



INSTITUT DES
HAUTES ÉTUDES
SUR LA JUSTICE

■ www.ihej.org



LA PRUDENCE ET L'AUTORITÉ

L'OFFICE DU JUGE AU XXI^E SIÈCLE

Rapport de la mission de réflexion confiée par Madame Christiane Taubira, garde des Sceaux, à l'Institut des hautes études sur la justice, sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention.

RAPPORT DE L'IHEJ

MAI 2013

LA PRUDENCE ET L'AUTORITÉ

L'OFFICE DU JUGE AU XXI^E SIÈCLE

Antoine Garapon, secrétaire général de l'IHEJ
Sylvie Perdriolle, présidente de chambre à la cour d'appel de Paris
Boris Bernabé, professeur à l'université de Franche-Comté
et
Charles Kadri, secrétaire scientifique



Paris, le 13 DEC. 2012

**LA GARDE DES SCEAUX
MINISTRE DE LA JUSTICE**

Monsieur le Secrétaire général,

Le Premier ministre dans son discours de politique générale a rappelé combien les attentes des français à l'égard de la justice sont élevées. Au-delà des réformes constitutionnelles à venir, l'organisation du service public de la justice doit permettre d'assurer une Justice plus proche des citoyens, plus efficace et plus accessible.

Je suis particulièrement attachée à la modernisation de l'institution judiciaire et souhaite fonder les réformes statutaires et organisationnelles de l'institution sur des études rigoureuses et de qualité.

La définition des missions du juge du XXIème siècle prenant en compte à la fois l'évolution de la société, le besoin de justice, le rapport au juge et l'apport des professions qui contribuent au service public de la justice, notamment les avocats, est nécessaire. Cette réflexion doit s'accompagner d'une analyse des pratiques actuelles et d'une mise en perspective des demandes de justice.

Elle doit permettre de cimenter les réformes à venir sur l'organisation judiciaire et le statut des agents du ministère.

L'Institut des Hautes Etudes sur la Justice (IHEJ), du fait de son influence européenne et internationale, de la qualité de ses travaux et de ses actions en lien avec l'Ecole Nationale de la Magistrature et les juridictions, a développé une expertise fine de l'évolution des métiers et du fonctionnement de la justice.

C'est la raison pour laquelle j'ai souhaité confier à l'institut le soin de mener une réflexion sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention et de faire des recommandations dans ces domaines.

Monsieur Antoine GARAPON
Secrétaire général de l'IHEJ
Institut des Hautes Études sur la Justice
8, rue Chanoinesse
75004 PARIS

.../...

Quelle que soit la forme de vos travaux, ceux-ci devront être ouverts à tous les acteurs judiciaires qui le souhaitent. Vous serez particulièrement attentifs à la place que vous accorderez aux juridictions et aux organisations professionnelles afin d'assurer à vos travaux une parfaite adéquation avec le fonctionnement des juridictions.

Vous associerez à vos travaux l'Ecole Nationale de Magistrature qui mettra des locaux et des moyens à disposition. Vous veillerez après avoir déposé vos recommandations à tirer de votre mission des propositions pouvant être présentées à la direction de l'ENM afin d'être utilisées en formation initiale et continue à tous les magistrats.

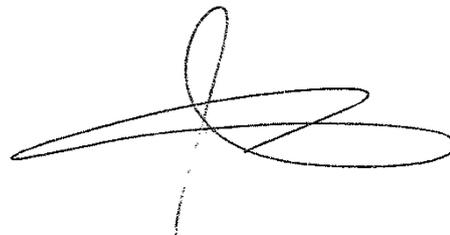
Pour conduire cette mission, j'ai souhaité que Madame Sylvie PERDRIOLLE, Présidente de chambre à la Cour d'appel de Paris puisse vous assister dans vos travaux. J'adresse à cette fin un courrier à Monsieur DEGRANDI, Premier Président de la cour d'appel de Paris.

Par ailleurs, j'ai confié à la direction des services judiciaires le soin de vous apporter les éléments techniques dont vous aurez besoin.

Je lui ai aussi confiée l'animation de deux groupes de travail sur l'assistance au magistrat et l'organisation judiciaire. Elle souhaite que Madame Sylvie PERDRIOLLE fasse le lien entre les travaux de l'IHEJ et les travaux conduits par la DSJ.

Je vous demande de bien vouloir me remettre vos recommandations avant la fin du moins d'avril 2013.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Secrétaire Général, l'assurance de ma considération respectueuse.

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke, characteristic of Christiane Taubira's signature.

Christiane TAUBIRA

SOMMAIRE

Avant-propos	11
INTRODUCTION	15
L'office du juge, une question refoulée	
I L'OFFICE DU JUGE, AU CŒUR DES TRANSFORMATIONS DÉMOCRATIQUES	25
II L'OFFICE JURISPRUDENTIEL	47
III L'OFFICE PROCESSUEL	65
IV L'OFFICE TUTÉLAIRE	85
V L'OFFICE SANCTIONNATEUR	103
VI L'OFFICE LIBÉRAL	125
VII L'APPEL, SANCTION DE L'OFFICE DU JUGE	133
VIII L'AUTORITÉ ET LA PRUDENCE, ET APRÈS ?	147
CONCLUSION	159
Un changement par la culture plus que par des mesures	
ANNEXES	175

AVANT-PROPOS

La justice française a probablement plus changé ces trente dernières années qu'au cours des deux derniers siècles. Ici comme ailleurs, on a le sentiment d'assister à un véritable changement de civilisation, d'autant plus visible dans la justice que celle-ci est à la fois la cible et l'agent du changement. D'où l'invasion par un sentiment de « crise » – la justice n'échappe pas à la mode –, mais dont il faut toutefois se méfier. Plutôt que de gloser sur une hypothétique « crise d'identité du juge », mieux vaut nous pencher sur les évolutions de son *office*.

Une réflexion sur « l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention », bien qu'écartant d'emblée les magistrats du parquet, est très vaste et il nous a fallu la préciser, et donc la réduire. Dans son champ tout d'abord, ce que nous avons fait en resserrant notre étude sur le juge judiciaire et non sur les juges administratifs ou constitutionnels, et sur les juges professionnels et non sur les juges consulaires, les conseillers de prud'hommes, les assesseurs, jurés, citoyens assesseurs ou juges de proximité. C'est une limite incontestable qui était néanmoins le prix à payer pour approfondir l'office du juge. Défricher serait plus exact car cette question qui paraît si ordinaire – l'expression « office du juge » semblant scellée par des siècles de littérature judiciaire – s'est rapidement révélée être paradoxalement très nouvelle.

Comment, dans ces conditions, l'aborder ? Il nous fallait ensuite adopter une méthode. La voie la plus sûre aurait été de l'observer à partir des textes et des jurisprudences qui encadrent l'action du juge national. Cette vision présentait l'avantage de cerner avec un certain degré de précision le périmètre « légal » de l'action du juge. La doctrine, d'ailleurs, s'y emploie depuis longtemps, en lui ajoutant depuis quelques années une réflexion sur la déontologie du juge. Il était possible d'emprunter une autre voie, plus audacieuse mais aussi plus périlleuse, en s'attachant à l'observation des pratiques professionnelles – ce que l'on appelle le « métier » – et qui dépassent, tout en les utilisant, les pratiques juridiques. Non pas pour décrire ces pratiques mais pour les comprendre. C'est celle que nous avons choisie.

Ce choix entraînait un autre : s'enfoncer dans le maquis des pratiques et des transformations du métier de juge, plutôt que de rester sur le réseau bien balisé des lois et des textes, nous éloignait non seulement du style des rapports traditionnels mais aussi de leur objectif immédiat qui consiste à formuler des propositions de réformes. Nous avons donc assumé notre choix jusqu'au bout en renonçant à proposer un plan déterminé de réformes composé de modifications législatives ou réglementaires. Un raisonnement en deux temps a été privilégié : faire le pari que revenir aux *fondements de l'office du juge* serait la meilleure voie pour esquisser ensuite à grands traits les directions vers lesquelles on pourrait le faire évoluer. Ce retour nous a permis de jeter un regard à la fois élargi et distancié sur l'ensemble d'une culture, la nôtre, dont on a pu mesurer la mutation qu'elle est en train de vivre. Et de comprendre que c'est d'elle qu'il faut partir si l'on veut réformer la justice.

REMERCIEMENTS

Le groupe de travail de l'IHEJ qui a réalisé ce rapport tient à remercier l'ensemble des personnes qui ont contribué à son élaboration, autant par leurs travaux ou leur participation aux séminaires de recherche que par le temps qu'ils nous ont consacré et par leur disponibilité lors des multiples auditions organisées à l'IHEJ ou en juridiction. Il tient à remercier plus spécialement l'École nationale de la magistrature et son directeur M. Xavier Ronsin pour son accueil à Bordeaux et pour la mise à disposition de locaux pour les séminaires. La visite à l'École nationale des greffes à Dijon fut pour nous extrêmement instructive et nous tenons à remercier son directeur M. Stéphane Hardouin pour son accueil chaleureux.

Notre groupe se sent redevable à l'égard de Mme Chantal Arens, présidente du tribunal de grande instance de Paris, pour l'intérêt qu'elle a porté à l'objet de notre mission et pour le temps qu'elle nous a consacré ; ainsi qu'à l'égard de M. Bruno Pireyre, président du tribunal de grande instance de Melun et M. Bruno Cathala, président du tribunal de grande instance d'Évry qui, outre l'accueil dans leurs juridictions, se sont livrés à une relecture attentive du manuscrit qui nous fut très utile. Il remercie également M. Serge Guinchard pour ses précieux conseils.

Les séminaires avec les juges et conseillers de la cour d'appel de Lyon furent extrêmement riches pour nous, et de surcroît conviviaux grâce au dynamisme de Mme Catherine Grosjean et de M. Pierre Garbit.

Le groupe de travail a reçu le meilleur accueil des barreaux, et notamment de celui de Rouen grâce à son bâtonnier M. Philippe Lescène, des organisations professionnelles d'avocats, en particulier de Mme Pascale Taelman avec qui les échanges sont toujours passionnants et chaleureux. Il tient aussi à remercier les organisateurs des conférences, colloques et séminaires qui l'ont accueillie, spécialement Mme Nicole Maestracci, présidente de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive, M. Jean Danet, organisateur du colloque sur l'administration de la justice pénale et les nouveaux modes de traitement des délits, Mmes Brigitte Munoz-Perez et Isabelle Sayn, organisatrices du colloque intitulé *Le droit mis en barèmes ?*

Il tient enfin à remercier ses premiers lecteurs et contradicteurs, MM. François Cordier, Hubert Dalle et Denis Salas pour leur contribution aux différents séminaires qui ont permis l'élaboration du document final. Merci à l'équipe de l'IHEJ pour son soutien et sa disponibilité. Et enfin à Charles Kadri sans qui, tout simplement, ce rapport n'aurait jamais vu le jour.

Antoine Garapon

Sylvie Perdrille

Boris Bernabé

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

CEPEJ	Commission européenne pour l'efficacité de la justice
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CRPC	Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CNB	Conseil national des barreaux
CSM	Conseil supérieur de la magistrature
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CCass.	Cour de cassation
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
DAVC	Diagnostic à visée criminologique
DAP	Direction de l'administration pénitentiaire
DACS	Direction des affaires civiles et du Sceau
DACG	Direction des affaires criminelles et des grâces
ENM	École nationale de la magistrature
ENG	École nationale des greffes
GAV	Garde à vue
JAF	Juge aux affaires familiales
JAP	Juge de l'application des peines
JE	Juge des enfants
JLD	Juge des libertés et de la détention
JI	Juge d'instance
MJIE	Mesure judiciaire d'investigation éducative
OPD	Ordonnance pénale délictuelle
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RPVA	Réseau privé virtuel des avocats
SPIP	Service pénitentiaire d'insertion et de probation

INTRODUCTION

L'OFFICE DU JUGE, UNE QUESTION REFOULÉE

Le terme « office du juge » se rencontre souvent dans la littérature juridique sans jamais être précisément défini. Que signifie au juste cette expression ? L'office du juge ne se confond ni avec son statut, ni avec sa légitimité, ni avec son rôle dans le procès, ni avec son périmètre d'action (même s'il en découle), ni avec l'acte de juger, ni enfin avec les différentes fonctions spécialisées qui se sont multipliées ces dernières décennies (par exemple le juge des enfants, le juge de l'application des peines ou le juge aux affaires familiales). L'office est tout cela mais aussi plus que cela : il est le foyer de sens de la fonction de juger. Il reste pourtant mystérieusement inexploré et cette abstention n'est pas fortuite, elle ne traduit pas une difficulté théorique insondable mais signale un refoulement. Ce diagnostic nous met sur la voie d'une étiologie de l'office du juge à laquelle l'on procèdera en deux temps.

Les définitions classiques nous permettront tout d'abord d'identifier six types d'office. Mais cette première délimitation n'est pas totalement satisfaisante car elle ne permet pas de faire le départ à l'intérieur de ces fonctions généralement brossées, entre ce qui doit relever de la mission du juge et ce qui doit être abandonné, confié ou restitué à d'autres formes de régulation sociale.

LES DÉFINITIONS CLASSIQUES

Pour la doctrine, l'office du juge se confond avec l'acte juridictionnel qui « traduit la fonction judiciaire dans son essence¹ » et le distingue de tout autre acte public, notamment administratif. L'acte juridictionnel peut être défini soit de manière formelle par la méthode propre suivie par l'acte de juger, soit de manière substantielle par sa fonction.

D'un point de vue formel, l'office repose sur trois critères : l'organe, la procédure et l'indépendance du juge. Est juridictionnel l'acte émanant d'un juge étatique statuant au terme d'une procédure contradictoire. Ainsi, pour Carré de Malberg, le critère n'est pas à chercher « dans le contenu matériel de l'acte mais [dans] sa forme. Le signe distinctif auquel se reconnaît l'acte juridictionnel, c'est d'une part, son origine, en tant qu'il est l'œuvre d'une autorité organisée spécialement pour l'exercice de la juridiction, et d'autre part, sa procédure, en tant qu'il a été accompli selon les règles propres à la fonction qui consiste à juger. [...] La notion de juridiction a, en droit, un fondement purement formel et pas matériel² ».

Les critères substantiels de l'office du juge sont essentiellement au nombre de deux : la *disputatio* et la *juridictio*. Ce qui distingue la fonction de juger, c'est la mission de trancher un litige, c'est-à-

¹ L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, 6^e éd., 2009, n° 75 et suiv.

² R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie générale de l'État*, n° 266, Paris, CNRS Éditions, 1985.

dire de décider entre des prétentions contraires juridiquement argumentées. Pour Pierre Delvolvé par exemple, un acte juridictionnel a pour « mission de trancher les litiges, en se fondant sur des considérations juridiques, avec force de vérité légale³ ». Le second critère substantiel insiste sur le monopole de dire le droit. « La fonction juridictionnelle, pour Stéphane Rials, se borne au dire (*jurisdictio*) obligatoire (*imperium*) du droit⁴. »

La *jurisdictio* est décomposée par certains en deux opérations : une constatation initiale d'un droit subjectif ou d'une violation de la loi, d'où découle logiquement la sentence judiciaire. Pour Duguit, ces deux éléments « sont indivisibles, et leur union forme le propre de la fonction juridictionnelle⁵ ». Le travail du juge commence par un acte de qualification d'un fait d'où il déduirait les conséquences qui s'imposent. Remarquons que ces deux opérations sont passives : car si la loi s'impose au juge, les faits le contraignent également ; tout juste garde-t-il une certaine latitude pour trouver et qualifier les faits.

UNE QUESTION DE FACTO REFOULÉE

La doctrine française sur l'office du juge, en dépit des différentes écoles de pensée, se concentre sur son rapport au droit et n'aborde pas ses finalités extra-juridiques, à savoir la protection des libertés, la punition ou la vérité. C'est ce pas que nous voudrions franchir. La doctrine semble en effet bridée par le légicentrisme positiviste en postulant que la loi est la référence ultime, et qu'elle est stable. Pourtant, les juges font l'expérience inverse : ils doivent de plus en plus appliquer des principes (les libertés fondamentales telles qu'interprétées par la Convention européenne des droits de l'homme) ou des notions très générales (l'intérêt de l'enfant, la manifestation de la vérité, la dangerosité, la réinsertion, etc.).

Cette doctrine est en réalité plus une philosophie politique qu'une théorie juridique, et on ne saurait le lui reprocher tant les deux sont liées. Il n'est pas possible de penser l'office du juge sans revenir au modèle politique tout entier dont il n'est qu'une pièce. Et c'est précisément cette part politique de l'activité du juge que la pensée positiviste ne veut pas considérer : cette conception de l'office du juge semble être le fruit d'un immense effort *pour ne pas penser* la réalité de ce que font les juges.

Comment expliquer cette timidité de la doctrine ? Par un goût des abstractions d'une part, et, de l'autre, par une peur plus profonde de la figure du juge, deux travers typiques de la culture juridique et politique française. Les fictions positivistes agissent comme une théorie écran (comme diraient les psychanalystes). Ce déni s'explique par la peur que si la loi ne guide pas le juge, c'est alors la porte ouverte à l'arbitraire, pire au « gouvernement des juges ». Tout se passe comme s'il n'y avait pas d'autre alternative pensable qu'entre un juge entièrement corseté par la loi et un juge tout-puissant et incontrôlable⁶.

³ P. Delvolvé, « Le juge et la vérité, aspects de droit public », *Annales de la faculté de droit de Toulouse*, t. XXVI, 1978, p. 339-367.

⁴ S. Rials, « Ouverture. L'office du juge », *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 9, « La fonction de juger », Paris, PUF, 1989, p. 6.

⁵ « Ce qui fait que l'acte juridictionnel a un caractère spécifique qui le distingue de l'acte administratif, c'est l'union indissoluble et logique qui existe entre la constatation et la décision qui s'y rattache. La décision toute seule est un acte administratif » ; L. Duguit, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP*, 1906, p. 413-471.

⁶ Voir à ce sujet J. Allard, *Dworkin et Kant. Réflexions sur le jugement*, Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles, 2001.

LE PARI DE CONSIDÉRER L'EXERCICE RÉEL DE LEUR OFFICE PAR LES JUGES

Pour faire sauter ce verrou, nous avons choisi de partir des pratiques, en les observant directement ou en nous appuyant sur des enquêtes sociologiques. Ce parti pris méthodologique renonce à penser la justice comme elle *devrait être* mais plutôt comme elle *est*, de s'intéresser aux hommes et aux femmes qui la rendent quotidiennement, à leurs interrogations et à leurs aspirations.

Que sait-on au juste du travail quotidien des juges ? Que sait-on, non pas des arrêts longuement commentés ou des jugements qui défraient la chronique, mais des décisions souvent répétitives qui tranchent des litiges entre particuliers en cherchant autant l'équité que la rigueur juridique ? Il semble que nous n'en sachions pas grand-chose, en dehors d'une vérité statistique qui n'aborde pas le fond ni les représentations que s'en font les juges ou le public. D'où l'intérêt de se donner les moyens de mieux connaître ces pratiques et pénétrer le cœur de l'élaboration de la décision judiciaire.

Le travail des juges a considérablement évolué mais toutes les nouvelles formes ne sont pas reconnues. D'où un travail de *reconnaissance* des différentes facettes des missions du juge, dans le double sens de prendre acte de ce qu'il est devenu et d'encouragement à ce qu'il le fasse encore mieux. Tout se passe comme si le rôle du juge demeurerait implicitement référé à une forme noble de justice – l'audience et son rituel – et que toutes formes nouvelles qui s'en détachent étaient secondaires, voire annexes (et qu'il serait plus facilement envisageable de s'en débarrasser ou de les déléguer à d'autres). Le juge contemporain passe néanmoins le plus clair de son temps professionnel hors l'audience, en cabinet essentiellement, et l'on arrive à ce paradoxe que la partie substantielle du travail des juges français aujourd'hui ne se trouve pas reconnue, ni par la doctrine, qui y accorde peu de place dans ses manuels et qui se centre encore sur le modèle de l'audience, ni par leurs pairs.

UN HORIZON DE JUSTICE

Ce qu'enseigne l'observation des juges, c'est qu'ils ont à la fois une grande conscience de leur office mais que règne une confusion quant à son contenu et à son périmètre. Cet office ne répond certes pas à la vision abstraite du positivisme, mais il cherche à se référer à la justice, non par des références subjectives (« Dieu nous protège de l'équité des parlements ! ») mais par une élaboration collective très en prise avec la société. En témoigne la jurisprudence des juges aux affaires familiales qui a suivi et accompagné – bien souvent avant le législateur – les évolutions de la société française contemporaine (songeons au divorce par consentement mutuel ou à la garde alternée). Ces réflexions, il faut les chercher dans des listes de discussions électroniques, dans des sessions de l'École nationale de la magistrature, dans des colloques, dans la littérature syndicale ou dans des rapports parlementaires. La pratique judiciaire pose de nombreux problèmes qui ne sont pas ceux du gouvernement des juges mais plutôt de la disparité des pratiques, d'un risque de dispersion dans des tâches multiples et d'une inefficacité persistante.

Lorsqu'il doit composer avec une demande de justice foisonnante et de plus en plus diverse, le juge se voit acculé à accommoder des prétentions opposées, sous la contrainte de la règle et sous l'horizon de l'équité et de la justice. Le rôle consiste à *comprendre* une situation, dans le sens étymologique de la lire au regard de principes, en poursuivant une finalité assignée par la loi. Chaque décision de justice est le siège d'une réflexion sur ce que veut dire aujourd'hui une « société juste ». Le juge poursuit moins des objectifs d'action que des horizons de justice concrets qu'il propose à la société au moyen de ses jugements – jugements par lesquels le juge s'expose aussi bien à la critique qu'à l'approbation. Et ses choix cessent d'être discrétionnaires à partir du moment où ils sont assumés, exposés et argumentés.

OFFICE LÉGAL, OFFICE CONSCIENCIEUX ET OFFICE PRINCIPIEL

Trois classifications de l'office du juge sont possibles : selon la source, selon l'objet et selon l'intensité⁷. La première, relative à la source, distingue l'office en ce que le juge est guidé par la loi (office légal), par des principes (office principiel) ou par sa conscience (office consciencieux). Cet office légal se subdivise en *office obligatoire* (« le juge doit... »), tiré des moyens d'ordre public, et en *office facultatif* (« le juge peut... ») ; ainsi qu'entre *office procédural* (ayant pour objet l'équité procédurale : le respect des principes directeurs...) et *office substantiel* (ayant pour objet l'équité substantielle). L'office principiel est mobilisé lorsque le juge est moins tenu par des règles que par des valeurs contenues dans la loi et il est de plus en plus pris en compte par la doctrine. L'office consciencieux, quant à lui, dépasse le critère de la norme écrite (loi ou règlement) ou du principe pour faire primer la singularité de la situation. Il est plus difficile à apprécier, et fait intervenir des critères plus personnels. Pour saisir le cœur de l'acte de juger, il faut s'aider de Kant et de Dworkin qui opposent les règles aux principes. Sans entrer dans le détail de cette opposition classique⁸, retenons que le juge, plutôt que de construire un syllogisme, cherche à « discerner si quelque chose entre sous une règle donnée ». Contrairement à la conception de Duguit, entre autres, le jugement n'est pas un acte de constatation ou de qualification mais une subsomption : il ne consiste pas à attribuer une qualité à une chose mais à la penser « sous un concept⁹ ». Le juge doit de plus en plus prendre en considération des principes avec la montée en puissance des cours européennes. Et cela concerne tous les juges, pas seulement les juges constitutionnels, la Cour de cassation ou le Conseil d'État.

Dans la tripartition des offices distingués selon leurs sources, l'office principiel est un office paradoxal. Contrairement à l'office légal (déterminé par les commandements de la loi ou du règlement, que l'on trouve dans les codes de procédure) et à l'office consciencieux (qui a fait sa réapparition dans le paysage judiciaire par le truchement de la déontologie), l'office principiel est à la fois le plus lourd de sens et le moins développé par la doctrine. L'autorité judiciaire chargée par la Constitution d'assurer le respect de « la liberté individuelle¹⁰ » trouve dans différentes sources, nationales et internationales, les principes qui viennent enrichir le contenu de la liberté individuelle. Ces principes, quelle que soit leur source première (par exemple l'article 9 du Code civil sur le respect de la vie privée, l'ordonnance du 2 février 1945 sur la protection des mineurs, mais aussi les textes européens

⁷ Voir le tableau de clarification des offices du juge à la fin de cette introduction.

⁸ J. Allard, *Dworkin et Kant...*, *op. cit.*

⁹ *Ibid.*, p. 35.

¹⁰ Article 66 alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

qui s'imposent à divers degrés au juge national), charpentent les missions du juge – en forment à la fois la base et le sommet, le noyau et le périmètre, le principe et l'horizon. Si bien que dès l'instant qu'une liberté individuelle est en jeu, les autres offices – légal et consciencieux – sont démobilisés, au profit du seul office principal.

Substitutif par nature, l'office principal en ses sources est *éminent*, c'est-à-dire qu'il surplombe les autres. Or, cet effet de substitution n'est pas inscrit dans la loi. Au contraire, le juge s'adosse à ces principes pour corriger la loi ou d'autres normes au mieux des intérêts de la personne : l'office principal repose sur des *standards d'interprétation* dont la force s'impose au juge, tant comme *point de départ de la garantie qu'il assure* que comme *horizon de son action quotidienne*.

Mais à chaque fois, la procédure garde l'office principal de possibles débordements. Le raisonnement est ainsi toujours sous tension entre les principes et les règles de procédures qui ne sont pas à proprement parler morales. L'office principal ne pourra donc jamais prétendre représenter la totalité de la fonction de juger : la procédure viendra toujours se mettre sur le chemin de l'arbitraire¹¹.

LES SIX OFFICES DU JUGE CONTEMPORAIN

La seconde classification trace les contours des différents offices selon leur objet. Nous proposons de distinguer l'office *processuel* qui est en charge de mettre en forme les conflits et de les trancher – et nous suggérons d'en ajouter cinq : l'office de *vérité* tout d'abord, qui distingue l'action du juge aussi bien de la démarche scientifique que de la démarche politique¹² ; l'office *sanctionnateur*, qui dépasse la seule fonction punitive ; l'office *libéral* de garantie des libertés fondamentales qui s'est affirmé ces dernières années ; l'office *tutélaire* qui vise à protéger les personnes ; l'office *jurisprudentiel* enfin, qui consiste à interpréter le sens de la norme juridique, ne peut être mis sur le même plan que les cinq offices car il est commun à tous.

Ces offices ne se confondent pas avec les fonctions mais les traversent. Aucune fonction ne monopolise un type d'office et son exercice en sollicite toujours plusieurs (par exemple, un juge des enfants peut mobiliser tout à la fois les offices sanctionnateur, tutélaire et libéral). Ils ne sont pas équitablement répartis parmi les juges et notamment selon la hiérarchie. La Cour de cassation sera plus occupée par l'office jurisprudentiel que les juridictions du premier degré. Une telle caractérisation des offices permettra de repenser l'appel, réflexion que nous engagerons de manière historique et théorique dans le chapitre 7 qui lui sera consacré.

Il n'est pas possible de considérer isolément l'office du juge, indépendamment des partenaires de ce dernier : le parquet, les avocats, les greffiers, les assistants de justice, les experts. Le juge ne peut être abordé non plus indépendamment de la société tout entière, qui doit trouver en lui, et parfois sous sa supervision, les ressources nécessaires pour traiter ensemble les questions collectives. La justice n'appartient pas qu'aux juges : dans une société, nombreux sont ceux qui ont à cœur d'apaiser les conflits, de respecter la loi, d'être honnêtes et d'honorer des principes. Allons plus loin : chacun d'entre nous a un certain sens de la justice qui lui indique intuitivement ce qui est juste pour lui et pour les autres.

¹¹ Selon la formule consacrée du juriste allemand Rudolf von Jhering : *L'Esprit du droit romain*, Paris, 1886-1888, réimp. Bologne, Forni, 1969, O. de Meulenaere (trad.), t. 3, p. 164 : « Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté. »

¹² En effet, à la différence de la politique, le juge n'est intéressé que par la vérité, ce qu'avait déjà vu Aristote, mais à la différence de la science ou de la philosophie, il est contraint par une procédure. Nous n'avons pas eu le temps de consacrer un chapitre à cet office, mais il apparaîtra dans une version ultérieure de ce rapport.

L'intervention du juge doit donc rester exceptionnelle et l'inventaire de ses missions ne peut par conséquent se satisfaire de critères fonctionnels : dire le droit, sanctionner, protéger, garantir et trancher. À cette première ligne de partage entre la place du juge vis-à-vis des autres actes des pouvoirs publics, il faut donc ajouter une seconde ligne de critères qui restreignent le monopole des juges, et qui précisent dans quelle occasion il faut mobiliser leur autorité.

Nous proposons donc de reformuler les critères de l'office du juge d'une manière plus précise, à savoir :

L'office jurisprudentiel : *dire le droit d'une manière explicite en tenant compte de ce qui a été décidé précédemment par les autres juges nationaux ou européens.*

L'office processuel : *trancher les litiges qui n'ont pu être résolus ailleurs par les intéressés eux-mêmes, par leurs conseils, ou par les institutions avec lesquelles ils étaient en conflit ; en y apportant un traitement efficace, équitable et individualisé.*

L'office de vérité : *établir la vérité des faits de manière indépendante, procédurale et argumentée.*

L'office tutélaire : *protéger les personnes fragilisées qui ne résolvent pas elles-mêmes leurs différends ou qui ne bénéficient pas du soutien naturel des leurs ou d'une protection sociale efficace et acceptée.*

L'office sanctionnateur : *sanctionner les infractions poursuivies et établies en veillant à ce que le condamné soit réintégré dans la société à l'issue de sa peine et qu'il ne présente plus de danger excessif pour elle.*

L'office libéral : *garantir les libertés individuelles à toute personne notamment suspectée, détenue, retenue ou hospitalisée contre son gré.*

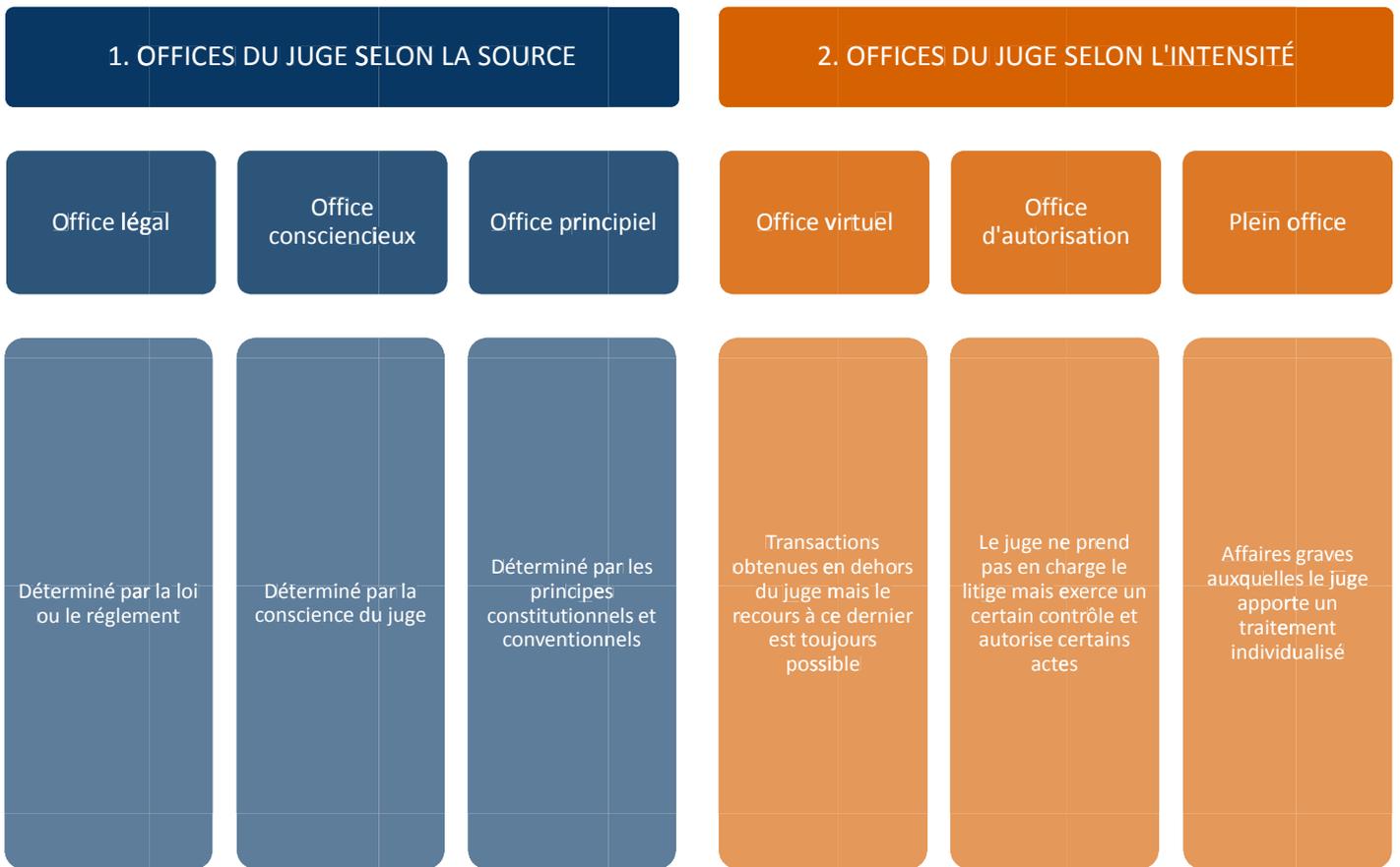


Tableau de clarification des offices

3. OFFICES DU JUGE SELON L'OBJET

Office jurisprudentiel	Office processuel	Office tutélaire	Office sanctionneur	Office libéral	Office de vérité
Dire le droit d'une manière explicite en tenant compte de ce qui a été décidé précédemment par les autres juges nationaux ou européens	Trancher les litiges par un traitement efficace et équitable	Protéger les personnes fragilisées qui ne résolvent pas par elles-mêmes leurs différends ou qui ne bénéficient pas du soutien naturel des leurs ou d'une protection sociale efficace et acceptée	Sanctionner et punir les infractions en veillant à ce que le condamné soit réintégré dans la société à l'issue de sa peine et qu'il ne présente plus de danger excessif pour elle	Garantir les libertés fondamentales à toute personne suspectée, détenue, retenue ou hospitalisée contre son gré	Établir la vérité des faits pendant l'instance pour une exacte qualification Déclarer la vérité judiciaire au moment de la décision NB : <i>Cet office n'a pas pu être examiné dans le cadre de ce rapport.</i>

Tableau de clarification des offices

L'OFFICE DU JUGE, AU CŒUR DES TRANSFORMATIONS DÉMOCRATIQUES

La première question qui se pose à l'office du juge, avant d'examiner son contenu, est celle de sa place dans la société. La réforme de 1958 avait dessiné la justice sur le modèle administratif, selon un découpage territorial et une hiérarchie qui faisaient un service public. La justice était un organe de l'État administratif et participait de son modèle. Que devient-elle lorsque cet État administratif évolue vers un « nouvel État de justice » ? C'est l'hypothèse audacieuse lancée par Jacques Krynen dans une somme sur l'histoire de la magistrature en France¹³. Le fait est que le juge se trouve au cœur des transformations démocratiques qui dessinent un mouvement original : en même temps qu'elles mettent le juge en son centre, elles obligent à penser les moyens de se substituer à lui pour régler les conflits de façon à en faire non plus une première ligne comme l'avait pensé Michel Debré, mais un *recours*. C'est en effet moins un homme qu'une fonction qu'elles promeuvent, fonction qui peut – mieux, qui doit – être exercée en priorité par tous, à commencer par les intéressés eux-mêmes. D'où la nécessité de construire une véritable offre de justice en amont pour permettre au juge de ne se prononcer que pour les cas individuels et de leur apporter un traitement particulier.

