisément les engagements que l'on y contracte »¹.

- Elle se présente, ensuite, comme une règle de conduite générale et abstraite dotée d'une force contraignante, ce qui implique une certaine précision.
- Elle est enfin le résultat d'un acte de volonté, exprès et le plus souvent écrit, émanant d'une autorité politique – la loi ou le règlement (laissons de côté les règles coutumières dont la force obligatoire a pour origine un fondement mystérieux).

Nos codes sont emplis de règles juridiques ; la codification même est destinée à renforcer la règle juridique. Elles peuvent avoir un domaine général – par exemple, les personnes, les biens, ou les contrats – ou particulier – par exemple, les sociétés ou les entreprises en difficulté, ou le nantissement des créances...

Naturellement, toutes les règles de droit ne sont pas dotées de la même force politique. Certaines ne sont que l'énoncé du bon sens ou des exigences d'une honnêteté de bon aloi. D'autres, au contraire, sont l'expression d'une conception proprement politique des rapports sociaux : on songe aux règles de la prescription extinctive, aux règles de la preuve écrite en matière d'acte juridique, ou encore à celles qui gouvernent les vices du consentement ou la détermination du prix...

* Laurent Aynès est professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1), avocat associé.

1 - Montesquieu, L'esprit des lois, « *De la constitution d'Angleterre* » (Livre XI).

Et je veux me borner ici à parler de la règle de droit, et non de la réglementation, abondante et minutieuse, qui se préoccupe seulement du fonctionnement technique d'une institution.

Dans son activité juridictionnelle, le juge se borne à développer le fameux syllogisme qui atteste de la prééminence de la règle de droit et fait du jugement une réalisation concrète de celle-ci. De là aussi le rôle traditionnel du tribunal, puis de la Cour de cassation : vérifier que le juge applique la règle de droit et sanctionner la violation de celle-ci par le jugement. Comme l'a rappelé récemment Frédéric Zenati, la Cour de cassation n'est pas, à l'origine du moins, une juridiction, elle ne tranche pas les litiges, mais une institution au service du pouvoir législatif, chargée de contrôler et d'unifier l'application par les juges de la règle de droit². Dans la pensée révolutionnaire, la règle de droit manifeste l'autorité de la loi ; souvenons-nous de la constitution de 1791, dont le titre III déclare solennellement : « *Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle...* ».

À la différence de la règle de droit, le principe ne procède pas d'un acte de volonté d'une autorité politique. Comme le dit joliment Carbonnier des principes généraux du droit, la doctrine et la jurisprudence n'ont pas créé ces principes, « *elles les ont trouvés en suspension dans l'esprit de notre droit, tel que semblaient le leur révéler certains textes fragmentaires* »³. Carbonnier ménage encore la primauté des textes, il ne voit dans les principes qu'un énoncé synthétique, permettant, à partir des règles elles-mêmes, de combler les lacunes du droit écrit, une espèce d'analogie savante en marge du droit écrit mais procédant de celui-ci, car il n'appartient pas à la loi d'énoncer des principes. On se souvient d'ailleurs qu'avec beaucoup de bon sens, Portalis pensait que les codes n'ont pas à comporter l'énoncé de principes ; il établissait une distinction entre les lois, qui sont des volontés et doivent seules peupler les codes, et tout ce qui est définition, enseignement, doctrine qui relève de la science.

Mais la réalité du droit français est devenue bien différente : la multiplication et l'essor des principes sous la plume du juge à partir des années 1950, en droit public comme en droit

privé, ne procède plus de textes fragmentaires ou d'une synthèse savante, mais d'une pure et simple affirmation judiciaire. Bien plus, cette expansion s'opère « *de manière belliqueuse et subversive* » comme l'a montré Patrick Morvan ; contre les textes, contre les règles écrites⁴. Ainsi, passant en revue des centaines d'arrêts de la Cour de cassation, M. Morvan a dénombré 129 variétés différentes de principes dans les visas des arrêts, entre 1948 et 2016. Bien entendu, ce phénomène avait commencé bien avant 1948, dès le XIXe siècle : ainsi de « *fraus omnia corrumpit* » ; de l'imprescriptibilité de l'exception de nullité ou du principe de la responsabilité du fait des choses. Mais l'augmentation du phénomène à l'époque contemporaine est significative.