LE JUGE COMME RECOURS

1. LA JUDICIARISATION

Il n'est pas possible de penser les différentes missions du juge indépendamment de la politique. Si la faiblesse de la vision classique venait de son postulat d'une séparation radicale – et artificielle – entre la loi, fruit d'une élaboration politique, et un acte juridictionnel réduit à une simple opération logique, quelle est la représentation adéquate pour comprendre le rôle actuel du juge ? Pour répondre à cette question, il faut partir du mouvement que l'on désigne sous le terme générique de *judiciarisation*, et qui recouvre en réalité trois phénomènes distincts mais convergents.

La judiciarisation *stricto sensu* désigne la tendance constatée ces dernières décennies à faire du juge (comme figure abstraite, car il ne s'agit jamais des mêmes juges et ils observent des procédures très différentes dans de multiples juridictions) l'arbitre, sinon ultime au moins incontournable, de

¹³ J. Krynen, *L'État de justice en France, XIII^e-XX^e siècle*, 2 vol., Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des histoires », 2009-2012.

questions qui étaient auparavant autonomes. Ainsi dit-on que la montée en puissance du Conseil constitutionnel a judiciarisé le processus législatif, que la création de la Cour pénale internationale a intensifié la judiciarisation de la vie internationale, ou encore que la multiplication des affaires de corruption qui perturbent, voire mettent un terme à des carrières politiques, a judiciarisé la vie politique. Certaines professions qui jouissaient d'une immunité de fait se sont vues dans les mêmes années attirées devant la justice : les médecins poursuivis par leurs patients, les autorités militaires attaquées en justice par des familles de soldats morts au combat, ou encore les congrégations religieuses à qui des prêtres défroqués demandent la requalification de leurs vœux en contrats de travail. Cette judiciarisation frappe d'autant plus les esprits qu'elle concerne des institutions symboliques (la souveraineté des États, le Parlement, la médecine, l'armée, la religion) qui voient leur statut symbolique diminué.

Cette première forme de judiciarisation correspond à un phénomène essentiellement *qualitatif* (par exemple en matière médicale, où le nombre de poursuites engagées contre les médecins n'a en réalité pas augmenté dans des proportions considérables¹⁴) qui doit être distingué d'une autre acception du terme relative à l'augmentation *quantitative* du contentieux. La justice tend à devenir un bien de consommation courante.

Enfin, la *juridictionnalisation* désigne la pénétration de la forme juridictionnelle dans les différentes instances du gouvernement national ou international, comme en témoignent les autorités administratives indépendantes ou les sous-commissions de l'ONU, qui fonctionnent de plus en plus comme des juridictions sans en avoir le nom.

Ces trois phénomènes manifestent en réalité le passage d'un modèle démocratique à un autre. La judiciarisation est le signe d'une crise dans le sens d'une mutation, elle signale l'épuisement d'un mode de régulation et appelle la mise en place d'un autre. La judiciarisation, prise dans son sens général, marque la sortie de l'État administratif (voire de l'État-providence) et la recherche encore tâtonnante d'une nouvelle formule démocratique.

La judiciarisation ne consacre pas la victoire des juges mais voit dans la justice la « nouvelle scène de la démocratie¹⁵ ». Le procès, qui a toujours été une forme politique – c'est-à-dire, pour paraphraser Claude Lefort¹⁶, une manière de mettre en scène, de mettre en forme et de mettre en sens la coexistence humaine –, est saisi par des visions du monde très différentes : songeons aux organisations de droits de l'homme qui prétendent mettre fin à l'impunité en poursuivant les chefs d'État criminels, aux mouvements écologistes dont l'activité essentielle est d'attaquer en justice des permis de construire ou de ternir l'image de grands groupes industriels en leur intentant des procès, mais aussi aux néolibéraux qui accordent une place centrale au judiciaire¹⁷. La juridiction devient une véritable forme politique décentralisée puisqu'elle est à la portée de tous. D'où l'importance que prend l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit le procès équitable, et qui organise ce que Serge Guinchard appelle une « démocratie procédurale¹⁸ ».

¹⁴ A. Laude, J. Pariente, D. Tabuteau, *La Judiciarisation de la santé*, Paris, Éditions de Santé, 2012.

¹⁵ P. Rosanvallon, « La justice nouvelle scène de notre démocratie », *Libération*, 6 avril 1995.

¹⁶ C. Lefort, *Essais sur le politique : XIX^e-XX^e siècles*, Paris, Seuil, coll. « Points essais », 2011.

¹⁷ Pour Hayek, on le sait, la forme politique copie le judiciaire à savoir celle de l'arbitrage entre des intérêts concurrents.

¹⁸ S. Guinchard, « Vers une démocratie procédurale », *Justices*, 1999-1, 91, repris et développé dans « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du III^e millénaire », *Clefs pour le siècle*, Paris, Paris II-Dalloz, 2000, p. 1135-1211.

Autrement dit, l'évolution de nos sociétés démocratiques nous conduit vers une place identifiée et reconnue de la Justice – vers un État de Justice – plutôt que vers une société envahie par le procès des rapports sociaux, professionnels ou privés¹⁹. Il s'agit là d'une idée neuve, surtout en France, qui consacre le juge comme gardien des libertés (depuis l'évolution d'une police des étrangers jusqu'au juge des libertés et de la détention²⁰, en passant par la compétence du juge administratif, la transformation d'une commission des recours en une cour du droit d'asile²¹, le contrôle de l'hospitalisation sous contrainte, la nouvelle place prise par le Conseil constitutionnel *via* la question prioritaire de constitutionnalité). Le même phénomène peut être observé s'agissant de la demande d'explicitation de normes ou la recherche de responsables. En effet, ces questions ne se traduisent pas toujours par un flux d'affaires, mais aussi par des affaires exemplaires. Ainsi peut-on beaucoup parler de telle affaire de santé, mais avoir un très faible contentieux en matière médicale.

C'est donc à partir de cette transformation profonde de la démocratie qu'il faut repositionner le juge. La tâche est difficile car cette évolution lui délivre deux impératifs en apparence contradictoires : il faut répondre à la demande de justice non seulement en quantité mais aussi en qualité, le tout avec des budgets en baisse.

2. UNE « CONSOMMATION DE MASSE » DE JUSTICE

La judiciarisation de la société s'est traduite, dans le dernier demi-siècle, par une augmentation des contentieux. Cette raison purement quantitative – incontestable mais qui demanderait à être affinée selon les contentieux et les époques²² – n'explique pas à elle seule l'accroissement significatif de la demande de justice qui vient aussi de la montée en puissance des victimes, de la place désormais centrale de la sécurité dans le discours politique et d'une tolérance moindre aux incivilités. On songe également au contentieux familial directement lié aux évolutions de la famille et notamment la séparation des couples, ou aux tutelles dont l'évolution du contentieux évolue en raison du vieillissement de la population.

Quoi qu'il en soit, un besoin de justice quasi infini se croise avec des ressources de plus en plus finies : voilà la contradiction que doit résoudre la justice. Elle ne doit donc pas céder à la tentation irréaliste de répondre à toutes les demandes de justice. La période ne nous laisse guère de choix : il faut faire des propositions à budget constant, pour éviter que la crise budgétaire ne se transforme en crise de la justice. Une issue a été trouvée dans une gestion beaucoup plus rigoureuse des moyens de la justice mais aussi des procédures elles-mêmes.

Puisque nous sommes en transition entre l'État administratif et le management, le vis-à-vis à partir duquel il faut penser aujourd'hui l'office du juge n'est plus l'acte administratif comme du temps de Duguit ou de Jèze, mais l'acte de gestion. Lorsque l'économie est devenue le nouveau « discours de vérité », la légitimité concurrente ne vient plus aujourd'hui de l'administration mais du *management*.

¹⁹ F. Rouvillois (dir.), *La Société au risque de la judiciarisation*, Paris, Litec, 2008.

²⁰ N. Fischer, C. Makaremi, « La honte de la République. La problématisation morale de l'enfermement des étrangers dans la France contemporaine », in D. Fassin, R. Rechtman, (dir.), *Les Économies morales contemporaines*, Paris, La Découverte, 2012.

²¹ C. Kobelinsky, « Sont-ils de vrais réfugiés ? Les tensions morales dans la gestion quotidienne de l'asile », *Les Économies morales contemporaines*, *op. cit.*

²² Le contentieux traité par l'ensemble des juridictions en France se stabilise depuis quelques années, voire diminue dans certains domaines.

Le juge peine en effet à trouver ses marques dans cette nouvelle « gouvernementalité managériale ». La gestion introduit une tension entre l'acte juridictionnel individuel et l'impératif de la gestion du flux des affaires. Ce qui caractérise l'impartialité indispensable à un exercice normal de la fonction de juger, c'est de ne pas avoir d'autre souci que celui de la justice. Pour Alexandre Kojève²³, l'impartialité n'est pas l'absence d'intérêt mais un intérêt exclusif pour la justice. Ainsi, dans la perspective classique, le juge présente la garantie d'être étranger aux intérêts en cause, tandis que l'autorité administrative, au contraire, « agit dans l'intérêt du service public dont elle a la charge²⁴ ». Doit-on en déduire que ce qui est vrai pour l'intérêt du service public l'est aussi de l'intérêt du service public de la justice, c'est-à-dire aujourd'hui de la gestion ? Faut-il affirmer alors que le juge doit se concentrer uniquement sur le cas individuel et ne faire intervenir aucune circonstance extérieure à la cause, fut-elle gestionnaire ? La réponse, on le verra, n'est pas si simple, car l'acte juridictionnel n'est pas en état d'apesanteur : il a un coût et se trouve à ce titre tributaire de la réalité concrète des juridictions. Le juge ne peut pas se penser dans un splendide isolement, au-dessus de toute considération matérielle, car rendre la justice – fût-elle parfaite – à un petit nombre génère une forme d'injustice. La réalisation de la justice particulière ne peut se faire aux dépens de la justice générale, répondra-t-on en termes aristotéliens. Que faire ?

Le management et fin d'une justice de l'entre soi

Devant un tel tableau, la tentation est forte d'accabler le management, et pourtant il faut résister à ce sentiment. N'oublions pas, tout d'abord, qu'il a été instauré en réponse à la démocratisation de la justice, c'est-à-dire à la judiciarisation de la société française et au fait qu'un plus grand nombre accède à la justice. L'arrivée d'une demande massive de justice liée à une transformation de nos sociétés démocratiques a bouleversé ce que l'on pourrait appeler une justice de l'entre soi.

Une justice qui n'a pour forme que le rituel majestueux du procès – dispendieux et donc rare – n'est viable que dans des sociétés très homogènes où le contrôle social s'exerce par bien d'autres moyens ; mais tel n'est plus le cas de nos sociétés, ce dont nous ne pouvons que nous réjouir. Une famille patriarcale consomme moins de justice qu'une famille où tous ont des droits. C'est pourquoi la judiciarisation est directement indexée à la protection des droits de tous et à une régulation externe et démocratique.

Une justice démocratique doit donc se soucier à la fois quantitativement et qualitativement des justiciables, ce qui la condamne à sortir de l'entre soi. Ce fut l'un des postulats de la réforme Woolf en Angleterre qui remarquait que le système anglais fonctionnait à la satisfaction générale... des professions judiciaires²⁵ ! La revendication d'un travail qui prend son temps, qui ne regarde pas à la dépense et qui demande à l'État d'aligner les moyens non seulement sur la demande mais aussi sur ses manières de travailler n'est plus tenable.

Les gens de justice avaient à cœur de bien faire leur travail mais sans trop se soucier des contingences, notamment budgétaires, de la réalité, considérant que le juge était au-dessus de cela²⁶ et que la

²³ A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque des idées », 1981.

²⁴ S. Rials, « Ouverture. L'office du juge », *op. cit.*, cité par O. Leclerc, *Le Juge et l'Expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, LGDJ, 2005, p. 128.

²⁵ Lord Woolf, *Access to justice. Interim report*, Londres, 1995, *Access to justice. Final report*, Londres, 1996.

²⁶ C'est un vieux démon de la société française et de sa logique de l'honneur. Voir à ce sujet P. D'Iribarne, *La Logique de l'honneur. Gestion des entreprises et traditions nationales*, Paris, Seuil, 1989.

justice n'avait pas de prix. Si la justice n'a pas de prix, elle a un coût. La nouvelle démocratie qui se met silencieusement en place réclame de la responsabilité, de l'*accountability* dans tous les sens du terme, c'est-à-dire de rendre compte de son travail et de son utilisation des deniers publics – comment un démocrate pourrait-il le refuser ?

Chacun ressent que cette rationalisation des moyens – encore plus par temps de disette budgétaire – a quelque chose de légitime. Les contraintes budgétaires obligent à faire des choix ; or, ces choix ont été retardés par le management qui pensait pouvoir comprimer l'audience pour en faire plus à moindre coût, sans la dénaturer. Mais cela n'est pas possible. Nous sommes arrivés à un point de rupture qui nous oblige à choisir des modes de traitement différenciés et à abandonner la voie d'une modélisation du traitement judiciaire pour faire des économies d'échelle, pour trouver d'improbables « marges de progression ».

Il n'est donc pas possible de retourner à une conception aristocratique de la justice, mais il n'est pas davantage possible de continuer à tout miser sur le management qui n'est qu'un moyen et non une fin.

3. LA DÉMOCRATIE PROCÉDURALE, UNE NOUVELLE RESSOURCE POUR LA JUSTICE

Le juge offre une bonne entrée pour comprendre notre temps parce qu'il est le siège de ses tensions, voire de ses contradictions, comme celle que nous venons de voir entre la nécessité d'une fonction tierce et l'impossibilité de la généraliser. Cela nous conduirait dans une impasse si la démocratie n'apportait pas, en même temps que ces contradictions, des ressources supplémentaires. La judiciarisation met le juge dans une impasse ? Le recentrage de la démocratie autour de la personne lui offre des possibilités nouvelles.

On aurait tort de croire que le management a été imposé de l'extérieur : il a été embrassé par de nombreux décideurs de justice qui sentaient bien qu'une partie de la légitimité de l'institution se jouait là. Cette nouvelle forme de justice semble répondre à une attente très large dans la population (d'accélération de la justice, de plus grande participation des citoyens, une possibilité d'anticipation). Le centre de gravité de l'institution migre vers l'individu en mettant en œuvre une redéfinition de la liberté. Si l'on ne fait pas ce lien, on s'interdit de comprendre ce qui nous arrive.

Une démocratie dont le centre de gravité est la personne

Quelle est en effet la légitimité de cette démocratie procédurale ? C'est la reconnaissance de droits fondamentaux attachés à toute personne, mais c'est également la capacité reconnue à chaque individu de conduire sa vie et d'être associé à toutes les décisions qui le concernent. L'observation du travail du juge montre le passage d'un lien social assez homogène au centre duquel se trouvait l'État administratif, à une société plus ouverte, à une « démocratie des individus²⁷ ». Cette nouvelle forme de démocratie mise plus sur la justice mais dissémine en même temps dans toute la société, dans les individus eux-mêmes, la capacité de trancher les conflits, d'interpréter le droit, de protéger

²⁷ J. Roman, *La Démocratie des individus*, Paris, Calmann Lévy, 1998.

les plus faibles, de sanctionner. Le citoyen est devenu dans notre nouveau modèle démocratique son propre juge (en témoigne la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité – CRPC), son avocat, voire il peut se faire tiers à lui-même.

Nous sommes donc en train de passer d'un modèle démocratique fondé sur la loi et une verticalité descendante, à un modèle qui valorise davantage le consentement et l'accord, et qui pourrait laisser croire que le contrat peut suffire pour construire une société. À tort car derrière l'accord, c'est la réciprocité qui se joue, et le consentement n'est pas que l'expression d'une volonté : il est aussi l'instrument d'une reconnaissance. La dimension symbolique n'a pas disparu – loin s'en faut –, mais elle se loge désormais dans l'horizontalité de l'échange. Cela ne congédie pas toute forme verticale mais lui donne une autre signification : elle doit être plus rare, mieux échafaudée et plus consistante. Le rituel judiciaire du procès, toujours nécessaire, n'a plus le monopole des formes de justice : il est concurrencé depuis des décennies par une forme de justice qui se déroule en cabinet, plus proche des personnes. Et plus récemment dans un *process*, inspiré du management, qui cherche à faire face à la demande de justice. Ce que révèlent les évolutions des fonctions du juge, c'est un déplacement du centre de gravité de toute l'institution. Alors que celle-ci était organisée autour du procès et son rituel dans une salle d'audience, dans lequel les justiciables devaient se couler ou se mouler, c'est dorénavant dans l'individu, le sujet de droit, le titulaire de droits fondamentaux, que se trouve l'entrée dans l'institution. Celle-ci est devenue une institution plus ouverte, qui doit réinventer les manières d'augmenter les capacités des citoyens (*empowerment*). Augmenter : n'est-ce pas la même étymologie que l'autorité²⁸ ? Aussi surprenant que cela puisse paraître, un nouveau sens de l'autorité (qui se rapprochera en réalité du sens originel) est à redécouvrir ou à inventer pour fonder de nouvelles manières de vivre en société, plus en accord avec les attentes de nos concitoyens.

Redéfinition de la liberté et nouveau sens de l'institution

Le rôle du juge a été bouleversé par la place accordée désormais à la volonté des individus. L'individu n'est plus passif, il n'est plus « la matière première inerte de la chaîne pénale²⁹ », ni même civile, il en devient l'un des acteurs, mieux c'est par lui qu'il faut entrer dans l'institution judiciaire si l'on veut la comprendre. On assiste en effet à une inversion : alors qu'auparavant, l'institution exigeait des individus qu'ils entrent dans le cadre rituel, dans le cadre du procès, car c'est le point de vue de l'institution qui comptait, à présent c'est l'inverse : de plus en plus l'institution est une institution de services constituée d'échelons, d'étapes, et ce sont les justiciables qui sont censés en être les acteurs, tandis que les juges sont la matière passive.

Ce qui est attendu d'une institution aujourd'hui ce n'est pas seulement qu'elle dispense du sens préconstitué mais aussi qu'elle permette à chacun d'élaborer le sien. Comment ? En reconnaissant son autonomie – au sens propre du terme, c'est-à-dire sa compétence à se fixer lui-même ses propres normes – et en augmentant sa *capacité*. À travers nombre de nouvelles procédures, l'institution judiciaire se recapitalise par le consentement, l'adhésion, la participation des usagers de la justice. Elle se borne à garantir à chaque acteur une certaine *capacité* d'action, action qu'elle ne contrôle qu'indirectement mais qu'elle autorise.

²⁸ Le mot autorité est formé à partir du verbe latin *augere*, qui signifie augmenter (d'où vient également le mot augure).

²⁹ J. Danet, « Portrait de prévenus en usagers de la chaîne pénale », *Les Cahiers de la justice*, n° 2013/1, mars 2013, p. 55.

On est passé du *moule* au *modulable*, pour reprendre la métaphore de Deleuze³⁰. La vision unitaire classique cède le pas à une autre, où le législateur a multiplié les choix de procédure (choix qu'il guide par des incitations positives ou négatives), parsemé la chaîne pénale de bifurcations, et doublé la procédure normale de voies plus ou moins rapides qui modifient profondément le rôle du juge. Le nouveau dispositif procédural s'éloigne, au gré des réformes, du procès classique dont l'objectif était depuis de mettre en œuvre une volonté législative. On est passé de la dialectique de la règle et de l'application à celle de l'autorisation et de la stratégie, qui nous éloigne de la liturgie pénale et nous rapproche du dilemme du prisonnier³¹.

Le rappel de la loi dans la majesté du rituel cède la place à une représentation plus modeste mais aussi plus parlante à nos contemporains, et peut-être aussi plus universalisable : celle de la règle du jeu. Une règle du jeu n'est pas morale ou immorale en soi mais ne prend sens qu'à l'égard de la partie dont elle doit garantir la loyauté et d'un résultat dont elle consacre par avance la légitimité du fait de son impartialité. Le législateur ne prétend plus agir directement en dessinant un processus, mais indirectement par l'intermédiaire d'une règle du jeu et d'un jeu dont il peut changer la « donne » de surcroît.

La procédure, qui était implicitement référée à un système, c'est-à-dire à une organisation de règles supposées avoir une certaine cohérence entre elles, répond plutôt à l'idée d'un environnement favorable à des choix individuels où la cohérence se fait au niveau du sujet. Ce qui n'est pas sans poser de problèmes à une institution dont la mission était précisément de signifier la loi et donc aussi la peine.

4. LE JUGE COMME RECOURS : OFFICE VIRTUEL, OFFICE D'AUTORISATION ET PLEIN OFFICE

Cette réflexion préalable sur les transformations de la démocratie invite à *renverser* la perspective : alors que jusqu'ici la règle était le traitement judiciaire ordinaire, c'est-à-dire en audience et par des juges, et l'exception un traitement par d'autres moyens – d'où le terme de modes « alternatifs » de traitement des conflits –, la règle aujourd'hui est de proposer une transaction, l'exception étant le traitement juridictionnel. C'est la raison pour laquelle nous suggérons de partir non pas des contentieux relégables, mais d'une interrogation sur la manière la plus adéquate et la plus démocratique de résoudre les types de contentieux en raison de leur nature. Quelles sont les personnes en cause ? Pourquoi saisissent-elles la justice ? Qu'est-ce qui les anime ? Dans quelle mesure accepteraient-elles un autre mode de résolution de leur différend ?

Il faut donc penser non en termes d'intra/extra-judiciaire mais en termes d'éloignement du juge ; non pas en termes de présence/absence, officiel/alternatif, mais *en fonction de l'intensité de l'intervention du juge*. Celle-ci peut être *virtuelle* – c'est-à-dire possible mais non effectuée et néanmoins efficace puisqu'elle inspire la solution imaginée par les parties –, présente mais se bornant à valider ou autoriser un accord ou de plein exercice. C'est pourquoi nous proposons de distinguer trois configurations : celle où le juge est absent mais pas la justice qui s'opère par d'autres voies (conférences de consensus, barèmes, etc.) proposées sans pouvoir s'imposer puisque le recours au juge est toujours possible ; la fonction d'autorisation qui se borne à avaliser la volonté exprimée

³⁰ G. Deleuze, *Pourparlers*, Paris, Éditions de Minuit, 1990, p. 242.

³¹ Situation où deux personnes ont un intérêt commun à coopérer mais où chacune a un intérêt propre à trahir l'autre, à condition toutefois de ne pas être elle-même trahie.

par les parties sans juridictionnaliser (par exemple homologuer l'accord entre le prévenu et le procureur représentant les intérêts de la société) ; et, enfin, le plein office qui doit être réservé aux cas graves³².

Les formulations actuelles mettent sur une fausse piste car il n'y a pas d'un côté des formes symboliques et d'autres qui ne le seraient pas, désymbolisées donc ; d'une part, la liberté de s'arranger entre soi et, de l'autre, la contrainte des institutions. Une telle représentation n'est pas satisfaisante pour deux raisons : tout d'abord parce qu'il ne s'agit pas d'une alternative radicale mais, comme on le verra, d'un dégradé entre une intervention maximale et une intervention très éloignée qui persiste cependant (ne serait-ce que parce que le juge peut être appelé à tout moment). D'autre part, parce que cette représentation laisse penser qu'il pourrait y avoir un individu sans institution. Ce qui est commun à ces trois formes de l'office, c'est que la personne juridique n'existe pas seule et que sa volonté ne vaut que parce qu'elle est autorisée par des représentations collectives et garantie par les institutions. Nous allons voir que même dans les formes en apparence les plus éloignées de la justice, une dimension symbolique subsiste mais elle ne passe plus par le rituel judiciaire classique.

A. L'office virtuel

Par office virtuel, nous désignons les transactions obtenues en dehors du juge – par la conciliation ou la médiation –, mais sans toutefois que ce dernier soit totalement absent. Ces transactions se font « à l'ombre de la loi ». Le juge n'est pas physiquement présent mais son spectre l'est.

Une démocratie mature doit en effet apporter confiance et reconnaissance à d'autres types de résolution des conflits que le seul recours à la juridiction. Aussi ces modes doivent-ils être reconnus comme pleinement légitimes, et non alternatifs. Une telle approche peut avoir pour conséquence de limiter un gaspillage de temps, d'énergie, d'argent, d'intelligence que représentent certains contentieux en justice quand des solutions plus simples, plus efficaces et surtout plus en phase avec le nouveau modèle démocratique existent. Ce dernier enjeu n'est qu'accessoirement une question de gestion des flux judiciaires, il devient un objectif de modernisation démocratique.

Cette démocratie procédurale doit se comprendre en soi, au-delà de ses garanties techniques : elle se concrétise dans des formes plus souples et plus réactives, comme les autorités administratives indépendantes. On la voit prospérer également dans les institutions internationales, ainsi que dans des institutions très hiérarchiques et fermées telles que l'armée, la prison ou l'école dans lesquelles entre le droit, par les conseils de discipline par exemple. Tout se passe comme si, aujourd'hui, la prise en charge procédurale des conflits faisait partie intégrante de toute entreprise privée et de toute institution publique. Tout acteur social, public ou privé, doit prévoir la médiation des conflits que génère son activité. Quiconque intervient dans le monde doit proposer une résolution aux conflits qu'il génère ; c'est le principe de l'acteur-médiateur : quiconque exerce une action publique à titre privé ou à titre public est désormais chargé de prévoir une procédure pour résoudre les conflits que son activité peut engendrer. Ce sont les services consommation des entreprises, les

³² Voir le tableau de clarification des offices à la fin de l'introduction.

médiateurs dont l'importance ne cesse de croître, par exemple dans les hôpitaux ou dans les ministères. Cette solution présente néanmoins la faiblesse de ne pas instaurer de véritable tiers au conflit, puisque c'est l'une des parties qui propose de se faire l'arbitre du conflit.

Dans le même esprit, il doit incomber à l'État de proposer aux citoyens une offre sérieuse et loyale pour régler par soi-même ses différends. Tous les citoyens doivent se faire offrir la possibilité de trouver une transaction à leurs différends avant d'aller en justice. En d'autres termes, la justice doit s'obtenir d'abord par une tentative de transaction, et ensuite par un traitement juridictionnel. Mais le choix n'est pas entre un mode à l'ombre du juge et un plein exercice de l'office du juge : une autre forme est en train de naître qui est à la fois judiciaire et personnelle.

B. L'office d'autorisation

Dans cette seconde hypothèse, le juge ne prend pas directement en charge le litige car l'institution s'est contentée de fournir un cadre pour que le consentement soit possible et garanti. La diversification des formes de justice n'affaiblit pas le sens de la mission du juge mais oblige à le reformuler : comment trouver une nouvelle présence dans la cité qui ne passe plus exclusivement par le rituel du procès ? Comment garder sa place de référent, de « tiers de reconnaissance », dans une société d'égaux, dans une démocratie d'individus ? C'est cela la tâche qui attend les juges d'aujourd'hui et de demain dans leur réflexion sur l'office.

La mutation culturelle en cours impose au juge non pas une révolution, mais une *rotation*. Alors qu'il était centré sur une idée verticale du pouvoir, sur un droit émanant exclusivement d'en haut, d'une *auctoritas* qui puise aux sources du sacré républicain, voilà qu'il doit se redéfinir de manière plus *horizontale*.

Lorsqu'une solution négociée est proposée en réponse à une infraction pénale, l'intervention de la justice ne se vit plus comme un redoublement symbolique de l'acte délictueux, mais comme une deuxième chance de se comporter en sujet, de rattraper par un comportement citoyen les manquements à sa citoyenneté.

Ces nouvelles formes s'éloignent du rituel classique mais créent dans le même temps, peut-être, de nouveaux rituels. Jean Danet³³ cite en exemple les délégués du procureur qui, pour signifier les ordonnances pénales délictuelles, organisent de nouvelles formes d'audience, ou les procureurs qui parlent volontiers de leurs « audiences de CRPC ».

Ne peut-on voir dans ce nouvel équilibre entre le sujet et l'institution l'occasion d'une nouvelle symbolisation de la peine, moins centrée sur la transgression de la Loi (qu'impliquait le rituel de l'audience), mais davantage reliée au contrat social ? Plus horizontale parce que n'ayant plus pour support le face à face avec le juge perché sur son estrade, mais une relation mettant aux prises d'un côté, un individu ayant commis un délit et, de l'autre, le représentant de la société qu'est le procureur ? Une perspective relationnelle de la justice qui se fonde sur le consentement, et qui semble trouver un bon accueil du public.

³³ J. Danet, « Quel rituel judiciaire ? », *Une évaluation de l'administration de la justice pénale. Les nouveaux modes de traitement des délits*, colloque organisé par l'université de Nantes, 7 février 2013.

L'institution judiciaire organise en son sein une dualité, non entre la première instance et la seconde instance, mais entre un jugement ordinaire dans le cadre d'une salle d'audience – avec ses garanties mais aussi son aléa, sa longueur et sa publicité – et un tête-à-tête avec le procureur ou le juge. De la même manière que les formes extra-juridictionnelles ont été pensées en relation avec la démocratie, les formes intra-juridictionnelles doivent être pensées comme d'authentiques formes de justice, même si elles se déroulent à l'ombre du ritualisme de l'audience. Elles obligent à repenser le rôle de chacun (du procureur, du juge et de l'avocat), ainsi que les garanties que l'on lui accorde. Il faut donc analyser cette nouveauté, non comme un pis-aller ou comme une méthode d'évacuation des affaires, mais comme l'invention d'une justice articulée à une nouvelle relation civique qui engage une redéfinition du sujet de droit et un rôle inédit pour les magistrats.

Ces pratiques partent d'une nouvelle conception du sujet, non seulement titulaire de droits subjectifs, mais avant tout capable et responsable. Elles restituent au sujet une capacité d'avoir à nouveau prise sur son destin : c'est la dynamique de l'*empowerment*, de la mise en capacité. Cette forme de justice pousse le citoyen à se prendre en main, à agir et non à subir passivement. L'institution réclame de lui un engagement (au sens quasi étymologique du terme : il se donne en gage de l'exécution de la justice).

Ces nouvelles voies s'apparentent à un vaste mouvement dans la justice qui tente, depuis 1945, de faire adhérer les justiciables aux décisions qui les concernent. Elles ont en commun de solliciter la volonté de l'individu qui se décline sous nombre de nouvelles notions qui doivent être soigneusement distinguées³⁴. Car la volonté qui répond à une autorité n'est pas celle qui cherche un accord entre égaux comme dans un contrat. Cette précision est importante en ce qu'elle permet de faire la distinction avec l'univers du contrat, et donc de congédier des expressions comme « la contractualisation de la justice ». Non, il ne s'agit pas de contrat mais d'une relation civique. Plutôt que de l'autorité du rituel, le magistrat donne son cadre à une relation civique.

Une relation civique

Ce qui distingue une relation civique d'une relation ordinaire (commerciale ou sociale), c'est précisément l'asymétrie entre les parties. Elle met aux prises des personnes privées avec une partie publique, mais pas n'importe laquelle : le juge ou le procureur se distinguent des représentants de l'administration ou des élus, en ce qu'ils incarnent un pacte civique et non l'État ou le corps politique. Ce pacte civique se détache de l'État ou du corps politique en ce qu'il sollicite un registre particulier, plus moral (encore qu'il ne se confonde pas avec la conviction), et plus symbolique parce qu'il excède le caractère fonctionnel de l'administration. Sa matière concerne une partie privée soustraite dans la vie ordinaire à l'emprise publique, mais qui y est de nouveau soumise en raison d'une violence, d'un trouble grave, d'une menace sur la paix sociale. Cette catégorie du civique ne doit pas être réduite à un concept superficiel, celui de l'instruction civique, c'est-à-dire la politesse que se doivent les citoyens entre eux. Il est autrement plus profond, et c'est pourquoi nous sommes mal à l'aise pour le nommer : il hérite de la part de la vie laissée en déshérence par la politique démocratique, une fois qu'elle s'est définitivement séparée de la transcendance.

³⁴ L'acceptation suppose une proposition préalable qui peut être faite dans un contexte contraignant (c'est pourquoi l'on accepte une CRPC) ; or l'adhésion se situe dans le même registre mais dans un contexte moins contraignant (le Code civil prévoit notamment que le juge doit rechercher l'adhésion de la famille aux mesures qu'il propose), l'accord s'emploie à propos des mesures pénales ; il faut réserver l'idée de consentement à la situation où la volonté est la plus libre, c'est-à-dire la moins sujette à des contraintes extérieures ou légales. Ainsi l'on consent au mariage de la même manière que l'on parle de divorce par « consentement mutuel ».

Entre le procureur et la personne déférée s'établit un échange rendu possible par des intérêts différents mais convergents : la société, à travers le parquet, a intérêt à épargner les ressources collectives (de mobilisation de l'audience mais aussi de difficultés d'exécution), le prévenu se voit dispensé d'avoir à affronter l'aléa et l'humiliation de l'audience publique. Le parquet n'agit pas comme un pseudo-juge, il fait usage d'une qualité nouvelle, celle d'un représentant de la « société civile ».

C. Le plein office

Le destin du juge dans notre démocratie est décidément paradoxal : alors qu'il se croit consacré, il se découvre concurrencé par d'autres modes de règlement des conflits. D'où la nécessité de distinguer ce qui doit revenir absolument au juge et ce qui doit être laissé à d'autres modes de traitement.

Deux critères se dessinent : d'une part, le juge ne doit s'occuper que des affaires présentant une certaine gravité, les conflits qui n'ont pas pu être résolus ailleurs, les délits les plus graves ; de l'autre, il ne doit être réservé qu'aux affaires auxquelles il peut apporter un traitement individuel.