Certes, tous ces principes n'ont pas le même domaine. Certains intéressent la théorie générale du droit : « *contra non valentem agere non currit praescriptio* », la renonciation à un droit ne se présume pas, les principes régissant l'apparence des actes juridiques, nul ne peut se constituer un titre à soi-même ; le principe de liberté contractuelle...

D'autres, très nombreux, intéressent le droit civil. Ainsi des principes qui régissent l'enrichissement sans cause ; du principe d'égalité du partage ; du principe selon lequel nul ne peut causer à autrui un dommage excédant les inconvénients normaux du voisinage ; nul ne peut s'enrichir injustement au détriment d'autrui ; le principe régissant les obligations *in solidum* ; le principe de réparation intégrale du préjudice ; le principe selon lequel le patrimoine est indissociablement lié à la personne, l'indisponibilité de l'état des personnes...

Ces principes sont également nombreux en droit processuel ; citons le principe de l'autorité absolue de la chose jugée au criminel, le principe de l'effet déclaratif des jugements, le principe selon lequel la compétence s'apprécie lors de l'introduction de l'instance et, bien-sûr, le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui consacré récemment par la chambre commerciale de la Cour de cassation, ou encore le principe de la loyauté des preuves...

2 - F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », RTDciv. 2016, 511.

3 - J. Carbonnier, *Droit civil : Introduction*, PUF Themis, § 138.

4 - P. Morvan, « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation » (Conférence à la Cour de cassation), in *Droit et technique de cassation*, coll. Droit-in-situ 2007 ; V. aussi la thèse de cet auteur : *Le Principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999.

On les rencontre aussi en droit commercial – par exemple, le principe de l'égalité entre les créanciers ou les principes applicables en matière de compte courant – ou en droit de l'arbitrage : tel le fameux principe compétence / compétence suivant lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence ; ou le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres... Sans parler des principes que la Cour de cassation qualifie elle-même de « constitutionnels »...

Or, la méthode des principes a reçu à l'époque contemporaine deux renforts de taille.

Le premier lui vient de l'essor des droits et liberté fondamentaux, qui sont les droits de l'individu dressés contre la société et souvent la règle de droit qu'elle secrète. Les normes de la Convention européenne des droits de l'homme, en particulier, sont énoncées comme autant de principes généraux. L'article 6 du Traité sur l'Union européenne leur reconnaît même formellement cette qualité : ce sont les principes généraux du droit de l'Union. Or, la CEDH est un réservoir inépuisable de principes supérieurs a contenu variable qui permettent au juge judiciaire de juger la règle de droit et de l'écarter en général ou dans tel cas particulier, grâce au fameux contrôle de proportionnalité. On songe notamment à trois principes déduits de la formulation générale de la CEDH, et qui ont révélé une fécondité « abrogatoire » exceptionnelle : le droit à un procès équitable – et tous les sous-principes qu'il a engendrés ; le droit au respect de la vie privée et familiale ; et le droit au respect de la propriété énoncé dans le protocole additionnel n° 1.

Le second renfort est tout récent : il est venu de la loi elle-même, à l'occasion de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. La nouvelle ordonnance du 10 février 2016 en effet ne s'est pas contentée d'énoncer des règles de droit. Suivant une proposition doctrinale, la loi d'habilitation du 16 février 2015 avait autorisé le gouvernement à « affirmer les principes généraux du droit des contrats, tels que la bonne foi et la liberté contractuelle ». Le projet de la Chancellerie de 2009 comportait des « principes directeurs ». Il avait été, notamment pour cette raison, critiqué, certains auteurs soulignant que « les principes directeurs déplacent le centre de gravité du contrat dans un domaine qui n'est pas le sien : le judiciaire »...⁵ L'ordonnance n'utilise plus l'expres-

sion de « principes directeurs » ; mais sans la nommer, la chose y est : les articles 1102, 1103 et 1104, placés au cœur des *Dispositions préliminaires*, énoncent bien les principes de liberté contractuelle, force obligatoire et surtout bonne foi dans la conclusion et l'exécution du contrat. Et il n'est que de constater les efforts déployés par le rédacteur du rapport au Président de la République, afin de minimiser la portée de ces principes, singulièrement le troisième, pour se persuader qu'ils en sont véritablement.

Ainsi le droit positif contemporain, et plus encore ses commentateurs, sont-ils devenus friands de principes, plutôt que de règles. Celles-ci pullulent pourtant, mais dégradées en réglementation. Et précisément, plus l'activité normative s'épuise en une réglementation tatillonne, plus elle ouvre un champ large au développement des principes. Ainsi, par exemple, du droit des marchés financiers : la réglementation tatillonne des offres publiques s'accompagne d'un essor de principes généraux (loyauté, égalité de traitement, transparence...) qui souvent seuls permettent de trancher le litige⁶.

Surgissent alors deux questions : quelles différences entre les principes et les règles de droit ? Comment les uns et les autres cohabitent-ils ?

Si principe et règle de droit sont l'un et l'autre des normes qui peuplent notre système de droit, l'avantage du premier sur le second paraît écrasant. Je me réfère ici à certains travaux étrangers, notamment ceux de Ronald Dworkin⁷. Le principe est par nature impératif – *princeps*, il commande – là où la règle peut être seulement supplétive. La contrariété entre les principes – par exemple, entre le droit à la preuve et la protection de la vie privée – ne

soulignant que sous l'effet des principes, la règle régresse au profit de la décision ; la prévisibilité des solutions légales recule au profit de leur individualisation judiciaire.

6 - V. en particulier l'article 231-3 RGAMF et l'article 3 de la Directive 2004/25/CE du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition ; v. aussi T.C. Nîmes 16 mars 1992, RJ com 1992, 205 (affaire Perrier) et CA Paris 27 avril 1993, Bull. Joly Bourse 1993.396 (affaire OCP).

7 - R. Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977, Bloomsbury 2013, pp. 38-45 et 93-102, observant : "Words like "reasonable", "negligent", "unjust", and "significant" often perform just this function. Each of these terms makes the application of the rule which contains it depend to some extent upon principles or policies lying beyond the rule, and in this way makes that rule itself more like a principle". Le droit des contrats issu de l'ordonnance du 10 février 2016 regorge de ces adjectifs : L. Aynès, RDC 2016, Hors-série, 14 ; F. Viney, D. 2016, 1940.

5 - A. Ghazi et Y. Lequette, D. 2008, chr. 2609, n° 8 ; V. aussi, C. Perès, D. 2009, p. 381 et RDC 2015, p. 647, § 3,

tourne jamais à la défaite de l'un devant l'autre, mais à une conciliation *in casu* dépendant des circonstances ; tandis que deux règles de droit contraires ne peuvent coexister dans le même domaine : l'une abroge l'autre. Surtout, dans son énoncé même, le principe est doté d'une pureté, d'une « absoluité » qu'explique son indifférence à telle ou telle application particulière, ou encore la multiplicité de ses applications possibles : il a les mains pures, parce qu'il n'a pas lui-même de mains ! Il se décline en une multitude d'applications potentielles. Il use de notions simples et bonnes comme le droit naturel, et surtout n'a pas la violence d'un acte de volonté politique. La source des principes est, au demeurant, indéterminée ; sa source formelle, laquelle ne pose donc aucun problème d'autorité ; sa source d'inspiration aussi : d'où le principe « *fraus omnia corrumpit* » nous vient-il ? D'où la règle : « *contra non valentem agere non currit praescriptio* » ? Nul ne sait exactement. Surtout, le principe procède d'un consensus tiède. Qui pourrait être opposé au principe de la bonne foi dans la formation du contrat ou à l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui ? Il y a là comme un grand fond commun d'humanité et d'évidence. Aussi n'est-il pas étonnant que les tentatives doctrinales d'élaboration d'un droit commun à l'échelon européen ou mondial se soient prudemment présentées comme des principes : les principes européens du droit des contrats ou les principes Unidroit. Rassurons-nous : ce sont des principes, pas des règles.

Mais précisément, la cohabitation des principes et des règles est loin d'être paisible. Sans doute le principe permet-il parfois de combler les lacunes du droit positif : ainsi, par exemple, pendant longtemps, du principe de l'action de « *in rem verso* » ou des principes régissant le compte courant.

Mais le plus souvent, les principes combattent la règle de droit. D'abord, ils la mettent en question et la somment de s'expliquer sur le but qu'elle se donne. Puis ils l'écartent soit de manière abstraite, soit plutôt en considération des circonstances particulières. Les exemples sont légions. Le principe « *contra non valentem agere non currit praescriptio* » permet d'écartier la prescription extinctive dans certaines circonstances ; le principe « *fraus omnia corrumpit* » écarte toutes les règles normalement applicables ; le principe régissant l'apparence des actes juridiques permet d'écartier, par exemple, les règles relatives au transfert de propriété ; « *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* » écarte les règles relatives aux restitutions ; le principe régissant les obligations *in solidum*

permet d'écartier la division des dettes extracontractuelles ...