La consécration de la forme judiciaire par la démocratie contemporaine implique paradoxalement un cantonnement concomitant du juge. Alors que la forme juridictionnelle l'emporte partout, le juge ne peut plus prétendre monopoliser à lui seul l'acte de juger. Il en serait bien incapable tout d'abord tant la tâche est immense ; mais il ne le doit pas non plus car cela serait pervertir le phénomène qui est de chercher dans la procédure quasi juridictionnelle une manière de délibérer ensemble. Il n'est pas concevable qu'une société soit entièrement régulée par des juges. Aux États-Unis, société judiciairisée s'il en est, l'immense majorité des procès sont transigés avant d'arriver à l'audience.

En d'autres termes, il n'est pas souhaitable, ni à vrai dire pensable, que le juge accapare ce mouvement qui le dépasse et dont il n'est qu'une étape. Rien ne serait plus faux que de penser après avoir énoncé ces critères de l'intervention du juge que dès qu'il faut protéger les libertés, un juge doit être saisi, que tous les litiges doivent être tranchés par le juge. Le juge ne peut avoir en charge *toute* la protection, la résolution de l'ensemble des conflits, l'interprétation de toute question de droit, la sanction de toutes les infractions et intervenir à chaque fois que la moindre des libertés est en jeu.

Le juge, enfin, ne peut connaître que de cas singuliers. Le plein office doit être réservé aux affaires graves auxquelles le juge apporte un traitement individualisé. Aussi proposons-nous de poser comme principe que tous les contentieux de masse, dans lesquels le juge n'apporte aucun traitement individualisé, cessent de ce fait d'être réellement de la compétence du juge judiciaire.

Trois critères doivent permettre de distinguer ce qui doit rester au juge et ce qui peut faire l'objet d'autres traitements : une procédure contradictoire, si possible « à corps présent », un certain temps consacré à chaque affaire, un traitement individuel enfin. Un traitement sans contradictoire, sans comparution des parties ni attention individuelle apportée à l'affaire, ne doit pas relever du *plein office* du juge.

Il faut donc réserver au juge le monopole de la *juridiction*, au sens plein. Lui revient de *dire le droit* dans sa vérité. Nécessaire créateur de droit dans l'exercice de son pouvoir interprétatif, le juge *corrige* ou *rectifie* les situations inéquitables³⁵ et *protège* des déséquilibres. Véritable médiateur, ou arbitre du combat judiciaire, il dit – il montre – ce qui est droit et loyal dans l'assaut avant de prononcer la sentence (*judicare*). Inversement, ce qui n'est pas de l'ordre du *juridictionnel* ne fait pas pleinement partie du périmètre du juge : l'écriture, restituée au greffier ; le calcul ou l'expertise, actes purement techniques ; la gestion ou le management, actes purement administratifs.

Ce n'est donc pas une révolution qui est attendue des juges mais plus modestement une conversion : il leur faut accompagner ce passage d'une société administrée, orientée à la verticalité de la Loi, à une société fondée sur la réciprocité et la reconnaissance mutuelle. Réserver une plus grande place à la société civile, associer les sujets aux décisions qui les concernent même quand elles font mal, se hisser à l'échelle de notre monde, se montrer à la hauteur des promesses de cette nouvelle démocratie, voilà les défis que doivent relever les juges.

CONSTRUIRE UNE OFFRE DE JUSTICE EN AMONT

Les modes alternatifs de règlement des conflits sont présentés comme une panacée, et pourtant ils ne parviennent pas à soulager les juridictions à la hauteur des espoirs placés en eux. Aussi faut-il commencer par s'interroger sur les raisons profondes de cet échec. À chaque projet de réforme de la justice, la conciliation est évoquée, mais force est de reconnaître qu'elle ne montre pas une grande vitalité dans les faits. Toute l'histoire en témoigne : depuis l'instauration technique de cette vieille idée à la Révolution jusqu'aux critiques adressées aux conciliateurs à leur réintroduction en 1978. Pourtant, les outils procéduraux encourageant la conciliation, la médiation, la transaction, existent ; le nouvel article 1530 du code de procédure civile retient une définition très claire de la médiation et conciliation conventionnelle³⁶ : « Tout processus structuré par lequel deux parties tentent de parvenir à un accord en dehors de toute procédure juridictionnelle avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité et compétence. »

La cause n'est donc pas à chercher dans les textes – ils existent –, mais plutôt dans la réserve des professionnels de justice, magistrats et avocats à leur égard. Celle-ci d'ailleurs n'est pas nouvelle. Jacques Poumarède, à la fois historien du droit reconnu et conciliateur de justice, insiste sur la résistance immédiate des gens de justice à l'introduction, par le droit révolutionnaire, de la médiation pour tempérer la « fureur thémistique³⁷ ».

Peut-être faut-il également en chercher la cause dans une résistance culturelle des Français au face à face, dans leur difficulté à s'organiser eux-mêmes, et dans leurs attentes vis-à-vis de l'État. Les mentalités évoluent néanmoins, comme en témoigne le développement des associations dans ce domaine.

Quelle qu'en soit la cause, il faut proposer une autre voie que l'énième réforme rendant la conciliation obligatoire qui se heurtera comme les autres aux mêmes obstacles. En réalité, il ne faut pas un

³⁵ Au sens où Aristote parlait de « justice corrective » dans *L'Éthique à Nicomaque*.

³⁶ Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

³⁷ J. Poumarède, « La conciliation, la mal aimée des juges », *Les Cahiers de la justice*, n° 1, mars 2013, p. 127.

ingrédient mais trois pour une réforme réussie : il faut construire une offre – beaucoup l’ont fait déjà mais insuffisamment –, mais il faut ensuite retirer de l’attractivité à la comparution devant le juge en créant des *référentiels de jugement* sous la forme de barèmes et d’autres instruments – de façon à ce que les parties aient une base plus solide sur laquelle trouver un accord. Il faut enfin – et c’est peut-être le plus difficile mais le plus essentiel – faire évoluer la culture des professionnels, à commencer par les avocats. Et, allons jusqu’au bout, cette mutation ne se fera pas uniquement par des exhortations au changement mais aussi par la création d’incitatifs financiers qui donnent un avantage concret à choisir la voie de la transaction.

Construire une offre systématique et crédible de résolution des conflits

Dans le domaine de la santé, il est régulièrement regretté que les malades se rendent directement aux urgences faute d’une offre de santé plus structurée en amont. De même pour les juridictions, nous pourrions interroger cette difficulté à proposer une offre de résolution des litiges, qui pourtant pour le justiciable peut s’avérer moins contraignante, plus rapide et économique. L’enjeu semble aujourd’hui être de construire une véritable offre publique de résolution des différends qui évite le double écueil de la privatisation de la justice ou, pire, de sa communautarisation³⁸.

L’offre de résolution extra-juridictionnelle des conflits est aujourd’hui très hétérogène : elle peut être bénévole (les conciliateurs de justice) ou rémunérée (la médiation), être pratiquée par des personnes habilitées ou par des associations, elle varie considérablement suivant les territoires et elle peut être financée directement par les parties ou prise en charge par les pouvoirs publics, être proche des juridictions ou très éloignée.

Il faut donc tout d’abord reconnaître la place centrale de cette offre et la rationaliser ensuite d’un point de vue administratif. Comment organiser cette justice participative dans une période de contrainte budgétaire en gardant la vitalité d’un réseau déjà existant ? Il est proposé de l’organiser dans un *continuum* possible entre offres de justice de proximité non juridictionnelle, exercice professionnel des avocats et intervention du juge, et non dans une concurrence ou une opposition comme cela a souvent été vécu. Ce qui implique une attention particulière portée aux cultures professionnelles, aux formations et aux pratiques des avocats et des magistrats, comme à celle des personnels de justice.

Une offre de conciliation/médiation

En premier lieu, il s’agit d’admettre le principe d’une offre de justice non juridictionnelle, d’identifier les capacités existantes dans chaque ressort et de rendre lisible l’offre de résolution des différends : conciliateurs auprès du juge d’instance, médiateurs familiaux, médiateurs spécialisés en matière prud’homale ou tout autre domaine.

Il faut définir l’articulation de cette offre avec la politique actuelle d’accès à la justice. Pour les litiges de la vie quotidienne (famille, crédits, loyers, travail), beaucoup insistent sur l’importance pour le justiciable du *premier renseignement donné*. D’où l’importance d’orienter le plus en amont possible

³⁸ Comme le montrent quelques expériences canadiennes qui confient à des instances religieuses la résolution des conflits familiaux.

les justiciables vers les structures à même de résoudre leurs conflits. C'est lors du premier accueil du justiciable dans une maison de justice, un point d'accès au droit ou tout autre dispositif d'information que doit être offerte la possibilité d'un recours direct à une procédure de conciliation ou de médiation et son intérêt.

À ce titre, la proposition du barreau de Paris³⁹ de mettre en place une consultation gratuite préalable à toute demande d'aide juridictionnelle informant sur tous les modes de résolution des litiges mérite attention, ainsi que celle de la formation des personnels des bureaux d'aide juridictionnelle pour que ceux-ci puissent donner une information utile. Une telle proposition pourrait être expérimentée et évaluée.

Cette initiative doit être articulée avec l'offre de conciliation proposée par les conciliateurs de justice qui interviennent principalement aujourd'hui dans le cadre d'une conciliation conventionnelle. L'association nationale des conciliateurs de France indique que 30 % de leur activité est faite de renseignements sur les droits, d'orientations permettant souvent de déminer les conflits. Elle soutient qu'il existe en France un vivier important de personnes, notamment retraitées, intéressées par cette fonction, et que le caractère bénévole n'arrête pas le volontariat.

Ce qui implique une qualification des professionnels qui se trouvent dans ces lieux d'information à tous égards stratégiques : pour le justiciable, à qui le premier renseignement permettra d'exercer ses droits, et pour l'institution qui pourra promouvoir une nouvelle culture de résolution des conflits. Les choix des moyens sont ici déterminants.

Le succès d'une telle orientation dépend de l'intérêt porté à la fois par les barreaux, les juridictions et aussi les collectivités territoriales aujourd'hui directement concernées par les politiques d'accès au droit avec l'implantation des maisons de justice et points d'accès au droit. Les collectivités territoriales ont un intérêt direct à une pacification des rapports sociaux sur leur ressort, elles doivent pouvoir participer au développement de ces nouvelles formes de justice. Il faut inventer un nouveau pilotage coordonné de ces formes de justice, soit à partir des conseils départementaux d'accès au droit, soit à partir d'une structure originale.

Des conférences nationales de consensus

Si les juges peuvent agir positivement en faveur de la transaction, c'est moins en tentant de concilier les parties qu'en produisant une jurisprudence stable et prévisible. Celle-ci découragera en effet les justiciables « de tenter leur chance ». La jurisprudence, toutefois, n'est pas la seule source de prévisibilité : celle-ci pourrait tout aussi bien résulter de barèmes ou des grilles d'indemnisation établies ailleurs que par la justice, en y associant la société civile. Beaucoup de contentieux répétitifs, qui consomment le temps et l'énergie de la justice, pourraient trouver une résolution plus rapide et plus citoyenne si la *norme* effectivement appliquée était plus claire. La norme s'oppose au

³⁹ Ordre des avocats du barreau de Paris, « Plate-forme de propositions sur la médiation », avril 2013.

jugement individuel en renvoyant aux conséquences concrètes et le plus souvent chiffrées d'une décision de justice établissant une faute, déclarant un statut ou constatant un dommage.

Dans le cas d'un divorce, c'est le plus souvent sur la norme (la pension alimentaire notamment) et non sur le principe de la séparation que porte le conflit. D'où l'idée de fixer de manière collective un certain nombre de *normes*, c'est-à-dire des barèmes, des grilles d'indemnisation, voire des grilles de peines pour des délits mineurs ou formels, qui sont pour l'instant fixés au cas par cas par les juges, et qui constituent en réalité l'essentiel de l'enjeu du litige. Si cette norme était plus claire, elle permettrait une meilleure anticipation de la décision, retirerait de l'enjeu à l'action en justice et favoriserait *in fine* la transaction. Pour que ces normes recueillent la confiance des justiciables, il faut également repenser leur élaboration.

Nous proposons donc d'inventorier les normes susceptibles de faire l'objet d'un tel traitement, contentieux par contentieux, et d'analyser plus finement ce que les justiciables attendent de l'action en justice⁴⁰. Dans le but de substituer à une méthode verticale, procédurale et mécanique, dont nous constatons aujourd'hui les limites, une méthode plus participative s'appuyant sur la demande des justiciables, représentée par des associations, dans le cadre d'un débat public qui prendrait une forme spécifique selon les questions traitées. Dans ce cadre, l'expérience des juridictions, leurs avis et leurs expertises devraient bien évidemment être pris en considération mais sans être considérés comme la seule source normative.

Le modèle québécois de fixation des pensions alimentaires pour les enfants

Au Canada, dans les années 1990, les associations féministes se sont alarmées du constat que la séparation familiale entraînait l'appauvrissement de la situation des enfants et des parents gardiens. Elles ont milité pour une réforme des modes d'évaluation des pensions alimentaires qui garantisse mieux la contribution effective de chaque parent à l'entretien des enfants. Une commission parlementaire a été réunie et des lignes directrices en matière de pension alimentaire ont été votées par le Parlement en 1996.

Ces lignes directrices incluent une « table de fixation de la contribution alimentaire de base », c'est-à-dire un barème, qui croise – entre autres critères – l'ensemble des revenus des parents pour déterminer le montant de la pension alimentaire correspondant aux besoins de l'enfant. L'entrée en vigueur de ces lignes directrices a été précédée d'une grande campagne de communication car elles sont destinées à être appliquées directement par le public grâce à un formulaire diffusé par le ministère de la Justice canadien⁴¹.

Les parents peuvent donc déterminer eux-mêmes le montant de la pension alimentaire en référence aux lignes directrices (mais, compte tenu de la complexité du barème, ils sont souvent assistés en cela par leurs avocats, dont certains s'en font une spécialité). Il leur est néanmoins possible de s'écarter du montant indiqué et de saisir le juge à défaut d'accord, ce dernier appréciant alors les raisons qui peuvent justifier une augmentation ou une diminution du montant de la pension.

⁴⁰ On ne peut que déplorer la faiblesse, voire la quasi-absence d'études sur ce point.

⁴¹ <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/generale/modele.htm>.

La diffusion de barèmes indicatifs

La place des barèmes dans le droit est incertaine. Il faut évacuer la question de leur juridicité, en refusant la notion de contrainte et plutôt porter attention à leur influence, comme « petites sources du droit⁴² ». Les objectifs explicites recherchés sont le plus souvent la volonté d'assurer l'égalité entre les justiciables, de rendre les décisions plus prévisibles et de favoriser la conclusion d'accords. Mais ce ne sont pas les seuls.

Un premier enjeu, quand on parle de barèmes, se situe en amont : comment s'élaborent les choix préalables et pour quels objectifs ? Ce peut être un objectif d'équité des contributions des parents pour les barèmes de pension alimentaire, voire de réduction du taux de pauvreté des familles monoparentales, d'efficacité et de rapidité des indemnisations en cas d'accident du travail, de protection des débiteurs en cas de saisie des rémunérations... Il y a donc un objectif politique, et pas seulement technique, outre l'objectif d'égalité des citoyens et de transparence des décisions.

L'exemple canadien montre une grande différence dans les méthodes retenues : le barème des pensions alimentaires élaboré par le ministère français de la Justice l'a été par des experts, et la qualité de leurs travaux n'est pas en cause, mais sans association des justiciables intéressés. Il a été ensuite diffusé par le ministère auprès des juges ; ce barème est une référence implicite ou explicite pour les juges, mais il n'est pas devenu une référence systématique dans le débat judiciaire et une grande diversité des pratiques judiciaires demeure.

L'élaboration d'un barème des pensions alimentaires réalisé dans le cadre d'une commission pilotée par un ministère, qui peut être celui de la famille autant que celui de la justice, comprenant les représentants de toutes les parties – associations familiales, féministes, représentant les pères – reconnaîtrait l'objectif politique de recherche d'équité des contributions des pères et mères quant à l'entretien des enfants, et permettrait de retenir un barème national, public, connu de tous en cas de séparation, diffusable auprès des services sociaux et des barreaux. Une partie des conflits serait ainsi résolue par cette possible référence.

La même recommandation peut être faite pour le montant de la réparation des préjudices corporels⁴³. Un premier travail a été réalisé avec la nomenclature de la réparation des préjudices corporels dans le cadre de la commission présidée par Jean-Pierre Dintilhac, président de chambre à la Cour de cassation en 2005⁴⁴. Ce travail pourrait être complété par des barèmes de référence. Les représentants d'associations de victimes sont réticents à l'idée d'un barème, craignant que celui-ci ne favorise que les compagnies d'assurance. Pourtant, le barème peut aussi limiter l'arbitraire des assureurs et harmoniser les réparations. Ce sujet peut faire l'objet d'une conférence de consensus qui permet d'établir un partage des connaissances, un débat public et une délibération.

Les professionnels de justice, magistrats et avocats, expriment très souvent des réserves, voire une opposition aux barèmes, alléguant le risque de leur voir attribuer un caractère obligatoire et de

⁴² I. Sayn, « Le droit mis en barèmes ? Origines, définitions et enjeux », *Le droit mis en barèmes ?*, colloque organisé par le Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRIID), Saint-Étienne, 8-9 novembre 2012.

⁴³ La réparation du préjudice corporel concernait 20 000 affaires civiles en 2006, et l'on totalisait cette année 10 000 décisions pénales pour homicides et blessures involontaires qui se prolongent souvent en intérêts civils ; cf. S. Guinchard (dir.), *L'Ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Paris, La Documentation française, 2008.

Au soutien de la proposition d'un barème de référence en matière de réparation du préjudice corporel, on peut aussi évoquer le procès dit des prothèses mammaires PIP devant le tribunal de grande instance de Marseille qui a rassemblé plus de 5 000 parties civiles.

⁴⁴ J.-P. Dintilhac (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, Paris, La Documentation française, 2005.

l'abandon de l'individualisation des décisions. Mais ces barèmes ainsi élaborés deviennent une référence publique et, en cas de litige venant devant une juridiction, le barème est une référence débattue contradictoirement, laissant au juge l'appréciation d'une situation particulière.

Faire évoluer la culture professionnelle des avocats et des juges

Si le frein vient des professionnels, c'est dans une évolution de la culture professionnelle, comme le soulignait le rapport de Serge Guinchard, qu'il faut chercher des solutions durables. À commencer par celle des avocats qui détiennent la clé d'une évolution possible. Une nouvelle culture peut amener à estimer que l'avenir de leur profession sera pour partie tourné vers le conseil dans tous les domaines, comme cela s'est déjà développé dans le domaine social, les entreprises comme les comités d'entreprises faisant désormais appel au conseil d'avocats de manière constante. Cette nouvelle culture peut faire évoluer la demande des justiciables vers un règlement plus apaisé des conflits, moins éprouvants pour eux et qui leur laisse plus de capacité d'action. Pour cette nouvelle culture professionnelle qui se dessine, le contentieux juridictionnel devrait être réservé aux affaires les plus graves et aux conflits qui ne peuvent trouver de solutions ailleurs.

Le barreau de Paris fait des propositions en faveur d'une évolution de la profession en ce sens dans sa plate-forme pour permettre de développer la médiation. Il propose notamment que tous les justiciables soient systématiquement informés des possibilités de médiation « pré-judiciaire », proposant que cette information soit un préalable à la recevabilité d'une demande en justice. Il soutient une formation pédagogique des avocats au processus de médiation par l'école de la médiation du barreau de Paris, en vue de favoriser ce mode de règlement des litiges. Le Conseil national des barreaux émet aussi le souhait de voir rémunérer par l'aide juridictionnelle les avocats qui s'orientent vers un règlement amiable du litige⁴⁵.

Nombre d'avocats se sont engagés dans des formations à la médiation, au droit collaboratif et à la procédure participative. Le *droit collaboratif*⁴⁶ requiert la signature d'une charte qui engage les avocats à tout mettre en œuvre pour aboutir à une solution consensuelle, et à se désister en cas d'échec. Elle change la culture de la profession car l'avocat n'est exclusivement plus le porte-parole de son client, mais devient aussi responsable des échanges entre les parties pour les faire progresser vers un accord. Il faut pour cela créer un climat de coopération et de confiance entre avocats. Une organisation professionnelle d'avocats⁴⁷ propose d'y recourir dans le cadre d'une conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge aux affaires familiales.

La *procédure de justice participative* est entrée dans notre code de procédure civile suite aux propositions du rapport Guinchard : les avocats et les parties s'engagent aussi dans un processus de transaction par une convention, mais sans obligation de désistement pour les avocats en cas d'échec. Cette signature suspend les délais de prescription pour la sauvegarde des droits des parties qui ne soumettront ensuite au juge que les points sur lesquels un accord n'a pas pu être trouvé.

Ces formes de règlement des conflits intègrent donc la volonté des parties et portent ses fruits notamment lorsque celles-ci sont appelées à continuer à avoir des relations entre elles. La solution du litige doit préparer l'avenir, c'est-à-dire leur permettre la poursuite de ces relations.

⁴⁵ « Vers une réforme globale de l'accès au droit et à la justice proposé aux pouvoirs publics par la profession d'avocat », résolution du CNB adoptée par l'assemblée générale des 22 et 23 mars 2013.

⁴⁶ Le droit collaboratif commence aujourd'hui à se développer en matière familiale et en matière de négociation collective ou commerciale ; cinq cents avocats s'y sont formés en France.

⁴⁷ Syndicat des avocats de France, « Contribution sur l'office du juge aux affaires familiales et périmètre d'intervention », avril 2013.

Les juges peuvent redonner vie à l'offre de conciliation. Leur formation à ces procédures nouvelles est tout aussi déterminante. Un juge doit savoir quelles procédures suit un avocat et quelles difficultés il rencontre pour parvenir à un accord. Cela permet de penser autrement les procédures d'homologation judiciaire : quand le juge examine un accord soumis à homologation, il est amené à admettre des modalités de règlement qu'il n'aurait peut-être pas lui-même retenues mais qui sont appropriées à cette situation. Ce qui veut dire que barreaux et juridictions doivent débattre de ces procédures et que la jurisprudence de la juridiction est connue du barreau.

Mais la conduite d'une procédure de conciliation demande des savoir-faire spécifiques. Une telle formation permettrait de retrouver cette offre de justice de conciliation à plusieurs niveaux : l'avocat dans son activité de conseil, le juge déléguant au conciliateur cette mission et lui-même œuvrant en ce sens.

Une conciliation réalisée par une présidente de juridiction

Un litige opposait une société de distribution d'eau à des campings suite à des facturations et venaient devant les juridictions des contestations relatives aux titres exécutoires. Ces litiges ont été regroupés devant la même juridiction : 600 campings étaient concernés, 600 demandes en justice portées par un seul avocat. Le litige portait sur 3 millions d'euros environ.

La présidente de la juridiction a proposé aux deux avocats de conduire une procédure de conciliation, ce qu'ils ont accepté. Une première audience a rassemblé tous les demandeurs et les avocats. La procédure leur a été présentée : il a été proposé deux dates d'audience avec un temps d'intervalle suffisant et il a été demandé aux avocats de faire d'ici la prochaine date une proposition de transaction. Des premières propositions sont faites à l'audience suivante mais ne permettent pas d'aboutir. Deux mois passent mais à la dernière audience prévue aucun accord n'a été réalisé. La présidente informe les parties des textes applicables et de leurs conséquences faute d'accord. Quelques jours après, une transaction est réalisée entre les parties.

Plusieurs éléments sont à retenir : cette juge avait suivi une semaine de formation au Québec sur la justice participative, une semaine pluridisciplinaire expliquant précisément les enjeux et les techniques concrètes (taille de la salle, disposition des tables, rapport oral avec chaque partie, temps d'aparté à prévoir pour les parties pendant l'audience). Juge d'instance auparavant, elle avait déjà une expérience de la conciliation et de la discussion avec des justiciables non juristes, donc de la nécessité d'une explication orale simple et claire. Sans formation et expérience, elle n'aurait pas pu conduire cette conciliation.

La conciliation exige un rôle actif du juge : à un moment la présidente met sur la table les indications relatives à ce que pourrait être sa décision, ce qui permet un réel dialogue avec les avocats.

La place des avocats est déterminante. Ce sont eux qui conduisent la transaction et qui permettent sa réussite ou son échec. Leur place s'y trouve presque plus importante que dans une procédure contentieuse.

Une telle formation des juges leur ferait redécouvrir l'intérêt qui s'attache à une offre de conciliation et de médiation en amont du juridictionnel. Or, le recrutement actuel de conciliateurs de justice est très divers selon les cours d'appel. La cour d'appel de Douai s'est engagée dans une convention avec l'association des conciliateurs qui permet de définir un processus de formation, un tutorat pour les conciliateurs nouvellement nommés, et définit les conditions de délégation de la conciliation. C'est cette structuration d'une offre de conciliation qui permet la confiance de tous les acteurs.

Il faut ajouter que ce changement de culture concerne les avocats et les juges mais aussi tous les professionnels juristes : ainsi une tentative de mise en place de procédure de conciliation devant la chambre de la construction de la cour d'appel de Paris, si elle a reçu l'aval des assureurs, s'est heurtée de fait à une opposition silencieuse des rédacteurs de leurs services qui pensaient que leur travail allait disparaître.

Confier à des commissions administratives de conciliation certains contentieux

Dans le prolongement de cette perspective, une proposition consisterait à imaginer d'autres formes publiques non juridictionnelles de résolution amiable des différends. Depuis une trentaine d'années, des contentieux entiers ont été transférés de la justice vers d'autres modes de traitement ; des commissions ont été créées pour prévenir des contentieux et éviter un recours systématique à la justice. On songe à l'indemnisation des victimes d'accidents de la route⁴⁸, au surendettement des particuliers⁴⁹, à une partie du contentieux médical, au contentieux de la concurrence, pour ne citer que les principaux. Nous disposons donc déjà d'une expérience en ce domaine et à chaque fois les mêmes inquiétudes ont pu s'exprimer : crainte d'une moindre protection des plus vulnérables et d'une déresponsabilisation des auteurs ; et pourtant de nouveaux équilibres se sont trouvés et apparaissent depuis comme des références classiques.

Comme pour les conférences de consensus évoquées précédemment, les commissions qui seraient chargées de ces contentieux devraient intégrer des associations ou des organismes représentant les parties concernées, de façon, là encore, à leur conférer une dimension de démocratie participative. Cela serait donc une manière de stimuler la vitalité du tissu associatif en leur offrant l'occasion de contribuer plus activement à la justice quotidienne puisque la perspective ne serait plus celle de l'administration mais bien d'une fonction de justice.

Ces nouvelles formes de justice doivent intégrer désormais une partie des garanties liées au procès équitable dès le premier examen de l'affaire, comme le rappelle la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais il est possible de distinguer les garanties qui sont absolues et qui doivent être respectées dès ce premier examen (impartialité, indépendance, égalité des armes) et celles qui sont plus relatives, comme la publicité. La Cour reconnaît la possibilité d'un règlement pré-juridictionnel sous ces conditions⁵⁰.

⁴⁸ Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, voir les débats parlementaires publiés au *Journal officiel*, 18 décembre 1984.

⁴⁹ M. Dini, A.-M. Escoffier, *Rapport d'information fait au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation*, Paris, La Documentation française, 2012.

⁵⁰ G. Canivet, « Comment concilier le respect des principes de qualité du procès équitable avec le flux d'affaires dont sont saisies les juridictions ? », in *La Qualité de la Justice*, Paris, La Documentation française, 2002.

La résolution amiable des différends relatifs à la responsabilité médicale

La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades a prévu une procédure de conciliation en cas d'accident médical, d'affections iatrogènes et d'infections nosocomiales. Les victimes de dommages résultant d'un aléa thérapeutique ont droit à une indemnisation qui relève de la solidarité nationale (ONIAM) ; dans les autres cas, ces dommages peuvent être assurés. Ce sont des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation qui vont émettre un avis relatif à l'indemnisation des demandeurs, à partir d'un certain seuil de gravité, avis qui peut être contesté devant les juridictions compétentes administratives et judiciaires.

Ces commissions associent les parties intéressées : présidées par un juge de l'ordre administratif ou judiciaire, ces commissions sont composées de représentants des personnes malades, des usagers de la santé, des professionnels de santé, des entreprises d'assurance, des hôpitaux. Elles sont tenues de respecter les principes de justice : indépendance et impartialité, principe de contradiction et d'assistance des personnes en demande. Les commissions émettent un avis relatif à l'indemnisation des demandeurs. La recherche réalisée par l'Institut droit et santé⁵¹ sur la période 1999-2009 a permis de mesurer l'impact de cette nouvelle procédure. La conclusion est que la mise en place des commissions de conciliation a eu un impact majeur sur la judiciarisation de la santé : la procédure amiable est devenue la procédure dominante de règlement des litiges, alors qu'elle ne représentait que 14 % des litiges en 2003. Le contentieux pénal a fortement diminué pour les médecins, étant divisé par 2,3 sur la décennie étudiée. À partir de 2004, on constate une baisse des demandes en référé devant les tribunaux de grande instance, une stabilité devant les juridictions administratives. La pression conflictuelle a aussi diminué, ce que masque le retentissement de grands procès très médiatisés et ce qui contredit l'insécurité ressentie par les médecins : le nombre de demandes d'indemnisations a légèrement diminué depuis 2004.

La comparaison a été faite avec les réclamations concernant les actes d'avocats : le taux de « sinistralité » est plus important pour les avocats que pour les médecins : 4,2 réclamations pour 100 professionnels pour les avocats, 2,6 pour les médecins libéraux relevant du groupe d'assurances MACSF. Mais, pour les avocats aussi, il est constaté une évolution vers une résolution plus amiable des litiges, une tendance à la « déconflictualisation » entre 2003 et 2009, période étudiée.

Dans cette perspective, la question du surendettement des ménages est devenue aiguë avec la crise économique. La réforme du 1^{er} juillet 2010, qui a confié le traitement des procédures de faillite personnelle à une commission avec pour objectif principal d'accélérer les procédures pour mieux protéger les personnes surendettées, a permis un règlement plus simple de ces procédures pour les personnes concernées. Le Sénat⁵² constate que le surendettement a connu une forte évolution ces dix dernières années et qu'il est aujourd'hui lié à une faiblesse structurelle des revenus pour faire face aux charges courantes plus qu'à un abus de crédit.

Les contentieux relatifs aux impayés demeurent massifs, les décisions d'expulsion sont passées de 81 080 en 2001 à 109 160 en 2009⁵³. L'extrême gravité des décisions d'expulsion quand elles

⁵¹ A. Laude, J. Pariente, D. Tabuteau, *La Judiciarisation de la santé*, op. cit.

⁵² M. Dini, A.-M. Escoffier, *Rapport d'information fait au nom de la commission sénatoriale...*, op. cit.

⁵³ C. Dilain, G. Roche, *Rapport fait au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application de la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007, instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale*, Paris, La Documentation française, 2012, citant les chiffres obtenus par la Fondation Abbé Pierre.

concernent des personnes sans ressources qui vont d'une manière ou d'une autre faire appel à différents services sociaux mériteraient des procédures plus réalistes et efficaces de règlement des litiges analysant le coût public de ces procédures à moyen terme. Des juges d'instance ont tenté de développer des procédures de conciliation associant tous les opérateurs publics concernés sur un territoire. Cette initiative, qui semble inspirée par le bon sens, a demandé une grande énergie pour mettre autour d'une même table des autorités judiciaires et administratives qui ne se connaissent pas. Des commissions départementales existent et la procédure du droit opposable au logement s'est mise en place, il faudrait évaluer leurs résultats.

Pourquoi maintenant ne pas réfléchir à un bureau de conciliation sous la présidence d'un juge honoraire, avec une représentation plus diversifiée de tous les acteurs concernés, y compris ceux qui vont devoir prendre en charge ensuite les familles expulsées ?

L'OFFICE JURISPRUDENTIEL

Le premier office du juge – que l'on appellera *jurisprudentiel* – est celui de dire le droit dans les affaires particulières qui lui sont soumises. Le rôle normatif du juge a été maintes fois analysé, ce qui ne l'empêche pas de demeurer toujours sensible dans notre pays tant il risque de réveiller un débat stérile sur « le gouvernement des juges ». Aussi faut-il tout de suite préciser les contours de cet office jurisprudentiel avant d'analyser les défis qui l'attendent. C'est le cœur même de la fonction de juger et on peut le qualifier de *général* tant il traverse tous les autres. Il faut donc commencer par lui en s'arrêtant sur la fausse simplicité de l'idée de jurisprudence. Derrière l'apparente unité de la notion se cachent de multiples acceptions qu'il faut élucider.

DIRE LE DROIT D'UNE MANIÈRE EXPLICITE EN TENANT COMPTE DE CE QUI A ÉTÉ DÉCIDÉ PRÉCÉDEMMENT PAR LES AUTRES JUGES NATIONAUX OU EUROPÉENS

1. JURISPRUDENCE ET PRUDENCE

Commençons par distinguer la prudence de la jurisprudence pour mieux voir comment elles s'accordent pour éclairer le rôle du juge.

Plus qu'une vertu⁵⁴, la prudence est une disposition d'esprit. De la *phronèsis* primitive⁵⁵ – « action de penser, intelligence de quelque chose, pensée, sagesse⁵⁶ » – Aristote a su tirer une théorie de la raison pratique, car la prudence est une « disposition pratique accompagnée de règle vraie concernant ce qui est bon et mauvais pour l'homme⁵⁷ ». Mais elle se distingue des vertus morales en ce que « la vertu morale est une disposition (pratique) concernant le choix [tandis que] la prudence est une disposition pratique concernant la *règle* du choix [...]»⁵⁸. Si bien que « ce que cherche l'homme prudent, c'est "ce qui est bon pour lui et pour l'homme en général" (*L'Éthique à Nicomaque*)⁵⁹ », ce qui a conduit Aristote à distinguer la prudence de la sagesse. « Aristote définit donc la prudence comme la disposition à agir dans son intérêt propre comme dans l'intérêt général, disposition dévolue à quelques dirigeants politiques exemplaires, expérimentés et vertueux, capables d'utiliser les moyens les mieux accordés à des fins moralement fondées⁶⁰. »

⁵⁴ A. Garapon, J. Allard, F. Gros, *Les Vertus du juge*, Paris, Dalloz-Sirey, 2008.

⁵⁵ « *Phrên* désignait une membrane qui enveloppe un organe, en particulier le diaphragme, et était associé à l'idée de cœur, d'âme, de pensée. De là vient le sens principal du verbe *phronein* : avoir l'intelligence de quelque chose, exercer une faculté de l'esprit, penser » ; cf. G. Delannoï, « La *prudence* dans l'histoire de la pensée », *Mots*, n° 44, septembre 1995, p. 101-105, citation p. 101.

⁵⁶ G. Delannoï, *loc. cit.*

⁵⁷ P. Aubenque, *La Prudence chez Aristote*, Paris, PUF, 1963, p. 34, citant Aristote, *L'Éthique à Nicomaque*, VI, 5, 1140 b 20.