Ainsi, le principe a un effet subversif, non pas général et abstrait, comme celui qui résulterait d'un conflit de règles, mais particulier et concret⁸.

Le principe est donc par excellence l'arme du juge : il opère essentiellement dans le procès ; il suffit au juge de l'affirmer pour le faire exister ; il ne se dresse pas de manière abstraite et générale contre la règle de droit, mais seulement dans un litige particulier qu'il lui faut trancher. Et la liberté judiciaire de découverte et d'énonciation des principes est sans limite.

Dans la relation du principe avec la règle de droit, vous aurez reconnu l'esprit de la proportionnalité ou plutôt un appel à la méthode de la proportionnalité, pour employer l'expression d'un auteur⁹. Le juge ne réclame pas le pouvoir d'abroger la règle applicable au nom du principe. Il se contente de décider si les données de l'affaire justifient quantitativement et qualitativement, compte tenu des circonstances, une application de la règle qui fait exception au principe. La règle de droit est sommée de s'expliquer et de se justifier. Ainsi par exemple, comme le montrent plusieurs arrêts récents, un principe comme celui du droit au respect de la vie privée et familiale, comportant le droit de faire établir sa filiation paternelle, entre en conflit avec la prescription des actions en recherche de paternité, ou l'autorité de chose jugée qui s'attache à un précédent jugement. Le principe et la règle peuvent cohabiter abstraitement pourvu que la règle poursuive un but légitime. Mais dans un procès particulier, le juge ne doit appliquer la règle que si, « *concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise* », elle ne porte pas eu égard à son but légitime, une atteinte disproportionnée au principe¹⁰.

Mais, me direz-vous, cet exemple relève du contrôle de la conventionnalité. Qui nous dit qu'il soit pertinent lorsque la CEDH n'est pas en cause ?

Sans doute les principes énoncés par la CEDH se rapportent-ils spécifiquement aux droits de l'homme, dans leur conflit avec les normes sociétales qu'expriment les règles de

8 - P. Morvan, *op. cit.*

9 - F. Zenati-Castaing, *op. cit.*

10 - Cass. civ. 1, 9 nov. 2016, n° 15-25.068, JCP 2017, 46, Larribau-Terneyre ; Cass. civ. 1, 5 oct. 2016, n° 15-25.507, D. 2017, 2496, n. Fulchiron.

droit. Mais la méthode de la proportionnalité est susceptible de s'appliquer à tout conflit entre un principe quelconque et une règle de droit quelconque. Voyez par exemple le principe selon lequel les contrats doivent être conclus de bonne foi. Prenez par ailleurs la règle de droit nouvelle énoncée à l'article 1112-1 du code civil : le devoir d'information précontractuel « ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation ». Cette règle dont le but est de préserver le commerce dans une économie libérale ne porte pas en elle-même une atteinte disproportionnée au principe de bonne foi. Elle poursuit un but légitime. Mais qui empêchera un juge de décider que dans un cas particulier – par exemple, le vendeur professionnel n'a pas révélé qu'il consentirait le mois prochain un rabais de 20 % sur le bien vendu – l'application de la règle de l'article 1112-1 porte une atteinte disproportionnée au principe de formation de bonne foi ? L'histoire du principe de bonne foi appliqué à la formation du cautionnement montre qu'il permet de traiter le cautionnement disproportionné bien au-delà de ce que prévoit la règle de droit. Et lorsque le juge applique le principe « *contra non valentem agere* » pour écarter la prescription extinctive, est-il bien loin du principe de proportionnalité¹¹ ?

Voilà donc ce qui se joue sous nos yeux.

Plus profondément que la seule question de la motivation des arrêts et de la défense du syllogisme, c'est la prévisibilité de la règle appliquée, que l'on ne connaîtra qu'à l'issue du procès, qui est en question. Comme l'écrit Philippe Conte : « *quelle est la règle ? Le juge vous le dira.* »¹². Nous voici donc sommés de tirer un trait sur la Révolution française et de troquer la confiance dans la règle contre une confiance dans le juge.