⁵⁸ P. Aubenque, *loc. cit.*

⁵⁹ G. Delannoï, « La *prudence* dans l'histoire de la pensée », *op. cit.*, p. 102.

⁶⁰ M.-Ch. Granjon, « La prudence d'Aristote : histoire et pérégrinations d'un concept », *Revue française de science politique*, vol. 49, n° 1, 1999, p. 138.

Les Romains traduiront *phronèsis* par *prudentia* qui a une dimension plus stratégique⁶¹. Cicéron rappelle ainsi que la prudence est la vertu du discernement autrement nommé *providentia*⁶². Faire preuve de prudence, c'est donc être prévoyant. Le *prudens* est celui qui anticipe (*providens, providere*)⁶³. Il est vrai que dans l'usage courant, la *prudence* s'est détachée de la *providence*. Au point que Cicéron fait de la providence une branche de la prudence, à côté de la mémoire et de l'intelligence : « Elle se compose de la mémoire, de l'intelligence, et de la prévoyance. Par la mémoire, l'âme se rappelle le passé ; l'intelligence examine le présent ; la prévoyance lit dans l'avenir⁶⁴. » La prudence est, ajoutait-il, « la connaissance du bien et du mal, et de ce qui n'est ni l'un ni l'autre⁶⁵ ». Pour Cicéron donc : « La justice est une disposition de l'âme, qui, sans blesser l'intérêt général, rend à chacun ce qui lui est dû⁶⁶. » Par « disposition de l'âme », Cicéron entend la capacité humaine – ensemble mémoire, intelligence et prévoyance – de discerner le bien, le mal et les choses neutres. La justice des hommes est fille de prudence.

Dans le prolongement de cette idée, la prudence est l'instrument de l'équité – autant dire de la véritable expression de la justice : une justice non pas mathématique, non pas purement morale, mais pratique. C'est ce qu'exprime cette citation d'Ovide : « Il est de l'office du juge, dans le procès, de rechercher l'action du temps sur les faits, de juger en tenant compte des circonstances : tu seras prudent (*tutus*) en recherchant l'œuvre du temps sur les faits⁶⁷. » De sorte que la prudence, dans ce questionnement permanent des circonstances, ne peut s'en tenir à la mise en œuvre de la rigueur du droit.

Le temps se trouve donc être l'axe central de la prudence classique, issue de la pensée de Cicéron. Vertu cardinale depuis saint Ambroise, « comprenant en elle-même les trois formes du temps (passé/présent/futur), la prudence en réalise l'unité trinitaire », elle « n'est donc pas assimilable à une action : c'est une connaissance⁶⁸ ». Une connaissance le plus souvent symboliquement figurée par l'allégorie du serpent et du miroir⁶⁹ qui orne tant de nos palais de justice (notamment la cour de Paris), plus rarement par la figure tricéphale des trois temps.

⁶¹ G. Delannoï, « La prudence dans l'histoire de la pensée », *op. cit.*

⁶² *De legibus*, 1, 60-61.

⁶³ Les références étymologiques et linguistiques sont tirées du *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 4^e éd., Paris, Klincksieck, 2001.

⁶⁴ Cicéron, *De inventione*, 2, 53, M. Nisard (trad.), Paris, 1849.

⁶⁵ Détail capital, pour dire ce qui n'est de l'ordre ni du bien, ni du mal, Cicéron parle des « choses neutres » : *neutrarium*, c'est-à-dire une connaissance de la neutralité ; *ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Ovide, *Tristium*, 1, 1, 37 : « *Judicis officium est, ut res, ita tempora rerum quaerere : quaesito tempore tutus eris.* » Notamment cité par J. de Coras, *Petit discours des parties et office d'un bon et entier juge*, Lyon, Vincent Barthélemy, 1596, p. 22, et par B. de La Roche Flavin, *Treize livres des parlemens de France*, Bordeaux, Simon Millanges, 1617, p. 440.

⁶⁸ D. Arasse, « Titien et son *Allégorie de la Prudence* : un peintre et ses motifs », in David Rosand (dir.), *Interpretazioni Veneziane. Studi di storia dell'arte in onore di Michelangelo Muraro*, Venise, Arsenale, 1984, p. 291-320, repris dans « La prudence de Titien », *Le Sujet dans le tableau*, Paris, Flammarion, 2006 (1997).

⁶⁹ Par exemple Pérugin, *Prudence et Justice avec six sages antiques*, 1497-1500, Pérouse, Sala delle Udienze del Collegio del Cambio ; Simon Vouet, *Allégorie de la Prudence*, 1645, Montpellier, musée Fabre.

La jurisprudence, à la fois un état du droit et un art de juger

L'étymologie⁷⁰ du mot jurisprudence indique la subtilité de cet office. Le terme accole la référence au droit (*juris*) à une vertu (prudence). Partant, « jurisprudence » renvoie à deux idées : d'une part, au corpus de règles telles qu'interprétées et effectivement appliquées par les cours de justice et, de l'autre, à la recherche scrupuleuse de la solution la plus conforme à la justice ; ou, si l'on préfère, l'état du droit qui s'applique et la manière si particulière de le construire. Ces deux notions ne sont pas seulement juxtaposées dans le mot mais elles fonctionnent ensemble. À l'instar des autres, l'office jurisprudentiel exprime deux idées en même temps qui s'articulent l'une à l'autre : un pouvoir et une limite à ce pouvoir, la capacité de créer le droit et l'obligation de se restreindre dans l'exercice de cette capacité. Toute la fonction jurisprudentielle se trouve contenu dans ce paradoxe, dans ce lien paradoxal entre un pouvoir sur le droit et une déférence au droit, les deux variant de manière concomitante. Si le positivisme légicentré qui restreignait le pouvoir du juge limitait également les exigences à son égard, l'évolution vers un système plus *judiciario*-centré impose nécessairement aux juges des obligations nouvelles.

On comprend mieux pourquoi le positivisme a chassé la prudence. La prudence, qui était au cœur des vertus et des devoirs du juge – c'est-à-dire au cœur de sa tâche – jusqu'au XVIII^e siècle, a, depuis, disparu des manuels d'éthique et de discipline⁷¹. « La prudence fut victime du rationalisme d'abord, du moralisme ensuite. [...] Ce n'est pas par hasard si elle parut une "sotte vertu" au siècle des Lumières⁷². » Cette disparition est logiquement liée à l'avènement de la toute-puissance de la loi : où la loi s'applique, le juge n'a pas, croit-on, à faire montre de prudence. L'affaiblissement considérable de ce légicentrisme depuis une trentaine d'années suscite une réflexion générale sur la place du juge, sur son rôle dans une société globalisée⁷³, et fait tout aussi logiquement ressurgir la question des moyens intellectuels et juridiques dont dispose le juge pour juger.

Au XXI^e siècle, la jurisprudence comme « état du droit » a pris une importance très grande pour de multiples raisons et notamment à la fin de deux siècles de positivisme, et donc les obligations du juge à l'égard de la jurisprudence doivent croître en proportion. Le juge retrouve une grande liberté à l'égard du droit car il est moins lié par les lois.

70 La tradition fait naître le mot « jurisprudence » de la pensée du juriste Ulpien, au second livre des *Règles* : « La jurisprudence est la connaissance [*notitia*] des choses divines et humaines, la science du juste et de l'injuste. » C'est pourtant par facilité de langage que « jurisprudence » traduit *jurisprudencia* : mot à mot « la prudence du droit ». Le droit contiendrait donc en lui-même une raison et une fonction de prudence – telle qu'élaborée à Rome par les stoïciens. Certes, depuis Ulpien, la jurisprudence a vécu et s'est chargée de sens différents et parfois contradictoires. Mais, fondamentalement, est demeurée l'idée d'une prudence au sens premier : une prévoyance, une providence, un savoir, une science.

La science (*scientia*) est précisément le mot qui revient sous la plume d'Ulpien dans sa définition, pendant de *notitia*, de sorte que la « prudence du droit » se répartit entre deux genres de connaissance : la *notitia* des choses divines et humaines et la *scientia* du juste et de l'injuste. L'écart entre les deux mots – qui se traduisent tous deux par « connaissance » en français – est révélateur du sens profond de la « prudence du droit ». Car la *notitia* c'est bien plus l'action de connaître, que la *scientia* rend compte de la connaissance comme *savoir*. De sorte que la *notitia* révèle un mouvement, tandis que la *scientia* révèle un moment. La jurisprudence recèle en son entier ces deux tendances apparemment contradictoires : la recherche et l'état.

71 On trouve encore au XIX^e siècle un passage significatif sur la prudence du juge au cœur de son office chez Dupin aîné, *Manuel des étudiants en droit et des jeunes avocats*, Paris, Joubert, 1835, p. 266 et suiv. Sur ce point, Dupin semble être un cas isolé. Pour des éléments de réponse, voir J. Krynen, *L'Emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, 2012, et plus généralement F. Bami, *Une grande carrière au service de la loi : Dupin aîné (1783-1865)*, thèse, Paris, 2011.

72 P. Aubenque, *La Prudence chez Aristote*, op. cit., p. 1, citant en note 5 : « Voltaire à La Harpe, 31 mars 1775 ».

73 *Le juge à l'écoute du monde, un nouvel office pour le juge au XXI^e siècle*, colloque organisé par le tribunal de grande instance de Paris, 21 mars 2013.

Comment éviter que cette liberté ne se retourne contre la justice sous la forme de l'arbitraire ? À condition de l'encadrer par de nouvelles garanties, à savoir le renforcement du rôle de l'avocat dans le procès, par une intensification de la contrainte argumentative et enfin par ce que nous appellerons une jurisprudence concrète (qui feront l'objet de la seconde partie de ce chapitre).

La prudence est d'abord une disposition d'esprit générale du juge lorsqu'il traite une affaire particulière. Elle imprègne donc toutes les dimensions du travail du juge en prenant à leur contact un sens particulier, qui n'altère pas la notion mais en précise l'une des facettes. Dans l'office jurisprudentiel, le juge doit embrasser en même temps le plan particulier du cas et le plan général du droit. Pour paraphraser Aristote, nous dirions que la jurisprudence c'est l'art de rechercher ce qui est bon pour le cas soumis au juge et ce qui est bon pour le système juridique en général, et notamment la sécurité juridique. Les deux vont se trouver en tension et doivent orienter l'office jurisprudentiel du juge.

2. UNE PROMOTION DE LA JURISPRUDENCE COMME « ÉTAT DU DROIT »

La vie du droit a été profondément bouleversée ces dernières décennies par plusieurs mouvements de fond qui convergent pour placer le juge – et non plus la loi – en son centre. La première cause a été une certaine *perte de prestige de la loi*. Le phénomène est tellement connu et commenté qu'il n'est pas besoin de s'étendre : il n'est pratiquement plus possible à un juge – même parmi les plus chevronnés – de prétendre connaître toute la loi pénale tant celle-ci est devenue complexe, illisible en raison des multiples renvois et de l'éparpillement des dispositions pénales dans diverses lois. Si des fonctions très spécialisées justifient un grand investissement intellectuel qui sera facilité par les moteurs de recherche informatique, comment l'exiger d'un juge présidant une audience pénale par semaine ?

La seconde évolution marquante est *l'importance nécessairement accordée à des sources de droit extra-nationales* telles que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La construction du modèle de procès européen par cette dernière juridiction comme l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (qui est une autre conséquence de ce phénomène d'eupéanisation du droit) ont bouleversé le rôle classique du juge français non sans générer chez les juges une insécurité inédite sur la nature de la règle qu'ils appliquent (ce travail de mise en conformité conventionnelle n'étant d'ailleurs pas achevé, comme en témoigne le régime de la garde à vue). Il faut ramener enfin la justice dans les standards européens et s'inspirer de ce que font les autres pays, en cessant d'entretenir une vision franco-française de la justice. La nouvelle frontière de la justice doit être résolument européenne.

Débats sur le rôle du juge dans le contentieux des contrats de crédit à la consommation et rôle de la Cour de justice de l'Union européenne

Entre autres discussions sur ce contentieux, une question spécialement relative à l'étendue des pouvoirs du juge opposait les juridictions du fond et la Cour de cassation et a été tranchée par la CJUE.

Le débat portait sur la possibilité pour le juge de relever d'office l'irrégularité de l'offre préalable de crédit au regard des règles protectrices des consommateurs. La Cour de cassation jugeait qu'il appartenait seulement aux emprunteurs de soulever des arguments en ce sens, tandis que les juges d'instance défendaient la position inverse, jugeant que les dispositions de protection des consommateurs étaient d'ordre public et qu'elles devaient être appliquées effectivement, considérant notamment que le public protégé est souvent dans l'ignorance de ses droits.

Malgré la jurisprudence de la Cour de cassation, les tribunaux d'instance de Vienne et de Saintes ont saisi de cette question la Cour de justice de l'Union européenne, laquelle a rendu deux décisions dans le sens suivi par les juges d'instance (*Cofidis c. Fredout*, C-473/00, 21 novembre 2002 ; *Rampion c. Franfinance*, C-429/05, 4 octobre 2007). Le législateur est ensuite venu consacrer cet arbitrage en introduisant dans le code de la consommation un article L. 141-4 (loi no 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs) disposant : « le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ».

Une culture constitutionnelle naissante

La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a immédiatement connu en France un grand succès. Les 755 QPC examinées par la Cour de cassation depuis mars 2010, au plan civil, pénal, commercial ou social, ont vérifié la constitutionnalité d'autant de lois en vigueur, pour la confirmer souvent. Mais l'important n'est pas d'ordre quantitatif. La QPC a introduit une culture constitutionnelle parmi les juges judiciaires. Il leur a fallu se familiariser à pas de course avec un nouveau raisonnement juridique et une nouvelle manière de juger. Il n'est pas possible en effet de juger la loi comme une affaire déjà examinée par deux degrés de juridiction. Il leur a fallu également se rapprocher des autres juridictions supérieures, c'est-à-dire du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel. Remarquons que ce dialogue s'est réalisé concrètement par la mise à disposition des praticiens d'espaces fonctionnels sur les sites Intranet, celui de la Cour de cassation mais aussi celui du Conseil d'État et bien sûr celui du Conseil constitutionnel⁷⁴. « Les mentalités mises à l'épreuve de la réalité d'une réforme très ambitieuse, estime Yves Charpenel, ont manifestement su s'adapter aux nécessités du dialogue, mais aussi à la dictature des délais⁷⁵. »

Le pourcentage significatif de décisions de conformité totale ou partielle, plus de 65 %, ne peut que rassurer ceux qui redoutaient de voir la QPC déstabiliser un *corpus juris* qui aurait été trop en deçà des normes constitutionnelles revigorées par la jurisprudence européenne. Cela démontre

⁷⁴ Le ministère de la Justice n'a pas été en reste : la Direction des affaires criminelles et des grâces (DAGC) y a consacré vingt-trois dépêches et circulaires entre février 2010 et juin 2012.

⁷⁵ Y. Charpenel, « La QPC facteur de la culture constitutionnelle », présentation faite le 18 février 2013 au Centre d'études et de recherches internationales (CERI).

que la QPC, loin d'être le désastre annoncé, a en réalité rempli son rôle de contrôle équilibré et précis des lois en vigueur. Une étude réalisée en octobre 2012 par l'université de Lille-2⁷⁶ met en lumière un « surgissement de la justice constitutionnelle » qui révèle une modification de l'architecture juridictionnelle traditionnelle et suggère, à terme, la création d'une véritable cour constitutionnelle.

Un juge à l'échelle du monde

Le jugement judiciaire a été confronté ces dernières années à un phénomène très nouveau : la mondialisation du droit. Les juges côtoient des systèmes juridiques – mieux : ils sont chaque jour davantage intégrés dans un monde où le « la » est donné par des pays qui reconnaissent le rôle éminent des juges depuis longtemps : les pays de *Common Law*. Pour cette culture qui devient dominante, le droit est jurisprudentiel. La mondialisation place le pouvoir exécutif dans une position difficile car il ne peut refuser à ses juges ce qu'il doit accepter d'autres juges, non français ; c'est ce qui explique l'introduction de la QPC : il devenait en effet intolérable que les citoyens aillent chercher à Strasbourg et à Luxembourg ce qu'il leur était interdit chez eux !

La mondialisation agit par *intégration latérale* – ce qui est désigné par transnational, c'est-à-dire de société civile à société civile, d'entreprises à entreprises –, niveau dans lequel les juges jouent un rôle essentiel. Cette intégration n'est le fruit de la volonté de personne en particulier mais du souci d'organiser le monde. La mondialisation opère ainsi une attraction latérale, un « effet de groupe », c'est-à-dire une lente pénétration qui vient du seul fait d'être ensemble (*ubisocietas, ibi jus*).

Ici encore, il faut remarquer que les juges français se sont mis beaucoup plus rapidement à l'heure de la mondialisation ; il y a une part nouvelle de l'office jurisprudentiel qui est une *participation à l'élaboration du droit global*. La prise de conscience de la manière dont la mondialisation travaille la fonction de juger est indispensable pour que notre droit joue à travers les juges un rôle dans l'élaboration du droit global. C'est une raison supplémentaire pour ne pas être à flux tendus mais d'avoir une marge de qualité. Le souci des juges français est de compter dans cette mondialisation, dans ce dialogue des juges. Ils ne pourront le faire que s'ils disposent du temps et des moyens intellectuels de tenir cette place.

La mondialisation juridique a entraîné une recomposition des professions juridiques, comme en témoigne la montée en puissance des cabinets d'affaires américains, les fameuses *law firms*. Celles-ci ont bouleversé aussi bien le barreau que la judicature en leur lançant le défi de la qualité. Il y a un déséquilibre fatal qui risque de se produire si la justice n'a pas le souci de conserver une qualité globale. D'autant que la qualité du travail du juge ne sera plus l'objet d'une appréciation de la hiérarchie mais d'une reconnaissance, par l'auditoire universel des juristes dirait Perelman⁷⁷, qui ne suit pas les mêmes chemins. À l'heure de la mondialisation, il prend le nom de *crédibilité*.

Le dialogue des juges au niveau européen

Dans le système westphalien, la frontière était clairement tracée : une question était soit interne, soit internationale mais ne pouvait être les deux. Le monde a changé d'aspect : d'une mosaïque

⁷⁶ Étude sous la direction du professeur E. Cartier, à paraître chez Dalloz.

⁷⁷ S. Goltzberg, Chaim Perelman. *L'argumentation juridique*, Paris, Michalon, coll. « Le Bien commun », 2013.

de territoires clos, il est devenu un espace unique mais dans lequel se superposent plusieurs niveaux (en fonction de sa capacité à circuler par exemple). Il faut chercher des lignes de démarcation autrement que dans les frontières physiques des États, c'est-à-dire à la surface et de manière horizontale. Lorsque les territoires s'évanouissent, la représentation n'est pas horizontale mais verticale – d'où l'expression « à plusieurs niveaux » (*multilevel*). Alors que le modèle westphalien voyait la coexistence des États sous la forme d'une contiguïté comme sur une carte, il y a désormais des frontières verticales qui se décomposent entre des niveaux où la liberté d'action est totale pour le droit interne, et d'autres où il doit partager sa souveraineté mais sous des formes tout à fait nouvelles.

Un tel changement de consistance dans le monde a de multiples implications dans la vie du droit : tandis que les concepts juridiques étaient hiérarchisés selon un ordre juridique tributaire *in fine* de cette cohérence territoriale, ce nouveau registre est plus chaotique car les délimitations entre les différents niveaux ne sont pas aussi claires que les frontières géographiques : il se déploie sur un fond dynamique et interactif, donc *temporel*. L'ordre n'est plus attendu de l'espace, mais c'est le fruit d'une interaction entre des acteurs juridictionnels qui se déroule dans le temps.

Les concepts juridiques « relationnels » visent à organiser les rapports entre les diverses juridictions concurrentes non plus selon un ordre prédéterminé mais selon leur relation (donc toujours dans une certaine actualité). Ces relations vont de la simple comparaison à la coopération, à la reconnaissance mutuelle pour culminer à la contribution de chacun à un nouvel ordre juridique européen.

Ces concepts « relationnels » renvoient à une inclination, à une disposition d'esprit désormais attendue de chacun et susceptible de produire des effets : il faut tenir compte d'une autre juridiction. « Tenir compte » est d'une nature tout à fait différente d'« appliquer » : tenir compte, c'est prêter attention, apporter une considération à autrui, et donc se poser soi-même une contrainte spontanée sur sa propre détermination : ma volonté n'est plus seule, ni reine. Si l'application est un acte d'obéissance par lequel je dois me plier à la volonté de l'autre, le fait de prendre en considération autrui procède d'une association volontaire qui ne retire rien ni à la volonté, ni à la créativité. En témoignent les démêlés entre Paris et Strasbourg à propos du commissaire du gouvernement qui se sont conclus par une transaction imaginée par le Conseil d'État français pour tenir compte de la jurisprudence de la CEDH sans pour autant renier sa culture.

Une nouvelle forme de contrainte par les pairs

Si la mondialisation est la mise en relation des hommes, des biens, des idées et des cultures, la première source de contrainte est à chercher *dans* ce nouveau contexte global, c'est-à-dire dans le simple fait de se trouver disposé ensemble dans un même espace et non plus dans des espaces séparés. Et donc d'avoir à supporter la comparaison.

Ce nouveau contexte permet au juge de mieux évaluer son propre système en le comparant à d'autres qui ont en commun la Convention : ce fut le raisonnement suivi par les lords britanniques qui ont considéré l'exemple espagnol pour refuser de justifier la dérogation à la Convention qu'avait décidé le gouvernement pour mieux lutter contre le terrorisme⁷⁸. La comparaison peut enfin être

⁷⁸ A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), 16 décembre 2004, [2004] UKHL 56, Chamber of the Lords (Appellate Committee).

érigée en principe comme le montre la fameuse règle de « Solange⁷⁹ » : les règles de la Convention sont appliquées « aussi longtemps que »... [les règles issues du droit communautaire seront appliquées *aussi longtemps qu'elles offriront une protection comparable...*]

Si cette coexistence est un peu plus rationalisée, elle se range alors sous le terme de *coopération*. « Il faut, rappelle l'actuel président de la cour de Karlsruhe, un minimum de coordination de façon à partager et à distribuer les responsabilités de chacun dans un système de cette nature. Le concept de *Verbund* aide à décrire le fonctionnement d'un système complexe à plusieurs étages mais sans fixer toutefois les techniques exactes (les règles dirions-nous) de ce fonctionnement⁸⁰. » Ces techniques s'affirment dans des concepts juridiques comme celui de *comity*, difficile à traduire en français : « courtoisie internationale ».

Une autre forme de coopération est bien sûr cette idée très en vogue aujourd'hui de *dialogue des juges*. Le terme de « dialogue » est quelque peu trompeur : il ne renvoie ni à une aimable conversation entre honnêtes gens, ni à une *disputatio* scholastique, mais à un processus interactif entre des organes – les juges – qui étaient censés ne pas parler autrement que par leur jugement, c'est-à-dire de manière définitive, forme par laquelle ils épuisaient leur pouvoir en l'exerçant. À la différence de la conversation, l'initiative de ce dialogue n'est pas libre, il s'impose ; le dialogue des juges a un caractère nécessaire et perd la gratuité qui fait tout le charme d'une conversation.

La coopération est une contrainte que l'on s'impose à soi-même : elle est l'exact opposé d'un ordre. Il y a bien une limite mais c'est une limite interne, à la différence de la contrainte de la règle juridique. D'où la référence à la *volonté* érigée comme principe d'interprétation ; une volonté exercée par des juges et non plus (exclusivement) par des organes politiques. Le rôle des juges ne se limite plus à « dire le droit » de manière statique mais aussi à entraîner le droit ; fini les faux débats sur l'activisme des juges : la part active du jugement est dorénavant assumée et on ne peut que s'en réjouir.

Sur le statut du procureur français, la jurisprudence n'est pas intervenue *ex abrupto* mais a été extrêmement évolutive, voire progressive : nombre d'arrêts avaient annoncé le second arrêt *Medvedyev*⁸¹, puis l'arrêt *Moulin*⁸². C'est pourquoi certains juristes français reprochèrent à leur législateur d'avoir adopté une attitude défensive et « figée », d'avoir trop attendu, et à leurs juges de n'être pas entrés dans ce dialogue ; faute d'avoir voulu entendre ces coups de semonce, ils ont eu à subir cet arrêt.

Le défi de la complexité et de la concurrence

Il ne faut pas trop accabler le législateur pour la complexité de la loi : celle-ci est devenue complexe car le monde est plus complexe et qu'il est difficile d'intervenir dedans. Juges et avocats sont, sous des formes différentes, confrontés au même défi de la complexité et de la hausse de la qualité désormais exigée des professionnels du droit. Les uns et les autres doivent passer d'une conception artisanale liée à une certaine conception de la rhétorique et de l'audience, à une « production » plus professionnelle et plus collective. Il faut, dans ce sens-là, rapprocher notre réflexion sur la nécessité d'un travail plus collectif des juges (avec leurs collègues ou l'aide extérieure d'assistants) et la

⁷⁹ En référence aux arrêts *Solange I* et *Solange II* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (signifiant en allemand : « aussi longtemps que... »).

⁸⁰ A. Vosskuhle, « Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts », *European Constitutional Law Review*, 6, 2010, p. 183 (nous traduisons).

⁸¹ *Medvedyev et autres c. France* [GC], n° 3394/03, § 38, CEDH 2010, 29 mars 2010.

⁸² *Moulin c. France*, n° 37104/06, § 30, 23 novembre 2010.

révolution qu'a connue la profession d'avocat avec la constitution de grandes structures. Les avocats, qui viennent d'une culture individualiste, sont mis en demeure de construire des formes plus collectives de travail, pour des raisons budgétaires et pour des raisons tenant à la complexité du droit.

Nous nous trouvons à un tournant de la justice et de la production du droit dont il faut bien mesurer la portée. Les juges et les avocats vivent dans le fond les mêmes difficultés en étant issus d'une même culture. Chacune des professions a connu récemment une intensification de la concurrence du fait de la mondialisation. Les avocats n'ont pas eu le choix : ils ont dû se mettre à un travail plus collectif du fait des *law firms*, parce qu'ils ont été soumis à la concurrence et aux évolutions du monde, notamment avec les méthodes de travail américaines, plus sophistiquées et plus performantes. La découverte de la concurrence par les juges est plus récente, mais elle est de nature identique et aussi exigeante : elle est le fait de la comparaison désormais possible avec d'autres juridictions étrangères mais également du fait de l'amélioration de la qualité du barreau. C'est une donnée nouvelle pour le juge que de se trouver en concurrence.

Se mettre ou demeurer au niveau de contentieux très complexes et aux conséquences très lourdes sur le plan économique devient un nouvel enjeu pour la justice en général. Non que la valeur économique doive recevoir un traitement plus soigné que les personnes, mais parce que ce qui est en cause ce n'est ni plus ni moins que le maintien d'une présence française dans les affaires globales (il suffit de regarder la nationalité des avocats qui plaident devant la CEDH ou la CJUE) ; plus profondément, ce qui est en jeu, c'est le maintien de ce type de contentieux dans la justice publique. Le risque est de les voir quitter définitivement la justice pour constituer une sphère de justice à part (ce que montre un peu l'arbitrage commercial aujourd'hui).

Un juge à la hauteur

Le droit se construit donc au XXI^e siècle plus par les juges que par le législateur. Cela libère le juge en un certain sens mais lui impose aussi de nouvelles obligations, à commencer par celle de se montrer à la hauteur de la matière à laquelle il prétend imposer son autorité (où l'on retrouve l'idée d'une autorité qui attend d'être ratifiée par les parties et plus encore par les pratiques). Le juge doit toujours se mettre à la hauteur de ceux qu'il juge : il doit se faire auditeur quand il traite de l'entreprise ; oncle éloigné quand il traite d'une question de famille, lettré quand il statue en droit d'auteur : c'est la condition pour ne pas abandonner la justice à une juridiction de l'entre soi comme l'arbitrage commercial.

Une récente étude⁸³ a montré que les juges n'avaient pas de culture de l'entreprise, pire : qu'ils entretenaient une sorte de méfiance à l'égard de celle-ci. Elle relève que les « magistrats du siècle ont majoritairement une idéologie très marquée en défaveur du marché, bien plus que leurs collègues du secteur public et bien plus encore que leurs compatriotes, dont les comparaisons internationales montrent qu'ils se défient eux-mêmes beaucoup du marché par rapport aux habitants de la quasi-totalité des autres pays⁸⁴ ».

Une telle attitude pose en réalité deux problèmes : l'un, politique, de représentativité, l'autre, pragmatique, d'efficacité. Si l'autorité des juges ne vient plus exclusivement du concours dans un monde post-positiviste dans lequel ils sont appelés à jouer un rôle plus important, le corps doit s'efforcer

⁸³ P. Cahuc, S. Carcillo, *Les Juges et l'économie : une défiance française*, Paris, Institut Montaigne, décembre 2012.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 36.

de refléter toutes les composantes de la société française. Le fait que les magistrats soient issus d'un concours de la fonction publique et qu'ils s'identifient *de facto* à un grand corps de cette même fonction publique, les rend moins représentatifs de l'ensemble de la vie sociale et économique. Estimer que les juges doivent refléter plus fidèlement les différents secteurs de la société en cause est déjà une préoccupation de nos institutions à en juger par les tribunaux de commerce qui sont élus ou les conseils de prud'hommes qui réunissent dans une même juridiction des représentants de toutes les parties concernées.

L'absence de culture économique des juges pose une autre difficulté plus pragmatique : si les décisions ne sont pas au fait de la vie économique, la justice judiciaire risque de perdre son autorité aussi bien en interne que sur le plan global. Les contentieux économiques sont plus internationaux du fait de la mondialisation économique, ce qui expose nos juridictions à une concurrence de fors à laquelle elles n'étaient pas habituées. La justice joue donc sa crédibilité sur un certain nombre d'affaires de référence qui réclament plus qu'une connaissance abstraite de la matière juridique (droit boursier, droit de la concurrence, droit de la propriété intellectuelle par exemple).

C'est une des forces de l'arbitrage que de disposer de juges qui ont une parfaite connaissance du secteur économique. Le juge doit avoir à cœur de ne pas se laisser déborder en quelque sorte par d'autres professionnels du droit qui ont des compétences spécifiques mais au contraire de les intégrer (c'est ce qui fait la force de la magistrature britannique). L'office du juge transcende ceux qui en ont la charge momentanée : il n'appartient pas aux juges eux-mêmes. L'enjeu aujourd'hui n'est pas de préserver la primauté au corps des magistrats mais de rechercher la manière la plus appropriée de se hausser à la hauteur de la qualité de toute une communauté professionnelle. Le juge a besoin de s'adapter sans cesse aux transformations de notre monde, il ne doit pas être tributaire d'une culture particulière – aussi noble soit-elle –, mais doit s'efforcer au contraire de refléter la diversité⁸⁵ de la société et des différents secteurs d'activités et trouver les moyens de s'enrichir des savoirs nécessaires pour se montrer à la hauteur des défis qui lui sont lancés. Cela devient un enjeu essentiel pour la modernisation de nos institutions, pour la vitalité de notre économie et pour la compétitivité de notre droit.

Le risque de sécession à l'intérieur des professions

Loin de nous l'idée d'installer une nouvelle hiérarchie entre le « gros contentieux mondialisé » et les tâches subalternes, qui seraient l'office sanctionnateur ou l'office tutélaire. Il n'empêche que tous ne sont pas aussi exposés à la mondialisation et à la complexité. Dans ces domaines, les juges sont de plus en plus évalués par leurs pairs et s'ils ne sont pas à la hauteur, ils perdent leur crédibilité. Ces deux phénomènes exigent que le juge s'organise différemment pour se mettre à la hauteur et à l'échelle. Non que la valeur économique doive recevoir un traitement plus soigné que les personnes mais parce qu'il est exposé à la concurrence, ce que n'est pas l'office consciencieux. Nombre de professions comme les médecins, les architectes, les avocats ou les chercheurs, ont dû passer en quelques années d'un exercice solitaire ou en petit cabinet

⁸⁵ Il n'entre pas dans le champ de notre étude de traiter de la question de la diversité sociale – ou plutôt de l'absence de réelle diversité – dans la magistrature actuelle.

à des formes de travail plus collectives. Un cabinet d'architecte doit réunir aujourd'hui de multiples professions et il est de plus en plus difficile de parler d'un nom. La complexité, la technicisation et de multiples autres facteurs expliquent ce passage. Toutes ces professions ont ainsi connu, sous des formes diverses, une dualisation ; c'est-à-dire une fracture, plus ou moins prononcée, entre les membres capables de prendre ce virage et ceux qui ont conservé une pratique traditionnelle. Qu'y a-t-il de commun entre une *law firm* de plusieurs centaines d'avocats et un avocat qui traite du contentieux civil dans son quartier ? Pourquoi la magistrature serait-elle immunisée par rapport à cette évolution ? Quel est l'antidote pour conjurer un tel risque de division du corps des juges ? C'est d'assurer la fluidité des fonctions entre les juges tout au long de la carrière ; cela peut-être aussi d'inventer un statut de juge très spécialisé. Puisque nous avons postulé une communauté de destin entre les avocats et les juges qui transcende les polémiques picrocholines corporatistes, pourquoi ne pas songer à intégrer des avocats qui ont pratiqué ce type de contentieux ? Cela assurerait une circulation entre les différentes professions judiciaires qui devient indispensable dans le monde dans lequel nous vivons.

Cette évolution suppose d'abandonner la politique du flux tendu, et permettre au juge de réserver du temps pour la formation et pour nouer des collaborations, en vue de rendre une justice de « qualité monde ». Il en va du maintien de notre culture juridique et judiciaire dans le forum mondial des juges qui est en train d'émerger.

Fonction jurisprudentielle et construction *incrémentale* du droit

Qui contesterait sérieusement aujourd'hui que les juges participent à la création du droit ? Probablement personne. Oui, à travers cet office jurisprudentiel les juges judiciaires exercent bien un pouvoir, mais ce dernier n'a rien à voir avec les « arrêts de règlement » de l'Ancien Régime. La réaction à la puissance des parlements fut la codification censée unifier et simplifier un droit français aux sources multiples et contradictoires. Mais la situation s'est de nouveau inversée : l'insécurité vient de la multiplication des textes législatifs mal rédigés, plus destinés à la communication politique qu'à leur application judiciaire ; aussi de l'empilement des niveaux normatifs et de la complexité des litiges transnationaux, et le juge est devenu un réducteur de complexité, ou plus exactement peut le devenir à condition d'avoir à cœur de travailler à une cohérence collective.

Ce pouvoir est un pouvoir impersonnel à double titre : il n'est pas exercé directement par les juges mais il est partagé avec les parties qui ont intenté des procès et les ont argumentés. Et puis les juges ne font pas preuve de volonté mais d'interprétation de principes et de textes ; ils précisent la volonté du « législateur rationnel⁸⁶ », c'est-à-dire d'une figure abstraite qui exige une mise en cohérence constante du droit. Cela les contraint à combiner des volontés exprimées par d'autres qu'eux mais à des époques différentes et, de plus en plus, en des lieux éparpillés, voire par des niveaux politiques différents (national, international, européen, ONU, etc.). Enfin, c'est un pouvoir qui est anonyme et décentralisé : il est exercé par une multitude d'hommes et de femmes aux compétences très diverses. La nouveauté, c'est qu'une partie de ces juges n'est plus en France et n'attend pas que la tradition française leur dise ce qu'ils doivent faire ou ne pas faire.

⁸⁶ J. Lenoble, F. Ost, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Presses Facultés universitaires, Saint-Louis, 1980.

La chimie a donné un nom à cette propriété qui consiste à créer sans pourtant exercer de pouvoir localisable : *incrémental*. Le droit se construit de manière collective et quasi imperceptible par la répétition d'actes en apparence identiques mais qui opèrent des changements à la marge. Il est le fruit d'une adaptation permanente (marginale, additionnelle – ce qui a été ajouté depuis la dernière opération). Ce n'est probablement pas un hasard si l'on retrouve ce mot employé en informatique et en économie qui sont deux secteurs en pointe de notre modernité. Il ne s'agit donc pas d'un pouvoir institué mais d'un pouvoir néanmoins organisé. Il n'est pas à mettre sur le même plan que le pouvoir constitué notamment par la représentation, comme peut l'être le pouvoir politique. C'est la forme du pouvoir à l'heure du diffus. Certes, s'agissant des juges, ce pouvoir est créateur de normes, mais il est collectif.

3. LA NOUVELLE PRUDENCE DU JUGE FRANÇAIS AU XXI^e SIÈCLE

Une telle vision du pouvoir créateur des juges et de la jurisprudence comme nouvel état du droit aujourd'hui, en même temps qu'elle reconnaît le *pouvoir* de créer, fonde également le *devoir* de se conformer au travail collectif. L'office jurisprudentiel est en effet une œuvre collective qui impose une obligation de cohérence à la charge des juges.

Il faut à la fois considérer ce qui est au-dessus de la loi, c'est-à-dire les principes, mais aussi ce qui est en dessous : son application concrète qui est la seule à pouvoir assurer à nos concitoyens une réelle sécurité juridique. Si le monde exalte le pouvoir créateur des juges, la jurisprudence – selon des modalités que l'on verra – montre la nécessité de l'encadrer.

La jurisprudence ouvre l'accès à la norme à tous

Avant de parler du juge, il faut considérer ce qui est en amont de son pouvoir et qui le conditionne, c'est-à-dire les demandeurs de justice. Il est remarquable qu'en même temps que le juge était émancipé de la loi, la justice s'ouvrait à des acteurs collectifs. Si les victimes ont toujours eu accès à la justice, notamment dans le système continental, leur regroupement en association est plus récent. Il a été en tous les cas déterminant dans nombre de procès contemporains qui ont jalonné le mouvement de judiciarisation. On songe par exemple à certains procès pour crimes contre l'humanité, mais les exemples abondent. L'activisme des ONG aussi bien sur le plan national qu'international se fonde souvent sur des stratégies judiciaires. C'est dans cet esprit qu'il faut considérer l'action de groupe. Elle est encore actuellement refusée en France, mais la pression monte, car les plaideurs sont tentés de rechercher dans d'autres fors ce qu'ils ne peuvent obtenir chez eux.

Au-delà des enjeux strictement procéduraux, c'est encore une fois à la démocratie que nous revenons. L'ouverture du procès à des acteurs collectifs est une manière de leur garantir un accès à la norme elle-même. C'est le ressort du dynamisme de la démocratie américaine, chaque plaideur sachant qu'il peut contribuer ne serait-ce que de manière infinitésimale à l'écriture de la nation américaine. À travers l'ouverture au procès, c'est une contribution à ce pouvoir incrémental, qui est offerte à tous.

Une nouvelle contrainte argumentative

Vient ensuite l'encadrement interne au jugement, c'est-à-dire son armature argumentative. Il exige que les juges donnent leurs raisons ; qu'ils expliquent comment ils sont parvenus à la décision, ce qui est un moyen de les exposer à la critique. Cette exigence est aux antipodes de la rédaction actuelle des arrêts de la Cour de cassation. Mais cela dépasse le strict point de vue de la forme car après tout, les rapports et les conclusions de l'avocat général quand il y en a peuvent être explicites. La question qui se pose est celle de la rédaction d'un jugement pris en vertu de principes et non plus d'une loi. L'office principal doit se donner à voir dans le jugement en mobilisant des vertus nouvelles comme l'honnêteté intellectuelle, la rigueur, la citation, voire les hésitations.

Réflexion en cours au Conseil d'État sur la rédaction des décisions

La réflexion conduite par le Conseil d'État sur la transformation du rôle du juge et sa nouvelle place dans la société l'a amené à lancer un groupe de travail sur la rédaction des décisions de la justice administrative⁸⁷.

Les premières conclusions insistent sur la nécessité que le juge soit plus pédagogue car ses décisions disent le droit et ont un rôle quasi doctrinal. La justice est aussi plus humaine, au sens où elle est immergée dans la société, doit y trouver sa place et construire sa légitimité. La décision doit indiquer le cheminement de la pensée du juge, son raisonnement et les choix qu'il a opérés. Dans une société de communication, la motivation est la clé de voûte du dialogue entre les juges et les parties. Enfin, le juge doit persuader, convaincre du bien-fondé de ses décisions et s'adresser à un auditoire plus large que les parties, c'est-à-dire à la communauté juridique et, *in fine*, à la société.

Ces travaux ont conduit le Conseil d'État à recommander l'emploi d'un style direct, la référence aux précédents et non seulement à la loi – la jurisprudence étant identifiée comme source de droit – et la rédaction d'un paragraphe de conclusion qui explique la décision. Sans retenir les rédactions très longues des décisions européennes, et en restant attaché à la concision française, il est préconisé d'expliquer le raisonnement déterminant qui a conduit à la décision : la prise en compte de travaux préparatoires à une loi, de l'objet du texte et des normes supérieures...

Cette orientation s'inspire des principes qui guident la CEDH sur la motivation des décisions : dans sa décision du 10 janvier 2013 concernant l'affaire Agnelet⁸⁸, la Cour a cherché à savoir si l'accusé, condamné par une cour d'assises française, a été à même de comprendre le verdict qui a été rendu, et rappelle que le principe de la motivation sert à asseoir dans l'opinion publique la confiance dans une justice transparente et objective. La Cour a examiné si les questions posées étaient claires et pertinentes, si elles se rapportaient aux circonstances concrètes de l'affaire et si elles permettaient de connaître sur quelles preuves s'appuyait le verdict.

⁸⁷ P. Martin (dir.) *et al.*, rapport rendu en avril 2012, disponible sur le site Internet du Conseil d'État.

⁸⁸ *Agnelet c. France*, n° 6198/08, § 35, 10 janvier 2013 (devenu définitif le 1^{er} février 2013).

LA CONSTRUCTION D'UNE JURISPRUDENCE CONCRÈTE

L'obligation qui contribue à définir la nouvelle prudence attendue des juges du XXI^e siècle, c'est-à-dire des juges moins tenus par la contrainte légale, concerne moins une disposition d'esprit envers l'affaire et la situation des parties qu'une attention aux autres décisions qui contribuent de manière incrémentale à constituer ce nouveau corpus normatif qu'est la jurisprudence. Où l'on retrouve l'idée de prudence mais tournée cette fois vers un objet général. La justice n'est plus une question particulière mais doit être prise en compte par le juge au-delà du cas, en tant qu'elle fournit à tous les citoyens des règles suffisamment claires, précises et surtout prévisibles pour leur permettre de gouverner leurs vies sans avoir à rencontrer un juge.

Qu'est-ce qui est le plus à même d'assurer la sécurité juridique ? Contrairement à ce que croyaient les rédacteurs du code civil, la loi n'est plus à même de garantir la sécurité juridique, ni de prévoir ce que sera la décision des juges. C'est plutôt la responsabilité de la *jurisprudence*, à condition de conférer à ce terme un sens nouveau. Alors que, traditionnellement, la jurisprudence désigne l'interprétation des lois et du droit par l'ensemble des juridictions sous le contrôle de la Cour de cassation, ce nouveau savoir attendu aujourd'hui doit prendre une dimension plus concrète : de quelle manière, dans la pratique, les différents juges de France traiteront-ils telle question précise qui leur sera soumise ? Il faut conférer à la vieille idée de jurisprudence une définition plus concrète, et qui ne se cantonne plus à l'exposé doctrinal d'un point de droit. Elle doit renvoyer à ce que décideront effectivement les tribunaux français aujourd'hui dans un type de contentieux donné. C'est pourquoi nous proposons le concept de *jurisprudence concrète*.

Il est désormais attendu des juges qu'ils assurent à leurs concitoyens la sécurité juridique que ne leur apporte plus la loi. La construction d'une telle jurisprudence réclame une démarche active, allant collecter des décisions, les mettant en relation, les comparant et en déduisant des lignes générales. Elle ne peut plus en tous les cas se déduire simplement de l'analyse des décisions de la Cour de cassation par la doctrine comme la jurisprudence classique : il faut ouvrir l'obturateur et porter un nouveau regard. À la production de décisions importantes, il faut ajouter le contenu des solutions apportées, comparer les montants et restituer la diversité des pratiques. Une chose est d'harmoniser les jurisprudences, une autre est d'homogénéiser les chiffres (les sommes attribuées au titre de l'article 700 du code de procédure civile, ou au titre des dommages et intérêts). Il y a une fonction d'observatoire et de mise en cohérence qui devient absolument nécessaire.

Si cette mission de rationalisation de la production judiciaire n'est pas faite par l'institution elle-même et sous le contrôle des juges, elle sera faite par d'autres : par l'administration pénitentiaire pour le juge d'application des peines, par les conseils généraux pour les juges des enfants, par les avocats spécialisés pour les contentieux économiques, par les *repeat lawyers* dans des affaires de références, par les compagnies d'assurance qui font leurs barèmes. Le juge ne pourra se réfugier derrière son indépendance pour refuser d'effectuer cette rationalisation.

L'office jurisprudentiel du juge français du XXI^e siècle lui commande au nom de la justice de regarder et de prendre en considération la jurisprudence comme état du droit. Le recensement soigneux,

la construction d'un cadre d'analyse, l'énonciation et la divulgation d'une jurisprudence entendue dans un sens moderne, devient une tâche spécifique et nouvelle pour la justice, qui doit être pensée en tant que telle. L'ENM a rempli dans ce domaine un rôle pionnier qui doit être non seulement encouragé, perpétué mais également rationalisé. Un tel travail contribuera fortement à la cohérence de l'action de tous (magistrats, avocats et juristes). Une prudence collective en quelque sorte.

1. UN TRAVAIL EN SOI : PARTAGER LES CONNAISSANCES

Une juridiction n'est pas en charge de définir une politique publique, au sens où les administrations les conduisent, mais on attend d'elle qu'elle élabore une véritable jurisprudence dans les différents domaines d'activité qu'elle a à connaître. Cette jurisprudence peut être très explicite dans des domaines où certaines décisions ont fixé la règle de droit, mais le plus souvent elle s'élabore au fur et à mesure des questions posées. Sans compter que, dans certains domaines, notamment celui concernant les personnes, si la règle de droit est simple, la décision ne peut être modélisée en raison de ses enjeux humains (décision de mise sous tutelle d'une personne, résidence d'un enfant après une séparation, décision de placement d'un enfant, décision de libération conditionnelle). Même dans de tels cas, les juges par la répétition de leurs décisions au cas par cas élaborent *de facto* une jurisprudence : ils sont majoritairement favorables ou non à tel aménagement de peine dans tel cas, favorables ou non à des délais de paiement.

L'examen concret de l'ensemble des décisions d'une juridiction sur une année permet d'établir une « jurisprudence concrète ». Ceci peut conduire de fait à l'élaboration d'une norme quand il s'agit d'affaires simples et répétitives. C'est le travail réalisé par certaines juridictions quand elles ont élaboré des critères permettant de retenir ou non tel type d'affaire pouvant relever de la composition pénale ou de la CRPC : elles ont dit quelle était la jurisprudence retenue et l'ont fait connaître aux parquets qui ont ensuite pu définir une politique de poursuites pénales au regard de cette jurisprudence.

Ces normes définissent une référence collégiale, jurisprudentielle, qui laisse ensuite chaque juge apprécier les décisions dans les situations particulières qui leur sont soumises au regard de cette référence.

L'élaboration de jurisprudences dans des matières nouvelles comme toutes les questions liées à l'utilisation d'Internet, aux catastrophes naturelles, aux questions de santé publique se réalise par définition au travers de chaque nouvelle affaire. La question posée est alors celle de l'information utile et disponible qui permette aux juges de s'appuyer sur les précédents, les débats déjà existants, les rapports et notes de commentaire.

Il faut intégrer à cette idée de jurisprudence concrète les pratiques professionnelles des juges, les us et coutumes de la juridiction, comme la détermination du lieu où se tiendront les audiences du JLD en matière d'hospitalisation sans consentement ou la définition du cadre retenu pour les débats en visioconférence. Débattre et définir des pratiques professionnelles dans de tels domaines peuvent

s'avérer tout aussi important que de s'accorder sur la doctrine juridique. Ce que l'on appelait autrefois le style des juridictions ; mais un style qui serait général, rationalisé.

Reste à savoir qui sera en charge de conduire de telles analyses. Une solution consiste à la confier à des assistants de justice. Mais ne sous-estimons pas la difficulté et le degré de professionnalisation que réclame une telle tâche ; aussi faut-il recommander de développer des partenariats avec l'université du ressort de la juridiction ou de la cour à cette fin. Des exemples sont déjà en cours : on songe au travail déjà réalisé par l'université de Montpellier⁸⁹ ou encore aux initiatives en cours prises par l'université de Versailles-Saint-Quentin⁹⁰. Enfin, des postes d'assistants spécialistes pourraient être identifiés.

2. RÉFORMER PAR LA SOCIALISATION DES JUGES

Des échanges ont lieu à travers les listes professionnelles, ou de manière informelle entre collègues mais ceci pourrait donner lieu à des recommandations plus formalisées au sein des juridictions.

Les ressources nouvelles du *knowledge management*

Connaître, c'est bien sûr connaître toute décision rendue en France, voire à l'étranger, utile pour l'affaire traitée. Depuis une dizaine d'années, les juges ont créé un outil pour dépasser leur isolement et trouver les solutions techniques ou juridiques correspondant aux affaires qu'ils traitent : les listes professionnelles qui s'appuient sur la confiance faite aux collègues expérimentés, des « sachants » reconnus par domaine d'activité, ou aux pairs. Leur développement important, l'extrême réactivité des juges aux questions posées par leurs collègues montrent que ces listes professionnelles sont aujourd'hui le lieu de documentation professionnelle le plus actif. Le monde des entreprises baptise ces pratiques du nom de *knowledge management* : les informations s'échangent au sein de communautés d'intérêt, dans le sens où ces communautés partagent le même intérêt qu'il soit professionnel ou ludique, et l'apprentissage se réalise entre pairs de manière informelle. D'une certaine façon, les juges sont pionniers en ce domaine. Reste à franchir une nouvelle étape : éviter le risque de submersion par la masse d'informations et permettre que ces réseaux soient des sources de documentation plus pérennes, ce qui peut se réaliser avec un appui technique⁹¹.

Il ne suffit pas cependant de réunir et de mettre à disposition ces informations. La mise sur base de données de toutes les décisions des cours d'appel comme celles de la Cour de cassation devrait être aussi une source de connaissance des jurisprudences. Pourtant, l'importance du nombre des décisions fait que cette source est aujourd'hui très sous-utilisée.

Juges en service extraordinaire

Une proposition consiste à offrir la possibilité d'intégrer directement des professionnels (avocats d'affaires, inspecteurs des finances, directeurs juridiques, médecins, ingénieurs, militaires) dans

⁸⁹ Atelier régional de jurisprudence du Languedoc-Roussillon / Centre d'études et de traitement de l'information juridique (CETIJ), faculté de droit – université Montpellier I, *Revue de jurisprudence régionale*.

⁹⁰ Cette université a passé un accord avec l'École nationale des greffes pour une évaluation externe des travaux faits par les étudiants.

⁹¹ Voir en annexe la note sur la gestion des connaissances au sein de la magistrature.

des formations de jugement bien définies (à la différence des recrutements exceptionnels ou latéraux qui versent les nouveaux juges dans le corps des magistrats sans affectation particulière) pour une durée limitée (juges en service extraordinaire). Trois effets sont attendus de l'intégration de ces juges : un effet direct en contribuant à la rédaction de jugements très spécialisés (sans, bien entendu, que ces juges en service extraordinaire puissent avoir la majorité des voix) ; le deuxième effet est de faire évoluer la culture professionnelle des juges en rapprochant les différentes composantes d'une même communauté professionnelle. Il n'y a pas, en effet, de meilleure formation professionnelle que l'audience et les affaires complexes. Enfin, une telle intégration tirerait toutes les conséquences de la montée en puissance des juges judiciaires, qui oblige le corps de la magistrature à s'ouvrir à d'autres professionnels pour être plus représentatif et plus compétent. Et donc gagner en autorité.

Cette solution n'est pas sans précédent dans notre tradition juridique et nombre de juridictions en ont déjà pris le chemin. C'est le cas de la Cour de cassation comme du Conseil d'État. Le code de procédure prévoit d'ailleurs que les avocats peuvent parfois compléter le tribunal. Enfin, il faut rappeler la proposition du rapport Guinchard en faveur de la possibilité de recruter des professeurs de droit et maîtres de conférences comme juges associés au niveau des cours d'appel⁹².

⁹² S. Guinchard, *L'Ambition raisonnée...*, op. cit., p. 19.

L'OFFICE PROCESSUEL

L'office processuel concerne la mise en forme, la mise en scène et la mise en sens du litige. Nous proposons de l'appeler ainsi en référence au néologisme forgé dans les années 1960 par Henri Motulsky pour désigner une matière juridique nouvelle faisant la « synthèse des grands types de procédures suivies en France devant nos trois ordres de juridiction⁹³ ». « Le droit processuel, renchérit Cornu, est une science comparative fondée sur le rapprochement des procédures en droit privé, pénal, administratif... et l'étude des thèmes communs à tous les procès⁹⁴. » Ce terme exprime deux idées qui nous conduisent au cœur du rôle du juge dans ce domaine.

Tout d'abord, il exprime l'idée ambivalente de « progresser vers un but », d'avancer en direction d'un objectif mais aussi celle d'atteindre à la fois le chemin et le but. Dans l'office *processuel*, le juge garantit la bonne marche de l'instance et met fin, par sa sentence, à cette marche qu'il a su orchestrer⁹⁵. À l'instar des différents offices particuliers, l'office processuel demande au juge de satisfaire des impératifs contradictoires : faire progresser et arrêter, écouter et décider, lier et trancher. Le procès, c'est à la fois le mouvement et le moment, ce qui fait avancer le temps et ce qui l'arrête. Comment opérer sans mystification une telle synthèse des contraires ? En articulant une référence au temps (le processus) avec la délimitation d'un espace (l'événement du procès).

À la différence de « procédural » qui vise un instrument, l'adjectif « processuel » renvoie non seulement aux différentes branches de la procédure mais encore au tronc commun, qui puise « aux sources communes d'inspiration de tous les contentieux, à leurs fondements, aux principes du droit naturel qui s'imposent dans la conduite de tous les procès⁹⁶ ». Le terme processuel nous livre ainsi en même temps la carte et la boussole, il nous introduit dans les complexités de la procédure en fournissant les principes qui permettent de s'y repérer.

TRAITER LES LITIGES DE MANIÈRE HUMAINE, EFFICACE ET ÉQUITABLE

L'office processuel aurait également pu être intégré à l'office général, tant le procès est le milieu naturel du juge. Mais chaque office particulier a sa forme de prédilection : l'office libéral s'exerce au terme d'une rapide audition, qui est un moment unique et généralement relativement bref, sans avant ni après ; ce qui la distingue de l'audition d'un juge des enfants par exemple au cours

⁹³ J. Foyer, préface à H. Motulsky, *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973, p. 1.

⁹⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2007, p. 725, v° « Processuel, elle ».

⁹⁵ Observations qui, par ailleurs, vont à l'encontre de l'idée trop largement reçue que le procès serait « la chose des parties » au sens où il en serait « le jouet ». Si le procès est bien la *cause* des parties, le juge en est le maître, c'est-à-dire autant le directeur que le garant, puisque le *processus* qu'il dirige et garantit vise un autre but que la simple réalisation, par la confrontation, des intérêts des parties.

⁹⁶ S. Guinchard *et al.*, *Droit processuel...*, *op. cit.*

de laquelle les échanges sont beaucoup plus intenses. Des formes abâtardies par rapport au procès qui est décrit dans les manuels ? Cela serait trop simple, car lui aussi connaît de formidables évolutions.

L'office processuel a été bouleversé par deux phénomènes : le management d'une part, et l'informatisation de l'autre. Les nouveaux moyens technologiques, aux capacités surprenantes, ne sont pas tous arrivés en même temps, mais se sont glissés l'un après l'autre dans le procès jusqu'à en modifier en profondeur la structure. Il est encore difficile d'en saisir toutes les conséquences tant nous ne faisons qu'entamer notre *transition technologique* sans idée précise de la nature et de la longueur des transformations à venir. On a d'ailleurs la fâcheuse impression que les décideurs de justice n'ont pas tellement le temps d'y réfléchir, pressés qu'ils sont par la nécessité de se conformer au modèle de l'*e-gouvernement* dans des délais irréalistes, éblouis par la vitrine technologique vantée par les industriels, trompés par la facilité apparente de transférer les « bonnes pratiques » d'un système à l'autre, ou tout simplement séduits par les gains annoncés... Ces innovations technologiques sont inséparables d'une nouvelle « gouvernementalité », c'est-à-dire d'une nouvelle manière de concevoir la modernisation de la justice.

Le travail des juges a été bousculé par l'introduction du management dans la justice qui leur a imposé des impératifs de productivité. En effet, pour faire face à une augmentation de la charge de travail, la réponse a consisté à appliquer à la justice des techniques de management directement importées de l'entreprise et largement étrangères au vocabulaire de la justice. Alors que le juge se concentrait sur une « affaire », à laquelle il apportait un traitement individuel, il a dû apprendre à raisonner en termes de flux qu'il doit maîtriser de la manière la plus rapide, la moins onéreuse et la plus efficace.

Management et informatisation : deux bouleversements majeurs

Ces deux phénomènes ont partie liée et méritent à ce titre d'être compris ensemble. Ils ont généré deux attitudes – aussi extrêmes l'une que l'autre.

La première consiste à disqualifier l'impératif d'efficacité et sa forme managériale comme n'appartenant pas au registre de la justice. Il reviendrait aux juges de garder la pureté des formes procédurales contre les intrusions managériales. Vis-à-vis des nouvelles technologies, l'argument est un peu différent mais cache une même méfiance de principe : elles ne sont acceptables que pour faciliter un métier qui ne doit pas fondamentalement changer.

La seconde attitude – radicalement opposée – voit dans le management la solution à toutes les difficultés que rencontre la justice. La recherche de performance devient ainsi le *seul* discours sur l'institution. S'agissant de la technique, toute innovation est bonne à prendre car elle incarne le progrès ; il nous faut accepter tout ce que la technologie nous permet de faire. Toute accélération de la procédure, par exemple, constitue un bien en soi.

Ces deux positions doivent être écartées d'emblée : tout d'abord par ce que l'impératif d'efficacité de la justice n'est pas accessoire mais touche le cœur de la justice. *Justice delayed, justice denied*

disent les Anglais, c'est-à-dire qu'une justice qui n'aurait pas le souci de répondre dans des délais raisonnables à la demande équivaldrait à un déni de justice. L'efficacité est donc bien plus qu'une question instrumentale. D'un autre côté, une trop grande concentration sur l'efficacité et un engouement sans esprit critique pour les nouvelles technologies font peser de réelles menaces sur l'identité du juge.

Ces deux phénomènes doivent en réalité être considérés comme des *épreuves* pour le juge qui ne peut ni les refuser, ni s'en rendre esclave. D'où l'intérêt de retourner aux sources de l'office processuel qui s'alimente, comme on l'a vu, à la fois à la *technique* et à des *principes*. Lorsque la technique s'emballle, ce dont nous avons besoin c'est moins d'un surcroît de technicité que de revenir aux principes. Encore faut-il pour cela restituer au procès son épaisseur anthropologique.

Une altération des fondements anthropologiques du procès

Le procès résulte en effet d'une combinaison subtile du temps, de l'espace et des symboles sociaux. Il rompt le temps linéaire de la durée par un moment qui délimite un avant, un pendant et un après, en consacrant un espace voué à la rencontre physique des protagonistes d'une affaire dans un même lieu en la présence d'un tiers de justice. C'est au prix de cette très complexe machinerie qu'il arrive à apporter un épilogue à des controverses qui modifient pacifiquement le cours de la vie sociale.

L'audience remplit dans ce dispositif un rôle central en ce qu'elle concentre plusieurs réalités. Elle est d'abord un *drame social* qui répond à la règle des trois unités du théâtre classique de temps, de lieu et d'action, et qui requiert à ce titre la présence non seulement de tous les acteurs concernés mais aussi d'un public. Ce spectacle prend la forme d'une *cérémonie de la parole* en raison de son intensité émotionnelle et de sa culmination rhétorique : tous les griefs et les arguments élaborés dans la période préparatoire et les éléments de preuve patiemment réunis sont échangés dans un même trait de temps, dans un lieu approprié et selon un ordre particulier. Cet ordre est beaucoup plus qu'un simple cadre procédural : le grand apport de Michel Foucault est d'avoir compris qu'il renvoyait à une « *forme de vérité*⁹⁷ ». Ses textes d'une rare puissance, qui ne figurent pas curieusement parmi les plus connus, ont mis au jour l'archéologie du procès, où la raison, la subjectivation et l'affirmation d'un pouvoir se combinent d'une manière propre à chaque culture. La décision obtenue tirera enfin son autorité de la réactivation scénarisée *des mythes politiques*, ainsi que des représentations religieuses d'une société⁹⁸.

Le procès ne peut prétendre à une quelconque efficacité sociale que grâce à la concaténation de ces différentes réalités. Le procès ne tire pas sa force du seul droit mais de la convergence de toutes ces réalités dans un *fait social total*. L'efficacité sociale de la justice vient de sa force centripète qui allie ces diverses dimensions sociale, juridique, rhétorique, politique et subjective.

Pourquoi ce détour théorique, qui paraîtra incongru dans un tel rapport ? Parce que le bouleversement qu'opèrent la technologie et le management est d'une amplitude inédite et qu'il affecte moins la surface procédurale du procès – celle que l'on peut changer au gré des réformes – que ses fondations.

97 M. Foucault, *Dits et écrits I, 1954-1975*, Paris, Quarto Gallimard, 2^e éd., 2001 (1994), p. 1406.

98 M. Foucault, *Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en justice*, cours de Louvain, 1981, Louvain, Presses universitaires de Louvain, 2012.

De la même manière que nous avons déplacé notre regard du registre formel et juridique sur le plan plus profond des pratiques, il nous faut abandonner le strict point de vue procédural si l'on veut comprendre les évolutions contemporaines de l'office processuel. Le management installe une nouvelle « gouvernementalité », c'est-à-dire un nouveau discours de vérité qui se trouve aujourd'hui dans l'économie et plus dans la politique, les nouvelles technologies bouleversent notre rapport au monde, et la mondialisation met en présence moins des systèmes de droit différents que des mythes politiques et des cultures.

Si l'on veut « être à la hauteur de ce qui nous arrive », la seule règle morale pour Deleuze, c'est-à-dire saisir la profondeur de ces bouleversements que nous ressentons sans pouvoir les comprendre, c'est à ce niveau qu'il faut se situer. Le procès est en effet affecté par une déstructuration du temps, une dématérialisation – et donc une déterritorialisation – de l'espace, par la possibilité technique « d'être là sans être là » qui modifie la présence au monde et enfin par la vulgarisation de l'image, entendue non pas comme reproduction indicielle de la réalité mais comme support de l'autorité.

UN TEMPS PRODUCTIF

Repartons du procès classique qui articulait le passé, le présent et l'avenir. La justice conjugait trois temps : le passé composé pour parler des faits, le présent de l'indicatif pour l'audience et l'impératif pour le jugement. Le jugement redressait l'injustice des faits passés par une parole d'autorité qui disait l'avenir. D'une représentation linéaire et progressive de la justice pénale structurée autour du *momentum* de l'audience, nous sommes passés en quelques années à un paysage beaucoup plus complexe, considérant le procès moins comme la structuration du temps autour d'un drame central que comme un espace d'interaction qui se situe toujours au présent. Au pénal, les voies procédurales se sont multipliées non sans prévoir quelques passerelles.

Le procès prenait son temps certes, parfois trop, mais nul n'aurait songé à le faire intervenir dans le trait même de l'action. C'est pourtant l'ambition du temps réel : chasser les temps morts et surtout placer la justice dans le même temps que celui du délit. Le fameux « temps réel » manifeste le phénomène général d'accélération du temps⁹⁹ : tout va plus vite, les gens veulent avoir plusieurs vies en une (ce qui les oblige aussi à consommer plus de droit). Dans l'expression « traitement en temps réel », on s'est peut-être trop concentré sur le « temps réel » sans prêter suffisamment d'attention au « traitement ». Traitement se traduit en anglais par *process*. Il n'est plus tant demandé au juge de juger *au terme* d'un procès que de juger *dans un process*. Il s'agit là de deux activités différentes : dans le premier cas, le jugement conclut un événement qui est censé se suffire à lui-même, dans l'autre il est immergé dans une série de mini-décisions dont la raison ultime n'est pas juridique mais économique : traiter le maximum d'affaires dans le minimum de temps. Le juge se trouve, à son corps défendant, être l'enjeu d'un affrontement souterrain entre le procès et le *process*, affrontement qui recouvre une question autrement fondamentale pour le juge : la justice est-elle une *institution* ou doit-elle être traitée comme n'importe quelle *organisation* ?

⁹⁹ Voir à ce sujet : H. Rosa, *Accélération. Une critique sociale du temps*, Paris, La Découverte, 2010.

Le *process* peut être défini comme « un ensemble d'activités corrélées ou interactives qui transforment les éléments d'entrée en éléments de sortie ». Le *process* est lié à une organisation, le procès à une institution, le premier est descriptif et analytique, le second est juridique et normatif, l'un est lié à l'action, à l'effectivité, à l'efficacité, l'autre à l'autorité. Le *process* ne crée pas d'espace – comme le contradictoire – mais un mouvement, ce qui est différent. Le *process* est lié à l'action, la procédure à la juridiction, c'est-à-dire à une décision. C'est une modalité de l'action, et pas de la juridiction. Le *process* implique ainsi une interdépendance car il exige pour être efficace la coordination d'une pluralité d'acteurs qui doivent intervenir à des moments différents mais dans un processus commun. Tous constituent la bien nommée « chaîne pénale » qui crée une pression du fait de cette interdépendance.

Si le rituel était pesant, froid en introduisant trop de distance, le *process* met chacun « sous pression » (sous la pression des chiffres, des flux pénitentiaires, des médias, de la hiérarchie). Sous la pression des autres intervenants dans la même chaîne, le juge risque d'être esclave de la *pathdependence*, c'est-à-dire littéralement une dépendance aux autres partenaires, aux choix qui ont déjà été faits par eux, à la force d'inertie du *process* lui-même. Formellement, le juge reste souverain mais en réalité il est l'objet de multiples contraintes : une pression latérale dont on vient de parler, la pression de la hiérarchie qui examine ses indicateurs de performance et, de manière plus externe encore, la pression médiatique et politique qui peut fondre sur eux à tout moment.

Cette nouvelle physionomie du procès pénal se perpétue après le verdict. Il y avait l'avant, la préventive, le procès et une peine fixée une fois pour toutes. Mais le temps ne se structure plus ainsi : il est désormais *ouvert* dans le sens où l'enjeu est sans cesse entretenu de la garde à vue à l'expiration de la peine ; il y a toujours un « coup à jouer ».

À la compréhension du passé comme un événement auquel il fallait répondre par un autre événement de justice, notre justice veut se hisser à la hauteur d'un présent avec lequel il faut interagir. D'une justice du rituel on est passé à une justice en ligne, au risque de ne jamais trouver d'épilogue. Le procès était un moule, trop rigide parfois et qui cassait les hommes qui refusaient de se couler dedans, le *process* est modulable : il est censé s'adapter à toutes les situations.

De la procédure comme *moule* nous évoluons vers une procédure conçue comme délimitation d'un espace temps modulable à l'infini. Le juge ne prend pas une décision vis-à-vis d'une situation passée, mais il intervient dans une situation présente, évolutive ; il ne tranche plus un litige mais « suit » une situation (on ne saurait mieux dire !). Nous évoluons vers une justice « situationnelle » : alors que l'audience opérait un redoublement du temps par le truchement du rituel, le nouveau modèle réagit avec des situations dans un temps social commun : celui du présent, plus précisément encore, celui de l'urgence.

Le travail du juge est encadré par une procédure qui objective ses actes. Mais la procédure n'est pas qu'un ensemble de circuits et de prescriptions formelles : elle est aussi un *esprit*. Ainsi le principe du contradictoire n'est-il qu'une formalisation de l'adage *audi alteram partem*, « écoute l'autre partie ». S'agissant du temps, la procédure assure un certain rythme à une affaire pour vaincre l'inertie dilatoire, mais elle préserve également des pauses, le temps de respirer, de préparer sa défense, de réfléchir sur une affaire, de « fermer les yeux¹⁰⁰ », une préparation, une maturation, le temps de la réflexion.

¹⁰⁰ H. Arendt, *Juger. Sur la philosophie politique de Kant*, Chicago, University Press, 1982, M. Revault d'Allones (trad.), Paris, Seuil, 1991, p. 105.

Améliorer la qualité de la justice uniquement par des indicateurs ?

Les indicateurs de performance ont adopté une définition quantitative en privilégiant le seul critère du délai et donc du nombre d'affaires jugées. C'est ainsi qu'il est possible aujourd'hui de calculer la productivité de chaque juridiction en la comparant à des juridictions de taille similaire ; il est même possible d'évaluer la productivité de chaque juge. Cette politique a porté ses fruits¹⁰¹ et nul ne contestera la nécessité de juger dans un délai raisonnable, ni que les juges français n'ont pas fourni des efforts considérables dans ce sens. Mais ces efforts se sont faits aux dépens de leur identité professionnelle en répondant à une raison économique beaucoup plus que judiciaire¹⁰². Les juges se sentent déchirés entre une exigence de célérité et la demande des justiciables à être écoutés, entre l'impératif de sécurité juridique et le souci d'individualisation des décisions, entre la consigne d'évacuer les affaires et la crainte de voir sa responsabilité engagée à la moindre erreur d'appréciation, entre les réquisits du débat impartial et la réduction d'une affaire à un élément d'un flux.