Or, précisément, au même moment, le juge, singulièrement la Cour de cassation, entend jeter aux orties les vêtements dont l'avait paré la loi de 1790 et ériger le corps des juges dont elle deviendrait la tête en un véritable pouvoir, jouant sur l'ambiguïté des termes « autorité

judiciaire » dont use la Constitution¹³. Mais ce n'est pas Montesquieu qu'il faut solliciter en ce sens. Celui-ci était hostile à tout pouvoir judiciaire institutionnel. Dans le chapitre consacré à la Constitution d'Angleterre dans *L'Esprit des Lois*, il écrit : « *La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert. De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle. On n'a point continuellement des juges devant les yeux ; et l'on craint la magistrature, et non par les magistrats* »¹⁴. Il n'est que de rapprocher ce propos de la contribution écrite des deux plus hautes autorités de cette vénérable maison pour mesurer le chemin parcouru. Dans leur combat contre la qualification de service public de la Justice, le premier président et le procureur général près la Cour de cassation écrivaient en octobre 2015 : « *L'autorité judiciaire en son entier forme un pouvoir constitué, dont le fonctionnement est étroitement dépendant de son organisation et de ses moyens. Son indépendance passe dès lors par la maîtrise de ces moyens* »¹⁵. Ce combat semble avoir été perdu *in extremis*, puisque la loi du 18 novembre 2016 dite de modernisation de la Justice du XXI^e siècle finalement dénomme l'autorité judiciaire : « *service public de la justice* » (art. L. III-2, COJ ; L. 111-4, L. 141-1 et intitulé du titre IV). Le pouvoir exécutif lui a donc refusé cette émancipation.

Mais il n'y a là qu'apparences : comment douter qu'un corps permanent qui énonce la règle, écarte la loi étatique, décide de la proportionnalité des dérogations et exceptions aux principes qu'il affirme constitue en réalité un pouvoir judiciaire ? Et ceci, alors que le combat contre la qualification de service public de la justice s'accompagne d'une transformation de la Cour de cassation en Juridiction suprême : au service non pas de la loi, mais de la liberté individuelle contre la loi. Cette transformation profonde dépend essentiellement de la Cour elle-même ; elle est donc libre. Elle procède à petits pas, d'abord par l'organisation de sa

11 - Avant l'article 2234 c. civ., les tribunaux appréciaient au cas par cas s'il y avait lieu ou non de faire courir la prescription, en considération de la nature de l'empêchement et des diligences du créancier.

12 - Ph. Conte, « Le droit n'est plus le tennis, un juge vous le dira », JCP 2016, 1405 ; plus rassurant : V. Vigneau, « Libre propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », D. 2017, 123.

13 - B. Louvel - JC Marin, contribution écrite du 13 octobre 2015, Doc. Sénat ; contribution écrite du 3 février 2016, Doc. AN ;

14 - *L'esprit des lois*, Livre XI, chapitre VI.

15 - B. Louvel et J.C. Marin, *loc. cit.*

propre jurisprudence, le chaînage de ses arrêts, la publicité anticipée des arrêts importants, suivi de commentaires explicatifs donnés par la Cour elle-même. Elle se nourrit du développement des avis, que la loi nouvelle permet de solenniser lorsqu'il s'agit d'une « *question de principe* » (art. 41 L.18 nov. 2016) ; de l'*amicus curiae*, par lequel toute personne compétente peut être invitée à produire des observations d'ordre général, afin d'éclairer la Cour sur la solution à donner à un litige (art. 39 L.18 nov. 2016). La Cour de cassation peut désormais statuer elle-même au fond, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice (art. 38. L. 18 nov. 2016). Et surtout, elle entend contrôler l'exercice de la proportionnalité par le juge du fond. Ainsi devenue juridiction, cessant d'être l'auxiliaire du pouvoir législatif, trônant à la tête du corps des juges, la Cour de cassation peut non seulement dire, mais surtout faire le droit.

On peut porter sur cette évolution des jugements divers. Là n'est pas mon propos. Contentons-nous de reconnaître la réalité : un mouvement assez général dans les démocraties occidentales d'effondrement des autorités politiques et de promotion de l'autorité judiciaire, qui accompagne l'essor des droits de l'individu et les protège contre la machine à produire des règles qu'est l'État. Comment le juge pourrait-il lui-même procéder de l'État ? Être plus longtemps un service de l'État ?

Cette évolution très profonde et qui paraît irrépressible suscite pour demain plusieurs interrogations.