Ces tensions ont été relevées chez des jeunes juges qui percevaient un fort décalage entre l'idéal de justice ayant motivé leur entrée dans la magistrature et la seule demande de résultats chiffrés qui leur était adressée par leur hiérarchie. Pourtant, cette jeune génération est *a priori* mieux disposée à l'égard d'une gestion plus moderne des juridictions, mais elle souffre de n'être évaluée *que* sur de tels critères et jamais sur la qualité de la justice qu'elle rend. D'ailleurs, elle parle rarement, voire jamais, de la justice proprement dite avec leur hiérarchie. Très révélateur à cet égard est le récent débat sur les listes professionnelles sur la nécessité pour les juges des tutelles de s'assurer au regard de l'impossibilité matérielle de réexaminer toutes les mesures de tutelles avant l'expiration du délai fixé par le législateur.

L'ARGUMENTATION SAISIE PAR L'INFORMATIQUE

La fonction du procès est de lier faits, prétentions et arguments pour mettre en forme un litige et le rendre propre à être jugé. Cette fonction a également été transformée par le management et les nouvelles technologies. Ces dernières offrent en effet à la justice de nouvelles façons de communiquer, c'est-à-dire d'échanger des actes de procédures entre professionnels. Truffés d'anglicismes, les concepts de *e-filing*, de *paperless court* et de *e-court* dessinent un modèle entièrement numérisé – ou presque – de la relation judiciaire. La réalité est autre.

Un instrument de coopération

Que penser des modèles de décision pré-remplis, par lesquels le juge récupère d'un dossier après l'audience, le canevas d'une décision, avec fusion des conclusions des parties, renvoi automatique aux pièces produites, au visa des textes de loi pertinents et à ses propres annotations à l'audience sur ordinateur (ou tablette), au fur et à mesure d'une discussion organisée à travers un échange point par point plutôt que par une succession de plaidoiries ?

¹⁰¹ 50 % des affaires civiles devant les tribunaux de grande instance et d'instance sont désormais jugées au bout de 4,1 mois, un divorce par consentement mutuel est jugé au bout de 2,7 mois en moyenne (ce qui conduit parfois des avocats à devoir conseiller à leurs clients d'attendre un peu avant de déposer une demande). De la même manière, les juridictions pénales ont absorbé sur les dix dernières années une augmentation des affaires jugées de 20 %, à budget constant, ce qui est un gain de productivité considérable (cf. intervention de J. Danet, lundi 28 janvier 2013 à l'IHEJ, dans le cadre du séminaire *Être juge aujourd'hui – confrontation de professionnels et de chercheurs sur les transformations de l'institution judiciaire*, en annexe).

¹⁰² C. Vigour, *Temps judiciaire et logiques gestionnaires. Tensions autour des instruments d'action et de mesure*, rapport pour la Mission de recherche droit et justice, décembre 2011.

L'instrument informatique porte en lui-même la standardisation des comportements. En témoigne par exemple la trame de jugement. Alors que le juge autrefois devait rédiger seul chaque jugement, la trame lui permet de produire beaucoup plus vite des jugements qui auront l'apparence de la singularité mais qui ne seront que des adaptations d'une trame préétablie.

Un rapprochement peut être fait avec l'enjeu de la structuration des écritures convenues entre les barreaux et les tribunaux. Ce qui se dénomme lui-même comme un « guide de bonnes pratiques » recommande aux avocats du ressort de la cour d'appel de Paris un plan-type afin d'harmoniser les écritures et faciliter ainsi leur circulation plus fluide sur le Réseau privé virtuel avocat (RPVA). Ces protocoles de structuration permettent de préparer le moment du procès le plus en amont possible. La structuration des écritures suppose une défense plus positive, voire plus constructive, moins fondée sur l'éloquence mais plus sur l'argumentation.

Un paramétrage identique se retrouve au niveau dans la mise à disposition des informations juridiques. La mise en catégorie du droit est un enjeu de pouvoir majeur qui a opposé les différentes cultures juridiques et les grands éditeurs globaux. Les logiciels d'information juridique imposent au praticien leurs propres logiques d'arborescence ; le vocabulaire juridique est reformulé, voire réinterprété pour devenir signifiant dans le langage des machines.

Ces nouvelles contraintes améliorent incontestablement la célérité et la qualité de la justice : tout dépendra de la manière dont ils sont utilisés. Ainsi, le bureau commun de partage permet un partage d'information.

Les évolutions de l'office processuel, quoique multiples, vont dans le sens d'un travail moins solitaire, plus coordonné. Plus que la tendance vers l'accusatoire ou l'inquisitoire, ce qui semble se dessiner avec encore plus de force, c'est le principe d'une *coopération* renforcée à laquelle ne sont pas étrangères la conciliation et, bien sûr, la transaction. En témoigne la vogue de la justice collaborative ou de la procédure participative qui visent par des voies différentes une solution transigée entre les parties. Ou encore la collaboration resserrée et surtout continue avec le juge de la mise en état et les autres parties, encouragée par toutes les circulaires.

La coopération devient une modalité importante de l'exercice professionnel du juge. Les exemples ne manquent pas : depuis la collaboration avec d'autres systèmes de justice, qui reste exceptionnelle ou des rapports entre le juge et les parties, qui sont quotidiens, tout y ramène. L'informatisation de la mise en état et la visibilité généralisée en temps réel de l'avancement d'une procédure, le bureau électronique ont pour effet d'intensifier la coopération entre le juge et les avocats. Si l'on se tourne vers les juridictions suprêmes, on constate une évolution analogue¹⁰³. Interactif, le procès l'a toujours été, mais les échanges s'intensifient en amont de l'audience, échanges qui ont toujours à l'esprit une possible transaction. À l'audience, un dialogue constructif entre le juge rédacteur du rapport et l'avocat est encouragé dans une ambiance qui ressemble plus au procès allemand qu'au *trial* américain.

Tout cela illustre une tendance de fond de nos sociétés démocratiques à la déconflictualisation. Dans la justice aussi, une culture oppositionnelle cède la place à une action stratégique qui doit passer par la coopération. Il s'agit, à n'en pas douter, d'un changement culturel profond qui va de

¹⁰³ Voir le chapitre 2 sur l'office jurisprudentiel.

pair avec la responsabilisation généralisée, de l'avocat comme du justiciable. Il s'agit là d'une culture plus exigeante tant l'opposition est une attitude dans le fond assez confortable ; la défense attend que le juge d'instruction ou le parquet fassent leur travail et se contente de « chanter » à l'audience. Les avocats ont demandé à intervenir le plus en amont, mais cela fait peser sur leurs épaules une plus grande responsabilité, en les associant *de facto* au travail des juges et en les intégrant dans le *process* plus en amont.

UN ESPACE DÉSENSUALISÉ

L'audience – son déroulé, sa fonction et sa finalité – demeure paradoxalement un point aveugle de la procédure. C'est pourtant le cœur de la justice. La justice, dit Levinas, est « la co-présence devant un tiers de justice », c'est-à-dire à proprement parler une *com-parution*. Elle est largement laissée à la liberté du juge : ainsi, le fait de faire examiner les faits avant la personnalité ou l'inverse aux assises n'est pas arrêté, et donc renvoyé aux pratiques de chaque président d'assises. L'insistance portée au *process* nuit à l'audience : en intensifiant le présent de chaque moment, il risque d'effacer le moment de l'audience. Celle-ci soit n'a plus d'intérêt, soit devient une conférence de mise au point des questions en suspens. L'idée d'un *kairos*¹⁰⁴ est dissoute dans le *process*. Cela continue de contraster avec le *trial* américain. Mais l'audience peut aussi être affectée par la disparition du rituel signifiant, au bénéfice d'une autre mise en scène peut-être (que nous verrons dans l'office sanctionneur). La co-présence peut être affectée par la dématérialisation de la rencontre par la visioconférence notamment.

Les nouvelles technologies rêvent d'une justice immédiate... et sans audience. Les modèles de résolution en ligne des litiges (*Online Dispute Resolution*) sont en progression constante et désormais un passage obligé des justices d'Europe en matière de consommation, suites aux dispositions prises par la Commission et le Parlement de l'Union européenne. Gérés par ordinateur, avec le but recherché d'obtenir la conciliation entre les parties, sont-ils vraiment ce que l'on prétend : une façon de mieux rendre justice pour les affaires les plus simples, afin de redonner du temps à la justice classique pour le traitement d'affaires plus complexes ?

Les cours « mobiles », dans le sens où chacun dispose des outils de consultation et d'annotation des données par le recours aux tablettes numériques, ont-elles plus à voir avec les cercles de justice traditionnels qu'avec les juridictions classiques dont tout le rituel nous est imposé par la rigidité et l'immuabilité des espaces ?

Disparition du moment de l'audience ?

L'audience se fait plus rare en raison des multiples voies de diversion qui sont proposées en amont ; mais même lorsque le procès va jusqu'à son terme, l'audience tend à s'effacer. Si l'audience disparaît, c'est aussi l'occasion de se connaître qui s'échappe. L'informatique rapproche mais isole aussi : les juges se connaissent de moins en moins parce qu'ils statuent à juge unique et de la même manière, les avocats connaissent moins les juges, ce qui peut les handicaper dans leurs fonctions.

104 C'est-à-dire le moment où l'histoire bascule.

Une fois encore, cette évolution profonde ne doit pas être abordée de manière nostalgique. L'audience s'est certes transformée ; ses formes, qui peuvent apparaître appauvries telles que la CRPC, voire la négociation, ne sont pas des succédanés mais de nouvelles formes qui figurent de nouvelles représentations politiques. L'audience ne disparaîtra pas car elle ne peut disparaître tant elle est le cœur de la justice. Peut-être est-elle appelée à devenir une *référence* et non plus un objet de consommation courante.

Le traitement réussi d'une affaire de santé publique

Une demande d'expertise médicale fut introduite en référé par plusieurs malades atteints par la maladie de Creutzfeldt-Jakob. Le président de la juridiction a ordonné une expertise et, constatant que cette affaire prendrait de l'importance, il a demandé à une équipe d'assistants de justice attachés à la juridiction de suivre l'instruction civile de l'affaire en rassemblant la documentation utile, en analysant toutes les pièces transmises et en veillant aux délais. L'affaire fut jugée au bout d'un délai d'un an. L'audience civile s'adressant à un large public – les demandeurs, leurs familles, la presse – elle fut préparée en ce sens : choix d'une salle pouvant accueillir le public, prévision d'un temps d'audience permettant l'expression de chaque partie, de façon à ce que les débats ne s'adressent pas uniquement aux professionnels de la justice, mais soient compréhensibles par tous, comme dans un procès pénal.

L'audience doit certes rester le poumon identitaire pour les juges et les avocats. Les premiers doivent comprendre leur nouveau rôle davantage tourné vers les citoyens. Les seconds doivent se transformer pour proposer à leurs clients une « défense globale ». Ce sont les recommandations que leur fait le rapport Darrois¹⁰⁵. Il s'agit d'une véritable mutation culturelle pour eux : une défense globale est une défense qui s'exerce sur plusieurs niveaux et n'abandonne jamais la perspective d'une transaction. Comment articuler ces deux dimensions organisationnelle et institutionnelle ? La démocratie qui réclame la masse et la qualité de la justice qui réclame la rareté ? Peut-être en distinguant plus clairement le rôle de la justice comme productrice d'informations juridiques de sa fonction sociale. Il faut donc assumer ces deux dimensions de la justice et les penser ensemble. Car elles font système : plus l'institution délivrera une jurisprudence claire et détaillée, plus il sera possible de faire l'économie de procès inutiles et réserver les forces symboliques du procès pour des affaires qui en valent la peine.

Une comparution sans rencontre : la visioconférence

La règle des trois unités que le procès partage avec le théâtre classique se trouve également démantelée par la disparition de l'unité dans l'espace. La réunion des parties est artificielle, les personnes ne faisant plus l'effort – et ne supportant plus le coût – de convenir dans un même endroit. La visio-

¹⁰⁵ J.-M. Darrois (dir.), *Vers une grande profession du droit*, Paris, La Documentation française, 2009.

conférence s'est récemment développée pour des raisons essentiellement économiques : elle permet en effet de faire des substantielles économies de coût de transfèrement. Elle n'en modifie pas moins profondément l'espace de la comparution. Qui est à distance de qui ? Sont-ce les juges qui sont à distance ou la personne entendue ? Les deux.

Sa mise en œuvre pose des difficultés concrètes comme de savoir, par exemple, de quel côté les avocats doivent-ils se placer : à côté de leur client ou auprès du juge ? Spontanément, ils vont choisir leur client même s'ils savent que l'on est plus convaincant quand on est au plus près du juge, que l'on peut observer ses réactions. Pour prévenir tout arbitraire et respecter la neutralité et l'impartialité de l'image, la charte graphique (la visioconférence suscite un grand nombre de chartes et de protocoles), il est convenu que la caméra ne fixe que celui qui parle, mais dans un procès il est très important de regarder l'auditeur, le destinataire du discours pour y ajuster son propos : c'est le b.a.-ba de la rhétorique. L'art de l'avocat, dit Jean-Denis Bredin, c'est « d'écouter celui qui écoute ». Le propre de l'avocat est d'être un intermédiaire, c'est-à-dire de pouvoir aller de son client au juge ; d'être à la fois un juriste et d'être proche de son client : avec la visioconférence, il doit choisir de quel côté il se situe. La mobilité spatiale est ainsi essentielle pour que l'avocat puisse jouer son rôle de médiateur. Aujourd'hui, ce sont l'image et la technique qui deviennent médiateurs mais de manière très figée.

La visioconférence pose également au juge une question de fond : quand doit-il accepter une visioconférence ? Elle ne pose pas de difficultés pour la notification d'actes formels (telle une expertise) ou si la personne se trouve très loin (aux Antilles par exemple), mais *quid*, en matière criminelle, en cas d'un accusé dangereux ? Si elle peut être utilisée pour les gardes à vue et les prolongations de détention provisoire, elle serait déplacée pour la fonction tutélaire dont on a souligné l'importance de l'audition. D'autant que l'écran n'est pas neutre : il tient déjà un certain discours sur le visage qui parle : celui-ci apparaît statique, avec le regard fixe (ce qui peut fausser la perception qui est l'une des fonctions de l'audition judiciaire surtout s'agissant de malades mentaux).

La difficulté vient de ce que l'écran à la fois supprime et ajoute. La visioconférence vidéo dépouille la relation judiciaire et la fonctionnalise : elle est réduite à sa fonction procédurale (une notification, un témoignage). Elle aseptise la relation d'audience, elle réduit la communication à un échange d'informations en la déshabillant de tout l'environnement de la relation. La visioconférence révèle en effet *a contrario* l'importance de l'écologie de la relation judiciaire, c'est-à-dire de l'ambiance, de la perception d'autrui, de la communication infra-verbale, de l'expérience partagée, en bref de tout ce qui ne passe pas par le langage et qui se trouve terriblement appauvri si ce n'est supprimé par la visioconférence. L'expérience de l'autre passe aussi – commence devrait-on dire – par la perception olfactive. L'odeur que l'on dégage parle pour soi : il ne faut pas avoir une grande expérience de la justice pour se rendre compte que la misère a une odeur, comme l'alcool ou la garde à vue. Et l'on sait que l'expérience d'être affectée par autrui est donc essentielle à la justice et au jugement.

La visioconférence appauvrit l'expérience commune, c'est-à-dire un vécu très sensible : il fait froid, il fait chaud, l'ambiance était électrique (ce qui se manifeste souvent par des petits riens que l'on ne voit pas ou qui sont hors champ, comme les tremblements de l'accusé). Le contact avec l'écran non seulement décontextualise la comparution mais la désensualise également, ce qui signifie que

« seules la vue et l'ouïe sont sollicités, tandis que les sensations tactiles, les odeurs (dont on connaît l'importance pour la mémoire à long terme) ou les perceptions gustatives sont absentes¹⁰⁶ ». Une personne que l'on a vue sur un écran, on ne l'a pas véritablement rencontrée, c'est ce que nous confirme la télévision tous les soirs. Heureusement répondront certains, car il est finalement très rare qu'une émotion ressentie par la présence physique du prévenu lui soit favorable, c'est généralement le contraire : la distance induite par la visioconférence n'est pas forcément négative en termes d'atteintes aux droits fondamentaux.

La visioconférence réduit la réalité à une seule image, le plus souvent celle d'un visage. Au risque de réduire la relation judiciaire à une dyade. Comme dans *10^e Chambre*¹⁰⁷ où l'image ne montre que la présidente et jamais les deux assesseurs. L'image appareille le regard, le dirige et surtout exclut. Elle crée *ipso facto* un hors champ. Elle donne à voir, de très près, mais elle obture également. C'est d'ailleurs la différence avec le regard déshabillé, c'est-à-dire le regard libre de se porter là où il veut et de pouvoir tout voir. L'auditoire doit en effet être prolongé par le « véditore », c'est-à-dire par le fait de voir ou plus exactement de pouvoir voir des choses ensemble. Quel effet cathartique peut avoir une visioconférence ? Ne renforce-t-elle pas la solitude du sujet dans sa relation aux institutions ?

La visioconférence crée une certaine asymétrie : les juges se trouvent dans une salle d'audience, dans un lieu symbolique donc, et le détenu est lui dans une pièce de la prison n'ayant pour seule décoration que les équipements électroniques. Ils ne partagent pas la même expérience de l'espace, ni physique, ni symbolique. Par exemple, lorsque le juge entre dans une salle, chacun est prié de se lever : ce geste est très important et correspond à une sorte d'incorporation du rituel, c'est-à-dire que l'événement se marque dans le corps. Avec la visioconférence, il est au contraire vécu de manière privée en quelque sorte.

Un trouble de la présence

La visioconférence affecte la qualité de la présence. Les nouvelles technologies affectent « l'être là » : elles permettent d'être là sans être là (c'est-à-dire en étant à distance), mais aussi de ne pas être là quand on est là, comme l'a révélé la récente affaire des deux magistrats « gazouillant » à l'audience. Les nouvelles technologies de l'information permettent de franchir un certain nombre de barrières que l'espace de l'audience était censé leur signifier et signifier au public. Les messages échangés montrent leurs impressions, dévoilent leur stratégie, livrent au public leurs sentiments, bref donnent accès à la part privée d'eux-mêmes, celle que la robe doit cacher. Ces magistrats ont ainsi montré qu'ils n'apportaient pas toute l'attention que requérait cette affaire comme toutes les autres. Cet échange est enfin apparu comme un manque de respect à l'égard des justiciables. Sans parler de l'atteinte portée à l'image de l'institution, donc à son autorité.

L'utilisation des moyens de communication instantanée a fait l'objet d'un guide de bonnes pratiques en Angleterre. En France, il revient au président d'audience en vertu de ses pouvoirs de police d'interdire l'usage des téléphones portables pour éviter les tweets ou les images sauvages qui sont ensuite postées sur l'Internet. La pratique est courante en Grande-Bretagne et aux États-Unis, le plus souvent dans le but de se moquer du comportement d'un juge.

¹⁰⁶ H. Rosa, *Accélération. Une critique sociale du temps*, op. cit., p. 177.

¹⁰⁷ R. Depardon, *10^e Chambre, instants d'audience*, 2004 (nouvelle NBP).

Une difficulté majeure se pose pour les témoins en cour d'assises censés réserver la primeur de leur témoignage à la cour et au jury sans avoir entendu les déclarations préalables qui leur retireraient de la crédibilité. C'est un élément essentiel de la procédure orale qui permet au jury d'évaluer le poids à accorder aux différentes dépositions. Le problème est résolu par le fait de remettre obligatoirement son téléphone à l'huissier avant d'entrer dans la salle des délibérations, mais cela ne vaut que pour la journée, c'est-à-dire tant que le témoin ne sort pas et ne prend pas connaissance de la presse et des médias. Le *live-blogging* donne en effet un compte rendu en temps réel des débats.

Certains ont proposé d'introduire un nouveau principe : le principe de présence¹⁰⁸ que Soraya Amrani-Mekki définit comme « une composante de la qualité et, partant, de l'efficacité du procès civil¹⁰⁹ ». Aussi le rattache-t-elle au droit d'être entendu, voire « de favoriser le contact humain entre les parties et le juge au procès¹¹⁰ ».

AUTORITÉ DES IMAGES, AUTORITÉ SUR L'IMAGE

La question des nouvelles technologies ne peut se réduire aux possibilités qu'elles offrent c'est-à-dire à leur dimension instrumentale. Elles modifient notre rapport au réel par la vulgarisation de l'image. A-t-on pris par exemple la mesure de l'impact de la production de preuves « à haute teneur technologique » sur l'intime conviction d'un juge ou des jurés ? Reconstitutions par images de synthèse toujours plus réalistes, pièces à conviction manipulées sous forme holographique à l'audience, poids des images cérébrales présentées par les experts en neurosciences. L'image devient un bien de consommation courante, envahissante, fluide, liquide. Et elle interpelle nécessairement l'autorité. L'office processuel ne s'étend-il pas aussi à un contrôle sur les images sur procès ? On peut se le demander.

De la basilique romaine aux procès politiques du xx^e siècle en passant par les farces médiévales, la publicité est consubstantielle au procès. La justice doit être vue, c'est une affaire entendue, mais comment assurer cette publicité ? Par de multiples canaux comme les plaidoiries de Cicéron, les libelles à l'âge classique ou la retransmission radiophonique à l'époque moderne. Voici que ce lien si profond entre le spectacle de la justice et l'opinion publique a été profondément bouleversé par l'arrivée de l'image ; de l'image cinématographique tout d'abord, puis télévisuelle. Nous voici à l'aube d'une troisième révolution de ce regard avec l'arrivée de la société des écrans. Les flux visuels s'inversent : les messages envoyés par l'institution se trouvent dans une concurrence de plus en plus vive avec des images qu'elle ne contrôle plus. L'acte de regarder est rendu définitivement transitif par de nouveaux usages qui couplent des images prises par n'importe qui avec l'immense puissance de diffusion de l'Internet. L'histoire de ce regard nous a emmenés de « L'œil de la loi » symbole de la justice analysé par Michael Stolleis¹¹¹ comme une figure tutélaire de l'autorité morale qui nous surveille jusque dans la tombe, à une multitude d'utilisateurs qui ont « la justice à l'œil » dans une polysémie que rend le verbe *to watch* en anglais, qui signifie aussi bien « regarder » que « surveiller ».

¹⁰⁸ E. Jeuland, « Arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence », *Droit et procédures*, 2007, p. 262 et suiv.

¹⁰⁹ S. Amrani-Mekki, « Efficacité et nouvelles technologies », *Procédures*, n° 4, dossier n° 5, avril 2010.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ M. Stolleis, *L'Œil de la loi. Histoire d'une métaphore*, Paris, Mille et une nuits, 2006.

Comment garantir l'office du juge dans ce nouveau contexte ? Rien ne sert d'avoir peur de l'image, ni de se calfeutrer dans nos prétoires. Interdire purement et simplement l'image revient à se protéger d'un péril auquel, dans le fond, on ne s'attaque pas. L'autorité de la justice doit savoir se rendre télé-génique. Le problème du filmage du procès est double : il est à la fois de savoir comment faire entrer l'image dans les prétoires mais réciproquement de faire entrer la justice dans l'image.

Accountability des juges

L'image permet en effet l'exercice d'un contrôle démocratique d'un genre nouveau, pour notre culture française tout du moins. L'idée d'*accountability*, qui n'a pas son équivalent dans notre vocabulaire politique, est le plus souvent rabattue soit à sa seule dimension disciplinaire – et elle se confond avec la sanction de la déontologie –, soit sur sa version politique, et elle donne un autre mot au contrôle que le pouvoir politique peut exercer pour la nomination ou pour la demande de condamnation des juges. Or, l'image lui confère un sens nouveau dans une démocratie d'opinion : à la notion de rendre des comptes (le comptable se dit *accountant*), elle ajoute celui de s'exposer au regard public, à ce « regard désinfectant » pour reprendre une célèbre expression d'un juge américain. S'exposer au regard public, c'est faire aussi rentrer les caméras dans les salles d'audience pour que les citoyens voient leurs juges et soient mis en position de se rendre compte par eux-mêmes de la manière dont ils rendent la justice en leur nom : c'est le sens d'un contrôle diffus.

UNE ŒUVRE JURIDICTIONNELLE COLLECTIVE

La justice souffre d'une organisation « individualiste » de son travail. Cette tendance n'est pas nouvelle à en croire certains historiens. « Si toute espèce de vénalité des offices a disparu, les juges judiciaires, inamovibles, jouissent d'une sorte de propriété du poste qu'ils occupent¹¹². » J. Krynen reprend une formule d'Hauriou estimant que le juge en France prétend exercer une sorte de « propriété du siège qu'il occupe¹¹³ ». Ce sentiment ne se retrouve pas chez les membres des juridictions administratives, et encore moins si l'on passe les frontières, chez les juges anglais ou allemands par exemple.

Cette tendance a été amplifiée ces dernières années par le développement du juge unique. Devant l'augmentation des contentieux à partir des années 1980, la réaction en effet a consisté à confier toutes les affaires civiles et pénales qui pouvaient l'être à un juge unique et non plus à un collège de juges. Ce choix s'est avéré efficace mais il avait un coût : celui de perdre en cohérence et en visibilité ce qui était gagné en productivité. Le juge perd une vision d'ensemble non seulement sur la jurisprudence mais sur ce qu'il fait. De fait, le juge se retrouve seul dans son cabinet, sans référence pour élaborer sa décision. Il ne connaît pas toujours les décisions de ses collègues de la juridiction, encore moins celles du ressort de la cour, peu celles de la cour, il ne bénéficie d'aucun soutien documentaire et n'a pas d'assistants. Il ne saisit pas nécessairement le contexte d'intervention

¹¹² J. Krynen, *L'État de justice en France. XIII^e-XX^e siècle*, t. 2 : *L'Emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, 2012, p. 417.

¹¹³ *Ibid.*, p. 351.

des affaires qui lui viennent et il n'a pas les moyens de savoir les suites de sa décision, notamment les conditions d'exécution, ce qui l'empêche d'évaluer l'efficacité de ses décisions.

Les « routines » professionnelles face à des contentieux de masse pour décider au mieux dans un temps restreint¹¹⁴, les trames de jugement, la programmation des audiences : tout cela est décidé au niveau individuel. Les choix faits ces dernières années renforcent une conception individualiste – voire isolationniste – de l'indépendance qui ne date pas d'hier mais que l'informatisation a peut-être renforcé car elle permet aux magistrats de travailler à domicile, et parfois de vivre très loin de la juridiction, ce qui limite encore le temps de rencontre entre professionnels.

Une telle situation explique un sentiment de découragement, voire d'épuisement, chez des juges qui doivent lutter seuls contre des flux qui ne sont jamais analysés en tant que tels et qui ne comprennent plus le sens de ce qu'ils font. Contre ces évolutions aux effets délétères, nous proposons de stimuler la collégialité dans les juridictions, d'entourer le juge d'une équipe et d'encourager les contacts avec ses principaux partenaires : le parquet, le barreau et l'université.

Le juge ne conservera son autorité – voire l'enrichira – qu'à la condition de retrouver une conception collégiale de son exercice et de s'entourer d'un environnement humain nouveau de nature à permettre aux juges de se consacrer de manière plus efficace à certaines affaires, ce qui suppose de penser différemment le traitement des autres. C'est à cette condition qu'il sera possible de sortir de l'actuelle fuite en avant dans le management et de relever durablement le défi de la complexité et de la qualité.

REDÉCOUVRIR LA COLLÉGIALITÉ

Comment résoudre cette tension entre impératifs de gestion et nécessaire cohérence de l'activité judiciaire ? La solution existe depuis longtemps mais elle est prise de cours : il s'agit de la collégialité. Elle n'a rien perdu de son sens, tout au contraire – elle est plus que jamais nécessaire –, mais elle doit se mettre à l'échelle d'un travail éclaté dans le temps et dans l'espace dans le but de produire une jurisprudence cohérente et protégée de l'arbitraire individuel. Comment adapter la collégialité, qui a été conçue en référence à l'audience, aux transformations des modalités de travail du juge et notamment à la multiplication des juges uniques ? Comment lui permettre de continuer de remplir son rôle de garantie, de tempérament à la subjectivité, de coordination, de partage et d'éducation permanente pour tous les juges spécialisés d'un même ressort statuant en juges uniques ?

Une collégialité de discussion et de procédure

Si la collégialité a disparu *de facto* au niveau du jugement individuel, il faut songer aux moyens de la réintroduire au niveau du service. Elle ne s'exercerait plus à propos d'une affaire mais pour une série d'affaires présentant toutes les mêmes caractéristiques dans le cadre d'une « chambre » (et non d'un « service », terme administratif) qui pourrait être à géométrie variable : rassembler soit tous les juges pénaux d'une juridiction, ce qui permettrait un échange concret entre juges pénaux

¹¹⁴ À l'instar des juges d'instance qui contrôlent les procédures d'injonction de payer en examinant les questions clés relatives à la régularité des contrats de crédit.

de différentes formations (juges de l'application des peines, juges des enfants, juges d'instruction), soit les juges exerçant les mêmes fonctions dans une juridiction ou dans un ressort territorial donné. Les recommandations ainsi prises n'auraient qu'une valeur indicative bien sûr ne devant en aucun cas priver le citoyen d'un examen individuel de son cas, ni le juge de sa liberté de décider, mais elle aurait le mérite de leur offrir à tous deux une référence.

Cette référence pourrait effrayer certains juges qui craindraient pour leur indépendance ; qu'ils soient rassurés, leur liberté de décision demeurera intacte. Peut-être le seraient-ils encore plus si l'on adoptait l'opinion dissidente, au moins dans les « hautes » cours, pour donner une autre place à l'opinion individuelle et engager une réflexion en interne sur ce qu'est une jurisprudence ?

Une très grande juridiction de province a réorganisé l'ensemble des chambres pénales en une seule chambre, elle-même divisée en sections : une section rassemblant les chambres collégiales, une section rassemblant les juges uniques, une section pour la CRPC, une section pour les ordonnances pénales délictuelles (OPD), une section pour les intérêts civils. Tous les juges pénaux, y compris les juges des enfants et juges de l'application des peines, siègent en collégiales à tour de rôle, ce qui crée plus de communication entre les juges. Pour assurer une cohérence de jurisprudence, un petit nombre de juges traitent les ODP et la CRPC.

Cela suppose que la recherche d'une cohérence collective soit valorisée en tant que telle et qu'un temps et un espace soient aménagés pour échanger sur la jurisprudence et sur les pratiques professionnelles. Aujourd'hui, ce temps n'est pas pris en compte par les indicateurs d'activité. Ce temps de travail devrait être reconnu comme travail juridictionnel et devrait même s'imposer à tous.

À cette collégialité de discussion, il faudrait ajouter une collégialité procédurale modulable par affaire, demandée par le juge ou les parties dès qu'une complexité trop importante apparaît : collégialité à deux, trois, cinq juges ou plus, comme cela existe pour partie pour l'instruction, l'application des peines, voire en cassation.

Dans les juridictions administratives, les présidents de section, lorsqu'il leur apparaît qu'une question nouvelle requiert une décision qui peut faire évoluer la jurisprudence, quand des divergences de jurisprudence risquent de survenir, ou quand la nature de l'affaire ou sa difficulté le requiert, peuvent inscrire cette affaire au rôle soit des chambres réunies, soit de la chambre plénière du tribunal ou de la cour. La possibilité de saisir une collégialité est aussi inscrite dans le Code de l'organisation judiciaire pour certaines matières, mais pas de manière générale en tous domaines, comme dans le code de justice administrative.

L'idée fait son chemin que l'instruction d'un dossier pénal n'est plus une œuvre solitaire confiée à un seul juge d'instruction, mais un travail collectif réunissant peut-être plusieurs juges. Et ce travail devra être ponctué par des réunions à intervalles réguliers pour évaluer l'état de l'enquête, à l'image un peu des réunions d'avancement des travaux sur un chantier. Ces différents actes doivent être juridictionnalisés, compris comme des moments importants de la procédure.

Enfin, il faut trouver le moyen d'assurer une collégialité temporelle, c'est-à-dire entre juges se succédant dans un même poste. Aujourd'hui, un juge qui arrive trouve généralement très peu d'archives et de documentation. Il en va de l'intérêt de tous – des justiciables bien sûr, des avocats et de lui-même – de pouvoir bénéficier d'un recueil de textes et d'exemples lui permettant de savoir ce qui était pratiqué par son prédécesseur.

Une administration collégiale

Nous n'aborderons pas ici l'administration de la justice dans son ensemble, sujet dont nous ne sommes pas saisis, mais l'administration de la justice en ce qu'elle concerne l'acte juridictionnel sur lequel elle a un impact évident. Deux questions d'administration judiciaire intéressent directement l'ensemble des juges d'une juridiction et concernent l'acte juridictionnel : les choix des ressources affectées aux contentieux traités, et donc des priorités faites, et la répartition des juges entre les services. Mais c'est aussi, nous l'avons vu, la capacité de partager l'expérience professionnelle, de faire circuler l'information, de diffuser et faire connaître la jurisprudence qui concerne toute la juridiction.

Les Pays-Bas ont choisi de confier l'administration des juridictions à un Conseil de justice, qui confère une grande autonomie y compris budgétaire aux juridictions, le corollaire étant leur responsabilité quant à la dépense effectuée. Cela a stimulé la démocratie interne qui a fait que chacun se sente responsable de l'institution. La direction des juridictions est collégiale : le conseil de direction comprend le président, le directeur administratif et les responsables de chaque secteur d'activité qui sont chargés de la définition des objectifs de la juridiction au regard des moyens alloués. Chaque responsable de secteur est chargé d'harmoniser la jurisprudence, de diffuser l'information, d'organiser des réunions régulières.

Plusieurs modalités peuvent être envisagées : direction collégiale avec les responsables de services, consultation réelle de tous les juges de la juridiction, délibération complète, avis obligatoire des assemblées générales. Tout cela suppose que tous les juges disposent des informations relatives aux contentieux traités et aux choix à faire. La parcellisation de l'information, l'absence de débat organisé obèrent une possibilité de responsabilité partagée par les juges. Certains présidents de juridiction, y compris dans de très grandes juridictions, ont su élaborer une administration collégiale. Il faudrait partir de ces expériences concrètes.

La qualité, un objectif partagé

Plutôt que de s'en remettre à des indicateurs de qualité qui sont en réalité exclusivement des critères de quantité, nous proposons de faire de la qualité de la justice un objectif partagé¹¹⁵. Et donc de s'appuyer sur la culture professionnelle judiciaire plutôt que d'importer sans cesse des rationalités exogènes. Il en va du management comme de l'informatique : des raisons techniques ou économiques doivent s'intégrer dans le métier des juges ; tant qu'elles revendiqueront une autonomie propre qui s'impose aux juges, elles resteront invitées dans la justice. Jamais admises. La procédure, c'est un esprit, inspiré par l'adage *audi alteram partem*. C'est de cet esprit qu'il faut partir pour conduire toute réforme. Écouter l'autre partie suppose que l'organisation de la conduite des procédures soit tournée vers les justiciables et les professionnels qui les représentent. Ainsi l'Angleterre, qui connaît un système qualifié, comme en France, de *soft quality* avec des politiques plus sectorielles et hétérogènes, effectue très régulièrement des sondages d'opinion et des enquêtes auprès des usagers¹¹⁶ pour évaluer les conditions d'accès à l'information juridique et à la Justice, les conditions de traitement des usagers, l'accueil, la durée des procédures ou des points spécifiques à la procédure de *Common Law* liés à la place particulière des témoins. Encore faut-il ne pas avoir une conception simplement utilitariste de l'utilisateur comme « client ». Les études plus approfondies faites par la Commission européenne pour la qualité de la justice (CEPEJ) montrent que le justiciable attend autant une reconnaissance, une attention, qu'un « service », ce que confirment les travaux sur l'office tutélaire.

L'amélioration de la qualité des procédures suppose de reconnaître la place déterminante des professionnels qui concourent à la Justice. Les protocoles qui s'élaborent aujourd'hui avec les barreaux sur les écritures, la numérisation des procédures sont là pour le montrer. Non sans difficultés d'ailleurs : certains barreaux ont le sentiment que toutes ces demandes n'ont pour objet que de faciliter le travail du juge. Les juges, de leur côté, ne comprennent pas toujours les servitudes du métier de conseil. Des enquêtes sur les professionnels, et notamment les avocats, comme celles réalisées en Angleterre et en Suisse, éclaireraient les attentes de ceux-ci.

Le succès de ces protocoles suppose de s'extraire de la seule rationalité gestionnaire et de mutualiser les cultures professionnelles. La numérisation des procédures fait craindre aux avocats de perdre le contact avec les juges. Mais ces échanges étaient-ils si bien organisés auparavant ? Pourquoi ne pas prévoir une permanence hebdomadaire des juges et greffiers chargés de la mise en état des procédures pour échanger avec les avocats ?

UN JUGE ENTOURÉ D'UNE ÉQUIPE

Une autre manière d'améliorer la qualité de la justice est d'entourer le juge d'une équipe qui le soulage de la constitution et de la mise en forme des jugements, qui l'aide dans ses décisions et qui lui fournisse un point de vue général sur la jurisprudence.

¹¹⁵ Les travaux de recherche conduits en Angleterre, aux Pays-Bas et en France sur le thème « Mieux administrer la Justice pour mieux juger », montrent qu'un système de recherche de *hard quality*, très standardisé et axé sur des modèles-types, faisait naître des inquiétudes parmi les juges ; cf. L. Cadiet, H. Pauliat, J.-P. Jean, rapport du programme « Mieux administrer la justice en interne et dans les pays membres du Conseil de l'Europe pour mieux juger – MAJICE », 2012, programme de recherche financée par l'Agence nationale de la recherche, 2009-2011.

¹¹⁶ La France a peu développé ce type d'enquêtes : la seule expérience a été faite à Angoulême avec l'appui du CEPEJ.

Création d'une fonction de « maître de procédure »

Une proposition consiste à créer une fonction de « maître de procédure » parmi l'actuel corps des greffiers. Le greffier est un juriste spécialiste de la procédure et des textes. Il veille à la convocation des parties, à leur information, à leur présence à l'audience, aux délais, il limite les renvois d'audience, suit les expertises, s'assure de la communication des pièces et demande les pièces utiles, alerte le juge sur telle demande nécessaire au bon déroulement de la procédure. Toutes ces tâches sont essentielles car la maîtrise du déroulement de la procédure conditionne pour une très grande part la qualité de la justice.

La maîtrise des procédures consacre également le rôle social déterminant du greffier au sein des juridictions : il assure le rapport quotidien avec les avocats, l'accueil du public qui est un des critères importants de qualité de la justice, ainsi que les rapports avec tous les interlocuteurs réguliers des juges, notamment les administrations les plus proches. Il s'agit donc d'une fonction stratégique pour une juridiction, qui demande un lien constant avec les responsables des juridictions, des capacités relationnelles et d'administration¹¹⁷.

L'organisation actuelle nous semble offrir un espace disponible à une telle fonction. Il faut imaginer une nouvelle fonction de greffier juridictionnel responsable de procédure, c'est-à-dire chargé de piloter ces procédures, d'en administrer le flux, d'en vérifier la régularité et de référer au juge les cas posant difficulté au terme d'un accord préalable passé avec lui.

Les greffiers sortant de l'école sont des juristes très diplômés : une telle solution aurait l'avantage de reconnaître cette nouvelle qualification et de clarifier la position du greffier par rapport aux juges en lui désignant une responsabilité spécifique. Le déficit de reconnaissance dont souffrent les greffiers aujourd'hui vient de ce flou et de l'insuffisante attention portée par les juges à la procédure et à son bon déroulement. Grâce au maître des procédures, le juge doit retrouver une vue à l'échelle du service ou de la juridiction dans laquelle il se trouve. Reconnaître l'importance de la procédure et de son bon déroulement permettrait de reconnaître pleinement les greffiers comme partenaires de l'œuvre de justice en leur confiant la maîtrise procédurale et décisionnelle avec la responsabilité qui y est nécessairement assortie.

Les auditeurs de justice devraient d'ailleurs effectuer un stage obligatoire auprès des greffes de chaque fonction aux fins de connaître précisément les enjeux qui s'attachent à la conduite de la procédure, ce qui permettrait une plus grande vigilance de toute la juridiction sur la manière de répondre très concrètement aux exigences de qualité du procès.

Cette fonction de « maître des procédures » n'a de chances de durer que si elle est sécurisée, voire sanctuarisée par rapport aux autres fonctions du greffe ; et donc d'avoir des délimitations très claires : la gestion de la procédure au greffier et la fonction de la décision au juge, mais aussi de savoir élaborer des coopérations fondées sur des reconnaissances réciproques à l'échelle d'un service ou de la juridiction. Notre visite à l'École nationale des greffes nous a permis d'entendre des témoignages de collaboration réussie entre greffier et juge¹¹⁸.

Cette nouvelle fonction de maître des procédures ne doit pas créer un corps à part – c'est le cœur de la fonction du greffe – et elle devra être intégrée dans l'organigramme de la juridiction.

¹¹⁷ Pour une illustration du caractère déterminant des fonctions sociales des personnels des greffes voir C. Bessière, S. Gollac, *Au tribunal des couples. Situations professionnelles des conjoints et procédures judiciaires de séparation conjugale*, rapport pour la Mission de recherche droit et justice, décembre 2010 (nouvelle NBP).

¹¹⁸ Par exemple, la détention entièrement gérée par le greffier dans un cabinet d'instruction.

MULTIPLICATION ET DIVERSIFICATION DES ASSISTANTS DE JUSTICE

Une autre proposition concerne les assistants de justice. Dans de nombreux pays européens, les juges travaillent avec des assistants, ce qui leur permet de réserver du temps pour la responsabilité qui leur revient, c'est-à-dire la décision. Pour aller plus loin en France, il faut tirer les leçons de l'existant. La fonction d'assistant de justice donne satisfaction sous certaines conditions : la confiance, la compétence et la durée de l'engagement.

L'assistance n'est un gain de temps que s'il existe une relation de confiance entre le juge et son collaborateur. Celle-ci ne se décrète pas et exige un peu de souplesse d'adaptation. Il est important ensuite que les assistants soient bien formés, notamment en droit, mais qu'ils connaissent aussi la procédure et le fonctionnement réel des juridictions. Tout cela demande du temps de formation, aussi bien générale qu'à la manière spécifique de travailler de la juridiction, qui ne peut être assuré concrètement que par les juges eux-mêmes. Cela ne sera rentable pour le juge que si l'assistant s'engage à rester un certain temps. Le plus souvent, les assistants veulent passer les concours de la magistrature ou du barreau et partent dès qu'ils ont été reçus, ce qui fait que les meilleurs seront ceux qui ont le plus de chances de partir.

Nous suggérons de distinguer trois fonctions différentes d'assistants de justice :

A. Les préparateurs-rédacteurs

Une première fonction consisterait à préparer les dossiers en signalant les difficultés, en préparant des notes sur les questions juridiques, voir en préparant des rédactions pour les affaires simples.

Pour les dossiers complexes qui seraient identifiés dès le départ de l'instruction civile ou pénale, il s'agirait d'une véritable aide technique permettant d'identifier les questions importantes, de sérier les difficultés juridiques ou autres durant le temps de l'instruction, de faire des notes de synthèse, d'assister pleinement le juge, comme le font les jeunes avocats collaborateurs dans les cabinets d'avocats.

Pourquoi ne pas envisager que des avocats sortant de l'école du barreau puissent être recrutés pour de telles fonctions par des contrats de trois ans minimum ? Une telle solution présenterait plusieurs avantages : outre le fait qu'il s'agirait de juristes déjà sélectionnés, elle apporterait une contribution dans la direction d'une « grande profession du droit » en rapprochant les cultures professionnelles des juges et des avocats. Ce dernier enjeu est capital car il est illusoire de penser que les juges pourront renforcer leur autorité si la cohésion entre avocats et juges ne s'améliore pas.

Une autre possibilité consisterait à recruter des étudiants au niveau M2 à condition qu'ils s'engagent sur une durée longue. Cela permettrait de nouer des liens avec les universités, qui pourraient trouver un intérêt à l'ouverture d'un milieu professionnel qualifiant. Cela pourrait également ouvrir à l'université des nouveaux champs de recherche.

B. Les assistants chargés des analyses pour la connaissance des jurisprudences

Une autre fonction confierait aux assistants le soin d'analyser la production de la juridiction, contentieux par contentieux, de façon à rendre visible la jurisprudence concrète. Il s'agit là d'une fonction plus spécialisée qui ferait appel à des compétences spécifiques : être capable de faire des études ponctuelles sur ce que produit la juridiction, au pénal ou au civil et avoir des capacités d'organisation qui permettent que l'information ainsi recueillie circule. Il peut être fait appel à de jeunes universitaires, voir à des chercheurs qui s'inscrivent dans des conventions avec l'université type convention CIFRE. Dans cet esprit, un rapprochement entre les instituts d'études judiciaires et les juridictions de leur ressort pourrait déboucher sur la création d'un *observatoire régional de la jurisprudence* pour en faire la synthèse et rendre publique la production jurisprudentielle.

C. Les auditeurs de justice permanents

Une troisième catégorie d'assistants, qui prendraient un engagement à plus long terme, se verrait confier de plus grandes responsabilités par le juge ou par la chambre spécialisée. Ils assisteraient les juges dans des contentieux très complexes (crimes contre l'humanité, contentieux économiques, affaires à dimension internationale par exemple). De tels emplois apporteraient une véritable qualification professionnelle et augmenteraient ainsi l'employabilité de ces assistants de justice permanents. C'est ce qui déjà se réalise dans les services d'instruction spécialisés en matière économique et financière ou sanitaire. Il peut s'agir là de détachements d'autres administrations ou de recrutements spécifiques sur contrats.

Reste à décider comment répartir ces assistants. Il faut éviter d'attacher un assistant à un juge, ce qui renforcerait la logique individualiste que l'on veut précisément dépasser. Les assistants devraient être attachés à des chambres, c'est-à-dire d'emblée pensés dans le cadre d'une organisation collective du travail.

Les assistants pourraient être recrutés soit à l'échelle des grandes juridictions, soit à l'échelle d'un ressort de cours d'appel ou d'un département. Des assistants pouvant en outre être recrutés sur une durée déterminée pour une aide appropriée sur des *dossiers exceptionnels*¹¹⁹.

Les solutions avancées sont en partie techniques, mais elles auraient l'avantage de rapprocher des partenaires qui sont trop éloignés dans notre pays, ce qui affaiblit toute la filière juridique. Les défis que doivent relever les juges sont monumentaux. Ils ne pourront être relevés qu'à la condition de resserrer les liens entre les trois parties concernées : la magistrature, le barreau et l'université.

¹¹⁹ Voir *infra* chapitre 2, l'encadré sur le procès des victimes de la maladie de Creutzfeldt-Jakob.

L'OFFICE TUTÉLAIRE

Nous allons à présent considérer une part très importante de la charge des juges français contemporains mais qui demeure paradoxalement largement invisible, alors que c'est celle que le justiciable a le plus de chances de connaître. Qu'il s'agisse de prononcer des mesures de protection pour des mineurs (JE), de tutelle (JI), de statuer sur les conséquences d'une séparation conjugale (JAF) ou d'autoriser une libération conditionnelle (JAP), à chaque fois le juge doit intervenir dans la vie des personnes et donc se plonger dans leur « misérable tas de secrets¹ ». Cet office n'est pas guidé par un droit très technique, il met le plus souvent en œuvre des objectifs généraux (protéger l'enfant en danger, décider en fonction de l'intérêt de l'enfant par exemple) qui donnent une grande latitude au juge.

PROTÉGER LES PERSONNES FRAGILISÉES...

Cet office se déroule en cabinet ou en chambre du conseil, c'est-à-dire hors la présence d'un public. Ce n'est pas uniquement pour cette raison qu'il est peu visible (après tout, le juge d'instruction lui aussi travaille en cabinet et pourtant il est abondamment mis en scène à l'écran ou dans des romans), mais aussi parce qu'il n'est pratiquement pas traité dans les manuels de procédure civile, ni dans la doctrine en général qui ne le décrivent que par rapport à l'office processuel. Pourtant, s'il ne pose pas de difficulté juridique majeure dans la plupart des cas, les enjeux dont il a la charge sont en revanche très importants sur le plan humain. Cette partie de l'activité du juge demeurerait également peu théorisée, du moins jusqu'à ces dernières années où l'on a vu fleurir des études de sciences sociales qui ont profondément renouvelé le regard porté sur lui.

Ce déficit de visibilité se vérifie également à l'intérieur de l'institution : les affaires traitées ne sont pas parées de la même noblesse que le « civil pur » et, d'ailleurs, l'investissement par le barreau dans ces contentieux est relativement récent. C'est que, à la différence de l'office processuel, cet office est largement tourné vers l'extérieur. Il est un fait, par exemple, que les enjeux économiques sont faibles devant le juge des enfants, et pourtant l'impact budgétaire de ces décisions peut s'avérer massif². Le groupe de référence de ces juges n'est pas à l'intérieur de la juridiction mais à l'extérieur, ce qui explique que les juges qui l'exercent jouissent d'une grande visibilité à l'extérieur ; leur exercice est nourri de contacts dont ils retirent une certaine gratification.

Ces juges sont en prise directe avec des catégories de populations pour partie pauvres, ou au moins passagèrement ou durablement fragilisées par une rupture dans leur biographie ou une crise personnelle. C'est la raison pour laquelle ces fonctions sont très clairement identifiées par les populations auxquelles il s'adresse : le juge des tutelles ou le juge des enfants n'a aucun problème de légitimité

¹ A. Malraux, *Le Miroir des limbes I. Antimémoires*, Paris, Gallimard, 1972 (1967).

² Les décisions du juge des enfants qui sont financées par les conseils généraux en charge de l'aide sociale ont un impact fort sur leurs budgets, comme les décisions des juges aux affaires familiales sur les budgets des caisses d'allocations familiales ou celles des juges des tutelles sur les budgets des organismes de protection.

ni d'identité pour les justiciables. Méfions-nous donc des effets d'optique qui peuvent induire des erreurs d'appréciation : les juges du siècle peuvent avoir une moins grande visibilité sur ce que font les JE que les services sociaux, les populations ou les collectivités territoriales.

Un mouvement historique

Historiquement, ces missions du juge sont les plus récentes : on peut dater leur naissance au cours du xx^e siècle et elles ont connu une accélération grâce à la révolution législative des années 1960/1970 concernant les droits des personnes (compétence civile du juge des enfants, réforme des tutelles, des régimes matrimoniaux, de l'adoption, de l'exercice de l'autorité parentale, de la filiation, du divorce) qui a multiplié les choix individuels. « À chacun son droit, à chacun sa loi », écrit le doyen Carbonnier qui fut le principal inspirateur de ces lois. Celles-ci se fondent sur des notions aux contenus variables pour laisser des espaces de liberté aux personnes et aux juges qui vont les interpréter : intérêt de l'enfant, usage et pratique des parents... Comme il le souligne, ces lois s'adressent au plus grand nombre de personnes, soit à l'époque 9 millions de personnes mariées, 100 000 personnes qui divorcent chaque année, 120 000 enfants qui naissent hors mariage. La conséquence en est l'explosion du contentieux des familles. En 1993, le législateur décide de confier ce contentieux à un juge unique, le juge aux affaires familiales, pour faire face à ce flux d'affaires ; c'est le début de la généralisation du juge unique au civil en première instance, et de celle de l'audience de cabinet. Avant cette réforme, 70 % des affaires familiales étaient encore traitées en collégialité, au moins en principe.

Des évolutions majeures ont marqué ces trente dernières années : un couple sur trois se sépare, près d'un sur deux en région parisienne, un enfant sur deux naît hors mariage. Le contentieux du divorce est rattrapé par celui des conflits post-séparation des couples divorcés ou séparés. La famille non mariée qui représente aujourd'hui plus de la moitié des naissances est aussi consommatrice de justice. Les recours au juge ne sont pas une pathologie de la société mais le fruit direct de l'égalité des droits, et en premier lieu de l'égalité des femmes, de la reconnaissance de libertés personnelles dont celle pour un couple de se séparer, et du respect désormais porté à tous.

La part tutélaire du travail des juges est celle qui a le plus augmenté en volume depuis les années 1980. Les affaires familiales représentent aujourd'hui 60 % des affaires civiles introduites devant les juridictions de grande instance. Les demandes concernant les majeurs protégés représentent le tiers des demandes devant les tribunaux d'instance ; le stock des majeurs protégés estimé à 500 000 en 1997 serait de 764 000 au 1^{er} janvier 2011³. Cette augmentation spectaculaire a de très nombreuses causes : l'évolution des soins des malades mentaux qui se réalisent hors les murs hospitaliers, l'installation dans la pauvreté d'un grand nombre, la multiplication des ruptures familiales ou le vieillissement de la population pour ne parler que des plus évidents. On est loin d'une tutelle destinée à protéger les familles de leurs fils prodigues. La grande majorité des personnes placées sous tutelles ont comme unique revenu les prestations sociales que seule la mise sous tutelle permet souvent de percevoir.

Des phénomènes aussi importants que l'émancipation de la femme ou le vieillissement de la population ont donc pour conséquence d'accroître mécaniquement le volume de l'office tutélaire. Mais ce dernier est également directement affecté par les évolutions de la société démocratique, et nous

³ B. Munoz-Perez, C. Moreau, *Deux ans d'application de la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs devant les juges des tutelles 2009-2010*, étude pour la Direction des affaires civiles et du sceau (DACCS), août 2011.

retiendrons que le juge de l'application des peines se trouve à la croisée des trois offices sanctionnateur, libéral et tutélaire : l'importance accordée à la liberté individuelle, à la dignité humaine, à la réinsertion sociale dans un univers qui a radié toute peine définitive comme la peine de mort va transformer le sens de cette mission. Ce sens ne pourra prospérer en actes qu'à la condition de revenir sur cet office centré sur la relation et visant la protection des personnes sans diminuer leur capacité. Comment le rendre plus effectif ? Le recentrer sur les cas les plus graves ?

1. UN OFFICE CENTRÉ SUR LES PERSONNES

C'est un rôle qui n'est pas porté par un litige juridiquement argumenté dans le cadre d'une audience mais qui a pour support une relation. Il s'agit d'un travail en partie *relationnel*. C'est d'ailleurs ce contact avec les justiciables, un contact humain direct, oral, faiblement procéduralisé, qui fait la richesse de cet office auquel les juges qui le pratiquent sont le plus souvent très attachés.

Le justiciable peut saisir par simple requête le juge d'instance, le juge aux affaires familiales, hors les cas de divorce, et le juge des enfants. Les procédures sont caractérisées par un formalisme très allégé. Si les demandes sont formées par écrit, elles peuvent aussi s'exposer oralement à l'audience. La publicité des débats, dès qu'ils concernent des questions liées au droit des personnes, est restreinte, préservant ainsi la relation qui se noue entre le juge et le justiciable au moment de l'audition, en cabinet. L'audition remplit une triple fonction : évaluative, inclusive et symbolique, dont la qualité emportera le jugement du justiciable sur l'ensemble de la justice.

La triple fonction de l'audition

L'audition permet tout d'abord au juge de constater par lui-même une situation en rencontrant les intéressés ; le juge des tutelles évaluera les troubles allégués (on remarquera que cette expertise n'a rien de juridique, mais qu'elle ressort plus du registre de l'expérience et qu'elle exige de lui un minimum de connaissances des questions de santé mentale).

L'audition dans l'office tutélaire n'a ensuite pas la même place que l'audition dans le cadre de la protection des libertés, où la matière est totalement différente. La loi recommande au juge de tenter de recueillir l'adhésion de la personne intéressée ou de la famille. La recherche de l'adhésion impose une obligation au juge, qui est de fonder oralement son jugement ou, plus exactement, la perspective du jugement qu'il va prendre. La recherche de la conciliation des parties qui s'impose au juge aux affaires familiales va dans le même sens.

L'audience de cabinet du juge des enfants ne se résume pas à une simple notification d'une décision déjà prise mais se pose comme une véritable audience, où les choix initiaux faits à la lecture d'un dossier peuvent évoluer en fonction de l'échange avec les familles⁴. Le poids du dossier écrit, des rapports et expertises, peut être compensé par l'oralité du débat lors de l'audience devant le juge. La loi demande au juge de rechercher l'adhésion de la famille⁵, ce à quoi les juges des enfants consacrent une grande énergie. À chaque fois que c'est possible, ils s'efforcent de

⁴ C. Mouhanna, B. Bastard, « Le juge pour enfants : clé de voûte d'un système fragilisé », *Les Cahiers de la justice*, 2011/3, août 2011, p. 13.

⁵ Article 375-1 du code civil, issu de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale.

proposer des décisions qui peuvent être comprises par celles-ci. Ils doivent faire abstraction de leur appréciation personnelle sur la transformation des modes d'éducation parentale ou de leur jugement moral sur les familles et doivent tenter d'instaurer un contact et d'entrer en dialogue y compris dans des situations d'urgence (lorsque, par exemple, un placement immédiat est requis en raison d'une suspicion de mauvais traitements), en considérant que ce contact et cette tentative de responsabilisation des parents porteront leurs fruits à long terme. Les juges des enfants travaillent dans un temps long.

Pour aménager une peine, le juge de l'application des peines – qui est aussi un juge de l'*explication* de la peine – entend lui aussi la personne condamnée pour tenter de l'associer à la recherche des modalités les plus viables, de le faire « acteur » de l'exécution de sa peine.

La troisième dimension de l'audience de cabinet est de nature symbolique. Elle sollicite l'autorité du juge, mais une autorité qui s'exprime très différemment par rapport à l'audience. Lors de l'audition en cabinet, le juge doit non seulement écouter mais montrer qu'il écoute. Le juge doit manifester le respect dû aux personnes, non par lui mais par la loi ; mieux par l'esprit des lois. Il doit dire par son comportement le souci du contradictoire, signifier les valeurs de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Même si les personnes concernées protestent et tempêtent, leur audition peut être l'occasion d'une reconnaissance paradoxale de leur *dignité* de justiciable, une dignité qui transcende leur effondrement psychique ou leur grande pauvreté. Cela suppose une certaine qualité d'écoute du juge, une écoute non pas empathique comme celle que l'on peut attendre d'un thérapeute, mais civique. Le respect est une attitude intérieure que le juge doit signifier par son comportement. L'autorité du juge lui confère ainsi une dimension quasi *incarnative* : il parle au nom de la loi ou plus exactement de la justice mais d'une justice vivante, sur pied, personnalisée. Cela veut dire qu'un juge soucieux de son rôle doit également être soucieux de ce qu'il incarne ; si l'élu ou les hommes politiques représentent le peuple, lui incarne les valeurs de la loi, et par-delà, de la démocratie. C'est pourquoi la robe n'est pas assimilable à un uniforme mais bien à un costume symbolique.

L'office tutélaire, qui repose sur une relation dépouillée de tout support symbolique (outre le fait qu'elle se déroule dans un palais de justice), requiert du juge qu'il symbolise cet office par son comportement. Il doit mettre en scène les valeurs du droit et de la justice mais d'une autre manière qu'à l'audience parce qu'aucun rôle ne lui est dicté par un quelconque rituel. D'où l'intérêt de ces fonctions pour les juges qui l'exercent car ils doivent tenir leur rôle dans une vraie relation, avec des gens qui, pour être parfois très démunis, n'en ont souvent pas moins une grande intelligence de la relation avec l'autorité. Ce type de fonctions ne demande pas seulement d'apprendre un rôle mais aussi de savoir improviser, de réagir toujours avec tact. C'est à la fois passionnant et éprouvant, surtout pour des juges qui ont choisi ces fonctions pour des raisons de carrière. D'où la grande variation des pratiques relevée par des chercheurs.

Une justice jugée par les justiciables sur la qualité de l'audition

Les décisions prises dans ce type de fonctions, par leur mode d'élaboration, présentent une grande force d'adaptation aux situations. Elles ne sont pas prisonnières d'un environnement bureaucratique

ou rituel. C'est d'ailleurs sa proximité avec la vie quotidienne qui permet à ces juges d'accompagner par leur jurisprudence les évolutions du monde. Ce n'est probablement pas un hasard si, bien avant les réformes législatives, ces juges ont accepté de prononcer des divorces d'accord, ont permis un exercice de la coparentalité après une séparation pour les parents non mariés, ont reconnu que des parents homosexuels exercent l'autorité parentale en commun.

La confrontation directe qu'opère la relation permet plus facilement le doute ou la remise en cause. C'est peut-être cette souplesse et cette humanité qui expliquent que c'est sur la qualité de l'audition que cet office sera jugé par les justiciables.

La variation des pratiques professionnelles des juges aux affaires familiales vient moins des décisions prises que de la manière dont l'audience est conduite, c'est-à-dire à la manière de gérer les interactions entre les parties, les parties et les avocats, la manière d'intervenir ou non, de proposer ou non des solutions, de se poser en retrait ou au contraire d'interpeller la famille⁶. Et d'ailleurs la perception par le justiciable de la justice se fonde autant sur la conduite de l'audience que sur la décision elle-même. C'est dire son importance.

En matière de tutelles, l'audition de la personne concernée par la mesure de protection est déterminante pour la personne elle-même⁷. L'audition remplit une fonction de reconnaissance pour celles-ci quel que soit leur état. L'effort pédagogique réalisé par le juge pour expliquer la mesure permet aux personnes protégées de mieux intégrer dans leur parcours personnel cette décision qui n'en demeure pas moins contraignante. Mais ces personnes semblent prêtes à accepter une diminution de leur autonomie comme une protection qui sécurise leur parcours ; c'est la qualité du débat et de la relation très éphémère que le juge réussira à instaurer qui permettra cette prise de conscience et donc cet accord (même s'il n'est pas explicite) de la part de la personne à protéger.

Une enquête⁸ sur la perception de l'audience par les usagers montre que le premier critère retenu est celui de la courtoisie des interlocuteurs (juges et personnels de greffe) à l'égard des justiciables mais aussi entre professionnels de justice (magistrats et avocats). Or, les règles de conduite des audiences ne sont pas codifiées. C'est le domaine par excellence des usages professionnels. La même importance s'attache à la motivation des décisions, leur caractère compréhensible ou non.

2. « PROTÉGER SANS DIMINUER⁹ »

Est-il possible de rapatrier les différentes pratiques derrière une finalité commune qui caractériserait cet office ? L'entreprise est délicate car la décision judiciaire se trouve étroitement mêlée au fait ; sa signification « s'épuise dans les faits et se disperse dans la résolution du conflit¹⁰ ». Pour saisir la finalité de cet office, il faut la resituer dans une brève histoire. La première référence était paternaliste

⁶ C. Bessière, S. Gollac, *Au tribunal des couples. Situations professionnelles des conjoints et procédures judiciaires de séparation conjugale*, rapport pour la Mission de recherche droit et justice, décembre 2010.

⁷ B. Eyraud, *Protéger et rendre capable. La considération civile et sociale des personnes très vulnérables*, Paris, Erès, 2013.

⁸ Enquête de satisfaction menée auprès des usagers dans le cadre d'un projet initié par le tribunal d'Angoulême pour l'amélioration de la justice et l'accueil des usagers mis en œuvre en juin 2010, et de la charte Marianne d'amélioration de la qualité des services publics, avec le soutien du CEPEJ.

⁹ L'expression est de Thierry Fossier, conseiller à la Cour de cassation, chambre criminelle.

¹⁰ D. Salas, contribution à *L'office du juge*, séminaire de philosophie du droit sur organisé par l'IHEJ, 2012.

dans le sens où le juge – souvent un homme – exerçait un pouvoir bienveillant et paternel sur des personnes défavorisées. Ce modèle de justice peut être incarné par le personnage de Jean Gabin dans un film qui a marqué toute une génération : *Chiens perdus sans collier*¹¹, tiré du roman de Gilbert Cesbron. Les années 1970 furent marquées par une approche plus politique du social, plus marquée aussi par les sciences humaines et notamment la psychanalyse. Une troisième époque marque le retour de la préoccupation de justice : le juge se conçoit comme le garant de la juste protection. Les représentations politiques et psychologisantes qui ont marqué les années 1980 cèdent la place à d'autres références qui ne les congédient pas totalement mais les reformulent sous un angle plus civique : les maîtres mots sont protéger et mettre en capacité.

Protéger et rendre capable

La finalité de cette fonction, son premier versant, est la *protection* : des personnes fragiles pour les tutelles, des enfants pour le JE, du conjoint en position d'infériorité, généralement les femmes (parce que le coût économique d'une séparation est très important et que les femmes continuent de connaître des inégalités de salaire et qu'elles ont majoritairement la charge quotidienne des enfants) et des enfants dans le divorce, de l'entourage dans nombre de dossiers pénaux (on songe aux violences domestiques).

L'autre versant est la *capacité*. Ce terme peut être pris dans son sens strict : protéger la capacité des personnes que l'on veut abusivement mettre sous tutelle, mais plus profondément encore, la capacité assigne une finalité à la mesure de protection. Depuis une jurisprudence antérieure et la loi du 5 mars 2007, la protection de la personne ne se réduit pas à la tutelle (ou autre mesure de sauvegarde) mais doit garantir les capacités de la personne à protéger. Il y a un double mouvement, comme le montre l'enquête de Bernard Eyraud : plus de protection avec des modalités nuancées, plus de respect des « capacités naturelles malgré l'incapacité de droit qui frappe la personne ». Il en résulte un souci de moindre intervention, la primauté du consentement, la révision de la mesure tous les cinq ans par le juge, une charte des droits et libertés qui s'applique aux mandataires.

Ce même horizon de la restauration de la capacité irradie tout le rôle du JAP ; le but de la probation, en effet, c'est la réinsertion, c'est-à-dire de « remettre un individu sur pieds¹² ». Protection et mise en capacité doivent être comprises comme les deux faces d'un même projet, celui d'assurer les sujets de droit qui sont le point de départ, le moyen et la finalité de la démocratie. Très révélatrice est à cet égard l'évolution du divorce qui est passé en un demi-siècle d'une sanction de la faute sur un plan moral à la restauration de la « capacité parentale » de chaque parent après une séparation. L'office tutélaire se fixe comme horizon de restituer à l'individu en difficulté sa capacité d'agir ou, si l'on préfère, ses libertés réelles. La personne dont il est question n'est pas la personnalité juridique en tant que titulaire d'un patrimoine et aussi de droits extrapatrimoniaux. Ce n'est pas non plus ni l'homme abstrait des droits de l'homme, titulaire de droits parce qu'il est homme qui est celui de l'office libéral, c'est une personne en chair et en os, un être capable et fragile, souffrant et agissant. On aura reconnu l'empreinte à la fois de Paul Ricoeur¹³ et d'Amartya Sen¹⁴ qui conçoivent l'homme

¹¹ Jean Delannoy, *Chiens perdus sans collier*, 1957.

¹² L'expression est d'Anne Lécu, médecin à la prison de Fleury-Mérogis, *La Prison, un lieu de soin*, Paris, Belles Lettres, 2013.

¹³ O. Abel, *Paul Ricoeur, la promesse et la règle*, Paris, Michalon, coll. « Le Bien commun », 1996.

¹⁴ J.-M. Bonvin, N. Farvaque, *Amartya Sen. Une politique de la liberté*, Paris, Michalon, coll. « Le Bien commun », 2008.

comme un agent capable d'être autonome dans ses choix et de participer à la construction de la société démocratique. C'est donc « l'autonomie comme condition de possibilité et comme tâche à remplir », par une attitude de responsabilité active malgré les inégalités et les aléas de la vie, que vise l'office tutélaire.

L'horizon d'une mesure de protection ayant pour objectif une mise en capacité éclaire la conclusion du paragraphe précédent, remarquant que c'est sur la qualité du respect ressenti par la partie fragile lors de l'audition qu'est jugée l'action de la justice (plus que sur la décision elle-même). Le juge, dans ces situations sociales souvent dégradées, se fixe l'objectif paradoxal de diminuer les droits sans affecter la dignité des personnes à l'égard desquelles sont prises ces mesures, voire en leur redonnant confiance en elles. C'est que l'autorité peut aussi bien enfoncer que relever : c'est l'exercice concret que le juge fera de son autorité qui fera pencher dans un sens ou dans l'autre. Il lui faut séparer sans exclure ; mieux : trancher un litige en incluant la partie qui a succombé.