La première a trait à la légitimité du juge et dans le sillage de celle-ci, à sa responsabilité politique. Lorsque le juge est un élément du service public de l'État dont il applique les normes juridiques, il tire son autorité de son investiture étatique. Sélectionné parmi les jeunes citoyens à raison de sa science juridique que vérifie un concours difficile, placé à part dans une école de formation spécialisée, le juge est un technicien spécialiste du droit, qui ne répond pas de ce qu'il décide, parce qu'il se borne à rendre effective une règle qui ne vient pas de lui.

Mais tout ceci ne vaut plus s'il n'est pas lié par la règle de droit et si, par le maniement des principes et le contrôle de proportionnalité, il décide de la règle appropriée. N'est-il pas proche alors de l'arbitre international, à qui l'article 1511 CPC confie le choix de la règle de droit appropriée en l'absence de choix des parties ? Or la légitimité de l'arbitre repose sur le consentement des parties litigantes. Mais le juge ? D'où ce pouvoir, « *si terrible parmi les*

hommes » pour reprendre le mot de Montesquieu, lui vient-il ?

L'excellence dans la science juridique n'y suffit plus, car ce n'est pas par science, mais par prudence, que s'apprécie la proportion¹⁶.

Si l'investiture étatique ne suffit plus à fonder la légitimité du juge, on doit envisager une autre source : le choix des parties. C'est à lui que songeait Montesquieu, allant jusqu'à écrire : « *Il faut même que dans les grandes accusations le criminel, concurremment avec la loi, se choisisse des juges ; ou du moins qu'il puisse en récuser un si grand nombre, que ceux qui restent soit censés être de son choix* » (*ibid*).

C'est une voie qu'il faudra peut-être explorer demain, de manière sans doute moins abrupte : trouver les manifestations d'un consensus qui fonde le rôle du juge dans la détermination de la règle effectivement appliquée... On peut imaginer, à l'exemple de certains pays étrangers, que le juge appartienne à la communauté des juristes et qu'il émane d'elle, une fois reconnue sa prudence et son expérience...

La deuxième interrogation a trait à la formation des juges. Il conviendrait de réfléchir aux rôles respectifs de la science juridique et de l'expérience. Mais si le jugement n'est pas le résultat d'une mise en œuvre implacable de la science juridique, celle-ci demeure très nécessaire afin de discipliner le raisonnement : le droit est un langage dont l'usage seul préserve de l'arbitraire des opinions et des sentiments. Sans doute l'histoire devrait-elle occuper une place plus importante, car elle seule donne la mesure de la valeur, de la relativité, de la permanence ou de l'obsolescence des principes.

Ces quelques réflexions livrées sans ordre, à un moment où la France comme plusieurs autres démocraties affronte un changement profond dans la relation du citoyen avec l'État, qui affecte le fondement même de la règle de droit, nous conduisent à la question de l'autorité. Celle-ci est indispensable à la vie en société, à la croissance, à la prévision, à l'action... La caractéristique de l'autorité est de s'imposer aux personnes sans coercition et sans violence – car l'autorité n'est pas le pouvoir – et sans passer par la persuasion – car l'autorité n'est pas la négociation¹⁷. J'emprunte à Hannah

16 - F. Zenati-Castaing, *op. cit.* p. 525.

17 - H. Arendt, *La crise de la culture*, III, « Qu'est-ce que l'autorité ? » 1955, Essais folio 2016, p. 123 : « *S'il faut vraiment définir l'autorité, alors ce doit être en l'opposant à la*

Étude

Arendt l'idée que l'autorité est fondée sur une transcendance, une fondation qui lui permet de résister aux mouvements et aux changements du présent. Par exemple, et le sujet est d'actualité, elle a montré que l'autorité de la Cour suprême aux États-Unis est fondée sur la Constitution, l'œuvre des pères fondateurs, pierre angulaire et socle du vivre ensemble, quels que soient les changements de majorité et les aléas de la vie politique.

Chez nous, les révolutionnaires ont cru pouvoir fonder pour toujours l'autorité de la loi sur le mythe du contrat social. Cet édifice s'effondre sous nos yeux. Les principes généraux prétendent à leur tour avoir cette autorité : ils s'imposent sans coercition ni violence, et sans faire l'objet d'un accord négocié, puisqu'ils sont déclarés par l'autorité judiciaire. Ils ne sont ni français, ni étrangers ; mais prétendent à l'universalité. Ils sont d'hier et d'aujourd'hui. Seraient-ils la nouvelle transcendance laïque ?

fois à la contrainte par force et à la persuasion par arguments ».