Une telle perspective excède l'office tutélaire et donne le sens profond de la justice. « Trancher, dit Paul Ricœur, c'est séparer, tirer une ligne entre "le tien" et "le mien". La finalité de la paix sociale fait apparaître en filigrane quelque chose de plus profond qui touche à la reconnaissance mutuelle ; ne disons pas réconciliation ; parlons encore moins d'amour et de pardon, qui ne sont plus des grandeurs juridiques, parlons plutôt de *reconnaissance*. Mais en quel sens ? Je pense que l'acte de juger a atteint son but lorsque celui qui a, comme on dit, gagné son procès se sent encore capable de dire : mon adversaire, celui qui a perdu, demeure comme moi un sujet de droit ; sa cause méritait d'être entendue ; il avait des arguments plausibles et ceux-ci ont été entendus. Mais la reconnaissance ne serait complète que si la chose pouvait être dite par celui qui a perdu, celui à qui on a donné tort, le condamné ; il devrait pouvoir déclarer que la sentence qui lui donne tort n'était pas un acte de violence mais de reconnaissance¹⁵. »

L'office – quel qu'il soit – a toujours pour objectif de séparer tout en signifiant le maintien dans des liens de droit (ce trait revêtira une grande importance au moment de penser la peine¹⁶). En d'autres termes, les justiciables ne reconnaîtront l'autorité que dans la mesure où cette autorité les reconnaît. Un tel échange est le propre de la démocratie dans la mesure où, dans les sociétés anciennes fondées sur un ordre divin, la transcendance à l'origine de certains actes pouvait écartier une telle reconnaissance. L'échange qui s'opère entre la reconnaissance *de* et *par* les justiciables n'est pas d'ordre synallagmatique car il n'y a pas de réciprocité ; il est plutôt d'ordre mutuel. La relation, pourtant très asymétrique entre les familles et le juge des enfants, ne sera pas oppressive si le juge avec l'aide de tous s'efforce d'introduire dans le fonctionnement des institutions une juste distance. Une fois de plus, cette notion vaut à la fois pour caractériser l'office du juge et comme horizon des relations au sein de la famille.

3. UNE « PRATIQUE PRUDENTIELLE »

Il n'est pas possible de traiter de l'office tutélaire sans aborder la difficulté propre à l'intervention d'un tiers dans les affaires humaines. Les décisions qu'est amenées à prendre le juge dans le cadre

¹⁵ Paul Ricœur, *Le Juste*, Paris, Esprit, 2001, t. 1, p. 190.

¹⁶ Voir *infra*, chapitre 5 sur l'office sanctionnateur.

de ces fonctions soulèvent rarement de grands problèmes juridiques : la difficulté est ailleurs (même si désormais les juges aux affaires familiales sont confrontés à la complexité du droit international privé et aux questions patrimoniales.) Ses décisions sont en effet difficiles, voire terribles parce que sont en jeu des destins humains. Nombre d'affaires que le juge doit trancher sont à proprement parler « intraitables », dans le sens où elles n'ont pas de solution satisfaisante : l'enfant ne sera véritablement bien nulle part, mais où sera-t-il le moins mal ? La complexité dans laquelle le juge est plongé est de l'ordre du tragique.

Le juge est constamment confronté à l'ambivalence des sentiments humains, à la complexité des situations où les auteurs de crimes abominables sont d'anciennes victimes d'actes identiques. Il doit départager des droits d'égale valeur, trancher entre des argumentations aussi pertinentes de chaque côté de la barre. Il doit intervenir dans des situations d'une extrême violence (qui peuvent parfois rejallir sur sa propre sécurité), instruire et juger des crimes sordides, statuer sur des affaires qui sont liées à la très grande pauvreté. Une telle difficulté doit être rappelée, non pour plaindre les juges car cette complexité des affaires humaines est aussi ce qui fait l'intérêt de leur métier, mais pour qu'elle soit *reconnue*.

La nécessité de « débriefings » ?

« Il est quasiment impossible de parler entre collègues de difficultés de travail. Cela n'est possible que dans le cadre de relations amicales. C'est pourquoi il faut prendre sur soi dans des situations difficiles. Par exemple, un collègue juge d'instruction, averti par la prison qu'un détenu voulait se suicider dans son bureau, prévient l'escorte et l'administration pénitentiaire. Mais ce dernier parvient néanmoins à se taillader les poignets sur le bureau du juge. Cela marque beaucoup le juge mais rien n'est organisé par l'institution pour le soutenir (proposition de "débriefing" avec d'autres collègues et un professionnel par exemple) ; il doit, au contraire, faire face seul et tenir sa place quand arrivent président, procureur... Dans un autre tribunal, une juge d'instruction est bouleversée par un crime particulièrement sordide ; aucun dispositif de soutien n'est prévu par l'institution judiciaire, et c'est la gendarmerie locale qui lui a proposé de s'associer au débriefing qu'elle organisait avec un psychologue spécialisé. Les soutiens viennent des collègues avec qui on s'entend, principalement les camarades de promotion. »

Les décisions les plus graves que le juge doit prendre à l'occasion d'un placement (ou, plus dangereux encore, de sa main levée), d'une remise en liberté, d'une libération conditionnelle, sont, au sens premier du terme, vitales. Elles peuvent en effet comporter un risque de passage à l'acte (suicide, meurtre de l'enfant, réitération d'un crime de sang). Au moment de décider, le juge se sent souvent seul, car rares sont ceux qui lui disputent de telles décisions, y compris parmi ceux qui se montrent très généreux de leurs conseils. C'est parce qu'elles sont délicates que le juge bénéficie d'un statut protecteur qui est censé le mettre à l'abri des critiques *ad hominem*. Ce dernier rempart a été sérieux-

sement ébranlé ces dernières années où les juges ont vu leurs décisions et leurs diligences mises publiquement en cause au plus haut sommet de l'État. Les juges ont eu le sentiment que n'étaient pas prises en compte à la fois la difficulté et la nécessité des décisions qu'ils ont à prendre au nom de tous et pour le bien de tous. Ils doivent décider.

C'est d'ailleurs parce que ces décisions sont si difficiles et qu'elles engagent à ce point la vie, l'honneur ou la fortune des autres, que le juge jouit d'une certaine immunité. C'est aussi pour cette raison que ces décisions ont été confiées à une personne d'autorité. Le juge ne bénéficie d'une autorité que pour mieux faire usage de prudence.

La vertu cardinale dont doit faire preuve le juge – qui est d'ailleurs contenue dans le terme même qui le désigne – est en effet la *prudence*. Dans ce sens-là, le rôle du juge se rapproche de celui du médecin lui aussi appelé à prendre des décisions vitales. Toutes ces professions à « pratique prudentielle¹⁷ » se caractérisent par la singularité des cas auxquels les professionnels sont confrontés. Ils travaillent sur des affaires humaines d'une grande complexité. « Ce travail, ajoute Florent Champy, ne consiste pas – ou pas principalement – à appliquer *mécaniquement* des routines ou des savoirs scientifiques. Face à des problèmes singuliers et complexes, les professionnels prennent des décisions qui comportent parfois une forte dimension de pari : le travail est alors *conjecturel* parce qu'il porte sur une réalité qui échappe à toute maîtrise systématique¹⁸. » Ce qui implique formation, expérience, délibération et travail sur soi.

« Nulle expérience n'est aussi déchirée par des conflits pénibles », estime Georges Gurvitch. Le juge en est souvent réduit à choisir la solution la moins pire. C'est pourquoi sa décision est irréductible à un choix rationnel. Le propre d'un conflit tragique, c'est de n'être pas totalement restituable en raison¹⁹. Avant d'être une opération de l'esprit, le jugement est un art pratique. Il faut se méfier, rappelle Bergson, « de cette justice théorique et abstraite qui, insoucieuse du réel, trace dans l'espace vide un plan géométrique et pose la forme sans se donner de matière [...] Je parle de justice incarnée dans l'homme juste, de la justice vivante et agissante, attentive à s'insérer dans les événements, mais pesant dans sa balance l'acte et sa conséquence, et ne craignant rien tant que d'acheter le bien au prix d'un plus grand mal. La justice, quand elle se réalise ainsi dans un homme de bien, devient un sens délicat, une vision ou plutôt un tact de la vérité pratique²⁰ ».

C'est pourquoi la décision prudentielle résiste à toute modélisation. La prudence qui définit le juge s'oppose à toute réduction de l'acte de juger à un calcul de risques (*risk assessment*), tendance que l'on a vue se développer ces dernières années en raison de l'importance accordée à la sécurité. La modélisation des décisions et la multiplication des indicateurs de jugement (à distinguer des indicateurs de performance) sont destinés à permettre au juge d'évaluer une situation en termes de risques²¹. Il ne faut certes pas se priver de ces indicateurs mais ne pas croire qu'ils suffiront à épuiser le sens de la décision judiciaire.

Le jugement des personnes contient nécessairement une dimension de *pari* sur l'avenir, pas d'un pari extérieur à l'action comme dans les jeux de hasard, mais le choix de prendre au sérieux une

¹⁷ F. Champy, *La Sociologie des professions*, Paris, PUF, 2012.

¹⁸ *Ibid.*, p. 82.

¹⁹ Voir à ce sujet P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, p. 288.

²⁰ H. Bergson, *Le Bon Sens ou l'Esprit français*, édition établie et annotée par C. Morana, Paris, Mille et une nuits, 2012, p. 16-17.

²¹ Par exemple la Mesure judiciaire d'investigation éducative (MJIE) et le Diagnostic à visée criminologique (DAVC).

promesse. Les deux posent un acte qui s'appuie sur l'avenir mais le premier lui reste totalement extérieur (le parieur n'a aucune influence sur la course), alors que le pari sur la liberté encourage la liberté ; faire l'hypothèse du respect de sa parole est en soi un acte de respect. Dans le premier cas, l'aléa est objectif, dans l'autre le pari de la confiance est un acte de justice.

Surmonter l'imprévisibilité de l'avenir est commun à toutes les professions « prudentielles », mais la prudence du juge revêt un aspect particulier lié à la nature politique de sa décision. Le juge doit accorder une réalité, à ce titre sujette à des estimations actuarielles, à des principes. Il doit, en d'autres termes, considérer les situations sous l'horizon de sens de la justice. Prenons l'exemple d'une mise en liberté : le juge ne peut se satisfaire d'une évaluation des risques de manière actuarielle car, dans le doute, il lui est demandé de prendre le parti de l'innocence ; parce que la liberté est le principe de nos sociétés. Qui dit pari dit risque, et donc un potentiel danger pour autrui. Si le juge ne devait prendre en considération *que* le risque pour en protéger ses concitoyens, la tâche ne serait pas trop difficile ; mais le caractère tragique vient de ce que le juge doit faire entrer le risque en balance avec d'autres intérêts tout aussi importants. Il doit trancher entre des intérêts contradictoires et solidaires ; ainsi le juge des enfants est pris dans un dilemme entre la nécessité de protéger l'enfant et le fait que cet enfant a besoin de l'affection de sa mère fut-elle défaillante – plutôt qu'une solitude dont on sait qu'elle est plus ravageuse à l'échelle d'une vie. Le JAP doit décider d'une libération conditionnelle sachant que celle-ci comporte des risques mais qu'une libération non préparée en comporte davantage²². L'acte de juger n'est donc pas réductible à un simple calcul même si cette dernière dimension est aujourd'hui de plus en plus difficile à nommer. Il oblige le juge à prendre le risque de juger.

... QUI NE RÉSOLVENT PAS ELLES-MÊMES LEURS DIFFÉRENDS OU QUI NE BÉNÉFICIENT PAS DU SOUTIEN NATUREL DES LEURS OU D'UNE PROTECTION SOCIALE EFFICACE ET ACCEPTÉE

1. MIEUX GARANTIR L'OFFICE TUTÉLAIRE

Les fonctions tutélaires ont partie liée avec une nouvelle forme de justice plus orale, plus souple et surtout plus relationnelle. Mais l'analyse serait incomplète si n'étaient envisagés aussi les défis qui l'attendent. En d'autres termes, comment conserver la substance de cet office construit par la pratique des juges français au cours des trente dernières années, en le garantissant mieux ? Ce risque est en quelque sorte la conséquence directe de cette forme de justice qui peut exaspérer une tendance latente dans la justice française, à savoir celle de juges qui estiment que la véritable garantie de la justice c'est moins la procédure qu'eux-mêmes, et que cette préoccupation n'est pas partageable avec les avocats.

²² Les risques de recondamnation des libérés n'ayant bénéficié d'aucun aménagement de peine sont 1,6 fois plus élevés que ceux des bénéficiaires d'une libération conditionnelle ; A. Kensey, A. Benouada, « Les risques de récidive des sortants de prison. Une nouvelle évaluation », *Les cahiers d'études pénitentiaires et criminologiques*, n° 36, mai 2011.

Le défi de la diversité de conceptions de l'office

Le premier défi est lancé par la diversité des pratiques. Le cœur de la fonction est une « pratique prudentielle » étroitement liée à la singularité des cas, ce qui explique pour partie une diversité irréductible des pratiques constatées. Cette diversité appelle une réflexion collective de façon à voir comment introduire plus de garanties sans stériliser ce qui fait la richesse de cet office.

Si la loi fournit au juge les grands principes, elle est remarquablement muette sur l'audience. Elle ne dit rien non plus sur les modalités de réalisation de l'audition d'un mineur, d'un couple qui se déchire, d'une personne marquée par des années d'errance, d'hospitalisations répétées, de ruptures. Comment le pourrait-elle ? Ce n'est pas à la loi d'entrer dans ce degré de précision ; cela ressort plutôt des pratiques, mais où s'acquièrent-elles ? Force est de constater que le juge est souvent désarmé devant les charges d'une telle fonction, et il n'est pas normal non plus de laisser le juge se débrouiller seul avec ces dilemmes. Cette subtilité – et aussi cette dureté – de l'office du juge est rarement abordée, voire refoulée par l'institution qui ne considère que le droit dans son état idéal.

Comment, dans ces conditions, garantir la qualité de cet office ? La manière de conduire les audiences est étroitement liée à la conception que le juge se fait de son rôle : certains (en fait certaines car on y retrouve une majorité de femmes) considèrent que celui-ci inclut une recherche de la conciliation et un souci pédagogique ; d'autres adoptent une position plus en retrait, plus arbitrale, en ne s'autorisant pas à se mêler de la vie des autres. Cette divergence de conception se retrouve dans toutes les fonctions du juge, mais plus particulièrement dans les tutélaires, du fait peut-être du plus grand engagement personnel qu'il réclame du juge. Il n'empêche qu'une telle diversité lance un défi à l'office moderne du juge car elle en constitue à la fois la force qui vient de l'engagement relationnel qui est très bien perçu, mais aussi la limite tant il est difficile à garantir.

Une première piste consiste à retrouver une collégialité de juridiction, ce que nous avons déjà développé.

Transmettre l'expérience professionnelle

Notre réflexion a insisté à de nombreuses reprises sur l'importance de l'expérience professionnelle acquise dans une fonction. Celle-ci est plus importante pour le travail en cabinet que pour l'audience où le juge est plus protégé. Quand les rapports ne sont plus médiatisés par le rituel de l'audience, le juge doit s'investir personnellement, ce qui l'expose, et parfois même l'épuise. Les auditeurs qui choisissent un poste de juge des enfants à la sortie de l'ENM souffrent de l'absence d'étayage par des plus expérimentés et ressentent le besoin d'un cadre commun pour la conduite de l'audience ou d'un lieu d'échange sur les situations les plus difficiles. Ces difficultés expliquent en partie le *turn over* trop important dans ces fonctions (un constat identique est fait dans d'autres institutions, notamment l'Éducation nationale, qui nomment les plus jeunes professionnels dans les départements les plus exposés aux difficultés sociales). De surcroît, le « repyramidage » du corps a poussé des

juges peu motivés par ces fonctions mais désireux de prendre un grade. D'où la nécessité de redessiner des carrières qui permettent une spécialisation et garantissent la nomination de juges expérimentés et volontaires pour étayer la première instance.

La première étape consiste à *reconnaître* l'importance de ces connaissances autres que techniques mais qui concernent le métier (l'audition, la motivation des décisions, la conduite de l'audience, le délibéré, la distance professionnelle, l'impartialité par exemple). Les magistrats entendus sont unanimes pour dire que le métier s'apprend par les discussions entre pairs, le plus souvent informelles. Il bénéficie aussi, ce qui est moins visible, des échanges avec les professionnels des secteurs avec lesquels ces juges travaillent (les fonctions tutélaires ayant cette particularité de mettre en contact avec de nombreuses professions).

Partager ces connaissances, formaliser ces échanges et les synthétiser s'avère être une condition de la cohérence des décisions – et partant de ce que nous appelons la « jurisprudence concrète » –, ainsi qu'un moyen d'améliorer le confort des juges, voire de prévenir un sentiment d'épuisement devant la lourdeur de la tâche. Pour y parvenir, plusieurs voies sont envisageables, et parfois même déjà expérimentées : multiplier les groupes d'échanges sur des situations, favoriser l'intervision²³, réserver et formaliser un temps de discussion par chambre, par domaine d'activité.

L'ENM semble offrir le cadre naturel pour accueillir de telles initiatives. Mais cette transmission se réalise le plus souvent – voire essentiellement – dans des lieux et des moments informels. C'est pourquoi nous recommandons d'y prêter la plus grande attention, de les valoriser et de les multiplier. L'importance de tels lieux a été de multiples fois soulignée au cours de notre enquête : il faut avoir à cœur d'aménager des lieux de convivialité comme des cafétérias, des machines à café ou autres espaces réservés aux juges pour ces échanges.

Reconnaître la place de chaque professionnel

L'office tutélaire s'exerce dans un tissu de relations avec des professionnels en majorité travaillant dans l'action sociale : services de la protection judiciaire, services de probation et d'insertion, services des conseils généraux, secteur associatif, services de médiation familiale, organismes de gestion de tutelles... Il est au centre d'un tissu social très dense, et ces services quand ils travaillent sur mandat judiciaire concourent à la réalisation de la tâche du juge. Cette proximité est source de richesse pour le juge, mais aussi de conflits, voire de confusions.

Ce sont davantage les cultures professionnelles que les sensibilités qui expliquent les positions de chacun, remarquait Nicole Maestracci lors de l'ouverture de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive. C'est vrai des relations entre les juges et les avocats comme de celles entre les juges et les médecins hospitaliers. Faute de connaître suffisamment le sens et les contraintes des missions de chacun, les relations sont difficiles et parfois certains juges sont tentés de se substituer à l'action de leurs interlocuteurs. À l'inverse, ces services peuvent avoir eux aussi du mal à percevoir la spécificité du rôle du juge, ce qui oblige ce dernier à sans cesse le préciser. Nombre de ces difficultés peuvent être aplanies par des échanges réguliers entre le juge et ses partenaires.

²³ Dispositif particulier de rencontres entre pairs, afin qu'ils échangent leurs expériences, qu'ils réfléchissent collectivement sur leurs conduites professionnelles, au travers d'une mise en commun de la pratique d'un des membres du groupe, voire de ses difficultés à faire face à des situations complexes ou à des résultats insatisfaisants dans l'accomplissement de ses missions.

Garantir le caractère judiciaire de cet office

Si la légitimité se nourrit de la qualité du débat entre le juge et le justiciable, comment prémunir ce dernier du risque de banalisation, voire de dérapage ? Si le juge joue mal son rôle ou s'il se trouve emporté par sa propre subjectivité, la relation peut devenir trop personnelle. Si la Justice est une parole, et le jugement un dire public, l'audience peut devenir simple conversation, un rendez-vous ordinaire dans un bureau ordinaire avec un juge que plus rien n'identifie. Les juges eux-mêmes expriment parfois ce malaise.

L'antidote naturel dans la justice est à chercher dans la présence d'un tiers. Ce tiers est statutairement le greffier, mais celui-ci se fait plus rare dans les audiences de cabinet quand il n'a pas totalement déserté ces audiences. Le développement du juge unique en effet ne s'est pas accompagné des moyens correspondants en personnels de greffe. Le greffier n'est donc plus là pour accréditer le travail du juge. Et les juges des enfants, dont les dossiers comportent des investigations entrant dans l'intimité de la vie des personnes, dont les décisions peuvent être très violentes pour les justiciables, soulignent l'importance qu'ils attachent à la présence de greffiers dans leurs bureaux pour limiter le caractère trop personnel des échanges.

Plusieurs grandes juridictions ont décidé de réimposer la présence du greffier lors des audiences de cabinet des juges aux affaires familiales ou des juges des enfants ; avec l'objectif de réintroduire une garantie, « un cadre protecteur » disent les juges, ainsi qu'une certaine forme de partage dans un exercice professionnel solitaire. Ces décisions ont nécessité une réorganisation collective des services : un accueil civil central des justiciables déchargeant les greffiers, ou un accueil spécialisé mais centralisé, une attention particulière portée à la mise en état des procédures et à l'organisation des audiences, pour dégager du temps.

Un autre acteur tout aussi indispensable dans une audience judiciaire est bien sûr l'avocat. Mais il n'est pas toujours facile à ce dernier de trouver sa place dans cette nouvelle forme de justice. Alors que le rituel non seulement accorde une place à chacun mais les accorde toutes ensemble, l'écart peut se creuser entre des juges qui privilégient un face à face singulier avec le justiciable et les avocats à qui il ne reste plus qu'une position d'opposition. La spécialisation des barreaux dans ces contentieux des personnes a constitué un incontestable progrès : désormais, la plupart des barreaux des grandes villes ont des avocats spécialisés en matière de mineurs et en matière familiale, la tutelle étant un nouveau domaine qui nécessite aussi une spécialisation. C'est par une coopération plus soutenue et directe entre juges spécialisés sur un ressort territorial et avocats spécialisés qu'une reconnaissance réciproque des fonctions et places de chacun pourra s'élaborer.

La décision du Conseil constitutionnel du 8 juillet 2011 qui s'est prononcé sur l'incompatibilité des fonctions d'instruction et de jugement révèle une tension entre deux modèles de garantie : une

garantie liée au caractère tutélaire c'est-à-dire justifié par une éthique de la relation dans une continuité productrice d'autorité, ou une garantie plus formelle liée au procès équitable. C'est la recherche d'un nouvel équilibre entre ces garanties qui peut permettre à cet office tutélaire de poursuivre son objectif en gardant ce qui fonde son autorité : la reconnaissance des justiciables par les juges et la capacité à projeter les décisions dans un temps long.

La publicité de cet office

Une seconde réponse consiste à introduire plus de publicité. Publicité, le mot est paradoxal pour une justice de cabinet qui traite d'affaires de surcroît intimes. Une des difficultés que pose l'exercice de la fonction tutélaire est d'assurer la publicité ou plus exactement de signifier l'espace public sans l'ouverture au public, ce qui serait détruire le principe actif de cette forme de justice.

Peut-être que l'architecture judiciaire détient une partie de la solution. Elle doit en effet donner un langage de pierre ou de béton à l'espace public qui demeure public même s'il n'y a pas de public. Un espace public se définit comme un espace pénétré de la dimension publique, c'est-à-dire qui n'appartient à personne et qui peut être habité par de multiples acteurs mais qui seront toujours ici en tant qu'acteurs.

La publicité n'est pas qu'une question de taille : ces salles peuvent être aussi grandes qu'un bureau, là n'est pas la question. C'est une question de propriété : alors que le bureau est toujours vécu comme la propriété de celui qui l'occupe²⁴, ce qui caractérise un espace public c'est qu'il appartient à tous ceux qui s'y trouvent, c'est-à-dire autant aux avocats qu'aux non-professionnels : il n'est appropriable par personne.

Un autre trait de l'espace public, c'est de permettre son identification comme telle. Cette identification se fera par le truchement d'une décoration publique qui le signale. Ne croyons pas que les symboles ne soient destinés qu'aux justiciables qui ne sont que les visiteurs occasionnels d'un hypothétique musée de la justice. Non, ils s'adressent également, voire avant tout, aux professionnels qui en sont les gardiens et dépositaires. Cette identification se manifesterait par la présence de signes marquant symboliquement ce lieu (un insigne officiel, une phrase de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, etc.). Mais aussi par l'absence de signes personnels (photographies des enfants, cartes postales de voyage, etc.). Le bureau trop personnel du juge serait remplacé par un « banc », c'est-à-dire par une table officielle, à la fois neutre et signifiant la marque de l'autorité publique – en somme permettant la reconnaissance, par le justiciable, qu'il se trouve bien dans un lieu de justice, et l'acceptation des décisions qui pourront s'y prendre. Peut-être une séparation de niveau, une petite estrade ? Par une certaine distance voire une petite barre ? Le port de la robe devrait être la règle dans ces lieux, toujours dans le même esprit de renvoyer chacun à son rôle et à sa finitude.

Un espace public se signale enfin par une structure particulière : il s'organise autour d'un petit espace vide, qui permet la circulation de la parole (qu'obstrue le bureau, qui introduit une distance artificielle déjà appropriée par le juge – le bureau est sien – entre celui qui est derrière et celui qui comparaît). Les protagonistes de l'affaire doivent être disposés autour d'un espace neutre qui, à la fois, les rapproche et les maintient à distance, comme le suggère la célèbre métaphore de la table d'Hannah Arendt. Une table, pas un bureau.

²⁴ En témoigne la décoration d'un bureau, on y retrouve la plupart du temps un identifiant personnel de celui qui l'occupe (une photographie, une affiche, etc.), ce qui est impensable dans un espace public.

Ces grands bureaux ou ces petites salles d'audience, comme on voudra, seraient destinées à abriter tous les actes intermédiaires avant l'audience de jugement : on sait d'expérience que ce sont dans ces endroits que sont prises les décisions qui seront ensuite les plus déterminantes. Il faut donc architecturalement « casser » le bureau pour ce qu'il signifie tout d'abord, comme un espace personnel et approprié donc individualisé, comme lieu aussi de la confrontation à un bureaucrate. Comment « siéger » dans un bureau ? Si l'on ne veut pas que le juge se comporte comme un bureaucrate, commençons par le faire sortir de son bureau. Le bureau induit une hiérarchie d'ordre administratif, donc une pyramide qui résulte de l'empilement des bureaux. Ce nouvel espace qui doit supplanter le bureau et la justice de cabinet doit casser cette fausse proximité entre le juge et le justiciable qui est vécue aujourd'hui comme oppressante parce que trop proche et trop confiante. Cet espace, qui n'a plus rien à voir avec un bureau dans le sens où personne n'y travaille seul, qui reprend les principales caractéristiques de la salle d'audience sans en avoir la dimension et la solennité, doit ainsi signifier aussi bien au justiciable qu'au juge le sens de ce qui s'y déroule. La physionomie actuelle de la procédure tant pénale que civile réclame une forme inédite qui marque plus fortement l'empreinte de la justice, qui rappelle à tous que l'on se trouve dans un espace public. Cet espace doit se présenter comme un espace public, même si le public n'y rentre pas ou rarement.

2. DÉLIMITER L'OFFICE TUTÉLAIRE

L'office tutélaire est enfin confronté à un péril propre qui est celui de la masse des contentieux dont il est saisi, donc de sa dilution, voire sa confusion avec d'autres missions, tant il se rapproche de l'action sociale. D'où la nécessité de redéfinir ses limites.

Un office recentré sur l'autorité du juge

De tous, l'office tutélaire est le moins clairement délimité. La protection des personnes risque de plonger dans un *infini* qui est le contraire du droit dont le propre est d'apporter des limites. Le risque d'infini vient de ce que sa matière n'est pas un litige – des prétentions juridiques –, mais du fait d'une réalité : celle de la vie d'une famille, d'un contexte social, d'une situation. Le temps n'est plus structuré par l'audience qui distingue un avant (l'instruction ou la mise en état) et un après (l'exécution), mais par la vie elle-même, ce qui aboutit à ce que, bien souvent, le terme réel des dossiers traités est borné par la majorité ou par la mort.

Le juge peut prendre des mesures qui procèdent certes de l'appréciation d'une situation (donc d'un jugement), mais qui sont toujours une forme d'action sociale, une action sociale ordinaire mais revêtue de l'autorité de la justice en raison du désaccord ou de l'atteinte possible portée aux droits de la personne. On retrouve toujours cette distinction entre agir et juger. Dans cet office, le juge exerce une fonction de substitution (ce qui tend à se multiplier) car si la famille ou l'entourage fait face à la situation, il n'aura pratiquement pas à intervenir. Il faut s'arrêter à ce mécanisme de substitution qui marque en lui-même l'effondrement des médiations sociales.

Cela veut donc dire que son rôle est plus facilement en concurrence que dans les autres. Cela veut dire également que le juge déclenche une action sociale, voire l'exerce lui-même, action qu'il devra contrôler ensuite.

Les frontières entre l'avant et l'après ne sont pas claires, pas plus qu'entre l'action et le jugement ; le rôle demande une implication plus grande pour le juge et la place de l'avocat n'est pas acquise. Ce sont des situations qui sont par définition *évolutives*, autre différence avec l'office contentieux ou l'office des libertés.

Une première délimitation tient à l'évolution de nos démocraties modernes : toutes les lois sur l'état des personnes depuis les années 1970 vont dans le sens d'accorder aux personnes une plus grande liberté de choix quand les décisions les concernent, un plus grand respect des capacités, y compris pour les personnes fragiles, en grande difficulté.

La possibilité de divorcer par consentement mutuel est reconnue depuis 1975. La décision de se séparer appartient au couple concerné. Toutes les réformes sont allées dans le sens de l'allègement des procédures. Pourquoi pas aujourd'hui une simple homologation judiciaire de la convention par le greffier, ce qui existe dans la plupart des pays occidentaux ?

Quand un conflit relatif à l'organisation de la vie des familles survient après une séparation, il faudrait orienter les familles, en dehors des situations de gravité, soit vers un avocat qui tentera de trouver une solution, soit vers un service de médiation familiale, en n'autorisant la saisine d'un juge que pour les cas graves. Une information plus complète devrait être remise aux familles et des discussions devraient être engagées entre juridictions et barreaux pour arrêter des critères de saisine des juridictions.

Dans le même esprit, il faut mieux informer sur le mandat de protection future qui permet aux personnes de désigner elles-mêmes quelqu'un parmi leur entourage qui sera chargée d'une tutelle s'il y a lieu. Peut-être faudrait-il simplifier ce mandat tout en garantissant les droits des personnes. Aujourd'hui, cette possibilité est sous-utilisée faute de connaissances par le public²⁵. Dans le même ordre d'idées, on constate une augmentation des demandes d'ouverture des tutelles à l'âge de vingt ans parce que l'allocation adulte handicapé n'est plus versée aux parents mais directement à la personne concernée à cet âge. Or, si celle-ci n'est pas en mesure de gérer cette allocation, une demande de protection est automatiquement introduite : ne pourrait-on pas continuer de s'appuyer sur l'entourage familial toujours présent ?

Une revitalisation de la protection par les proches et par la collectivité

Tous les pays d'Europe, sauf le Danemark, connaissent un double niveau de protection de l'enfance, administrative et judiciaire, dès qu'une décision doit être prise d'autorité, sans l'accord des familles. Mais la France est le seul pays à connaître une aussi grande prépondérance des mesures judiciaires par rapport aux mesures administratives, 89 % des décisions de placement d'enfants sont judiciaires, et cette prépondérance s'est accentuée durant les vingt dernières années²⁶. Depuis 1989, toutes

²⁵ Seuls 538 mandats ont été déposés auprès des greffes en 2009 et 2010 (voir B. Munoz-Perez, C. Moreau, *Deux ans d'application de la loi du 5 mars 2007...*, *op. cit.*).

²⁶ Service des études juridiques du Sénat, « Les structures de protection de l'enfance », *Étude de législation comparée*, n° 170, 1^{er} février 2007 ; Cour des comptes, *La Protection de l'enfance*, Paris, La Documentation française, octobre 2009.

les réformes législatives tentent de restreindre les critères de saisine du juge des enfants mais rien n'y fait. Une telle difficulté peut s'expliquer par des stratégies professionnelles des différents intervenants dans cet ensemble complexe (services sociaux, établissements scolaires, hôpitaux, police, gendarmerie), mais elle renvoie aussi au fait que le juge des enfants reste le repère central dans un sujet aussi sensible pour la société qu'est la protection de l'enfance²⁷. Et la mise en cause très médiatisée des acteurs sociaux dès qu'un nouveau drame survient ne fait qu'accentuer le recours au juge. Une autre cause tient à la culture des administrations. Là où la France ne connaît qu'un seul décideur, le président du conseil général, la plupart des pays européens ont mis en place des commissions réellement pluridisciplinaires et collégiales pour apprécier les situations difficiles et faire des signalements²⁸, ce qui permet de mieux utiliser les ressources existantes. Enfin, la recherche d'un « consensus » avec les familles n'est pas dans la tradition administrative française qui intervient de façon plus verticale. Il ne sert donc à rien de changer la loi : mieux vaut accompagner une évolution culturelle vers un espace d'intervention non juridictionnel, plus soucieux de résoudre les difficultés des familles avec elles en stimulant leurs propres capacités, ce que demande régulièrement ATD Quart Monde dans ses différents rapports²⁹.

Un constat identique peut être dressé s'agissant des tutelles. La réforme de 2007 sur la protection des majeurs confie aux départements la mission d'accompagner socialement, de manière graduée et réversible, les personnes en situation de fragilité sociale. La mise en place de cette mission s'est avérée très lente et très inégale selon les départements pour de multiples raisons, parmi lesquelles il faut relever le déficit d'information, l'extrême précarité de personnes ayant des problèmes de santé mentale, qui de ce fait échappent aux dispositifs ou une organisation très variable des départements³⁰. Le fait est que le recours au juge est resté majoritaire. La réduction souhaitée du recours au juge ne se fera qu'au terme d'une mutation des cultures professionnelles, pour lesquelles la saisine du juge est plus simple et du changement du regard que portent ces administrations sur ce public très défavorisé (elles ont du mal à reconnaître ces personnes comme des acteurs possibles de leur vie, malgré leurs fragilités).

Décision et supervision de l'exécution

À côté de l'audience de cabinet, les juges doivent également suivre l'exécution de leurs décisions. Le juge doit superviser les services mandataires pour s'assurer qu'ils respectent les grands principes qui régissent les atteintes aux capacités des personnes : stricte nécessité, subsidiarité, proportionnalité. Ceci s'observe dans tous les actes quotidiens requis : gestion de l'argent, questions personnelles comme l'accompagnement à des soins, vie personnelle et sexuelle, intervention des familles... C'est très concrètement que s'exécutent les décisions concernant les personnes.

Certaines questions ne relèvent pas directement de la fonction judiciaire comme le contrôle de gestion des comptes de tutelles. Cette compétence a été déléguée aux greffes, mais elle requiert

²⁷ C. Mouhanna, B. Bastard, *L'Avenir du juge des enfants. Éduquer ou punir ?*, Paris, Eres, 2010 ; C. Mouhanna, B. Bastard, « Le juge pour enfants : clé de voûte d'un système fragilisé », *Les cahiers de la justice*, 2011/3, août 2011, p. 13.

²⁸ Service des études juridiques du Sénat, « Les structures de protection... », *op. cit.*

²⁹ Voir Défenseur des enfants, *Rapport annuel*, Paris, La Documentation française, 2005.

³⁰ Cour des comptes, *La Réforme de la protection juridique des majeurs*, communication à la commission des finances du Sénat, novembre 2011.

des savoirs en matière de gestion financière que ces derniers n'ont pas. C'est pourquoi le rapport Guinchard proposait que les greffiers en chef soient assistés par des agents du Trésor public ou des huissiers de justice, quand les justiciables ont des ressources suffisantes. Pourquoi ne pas confier directement la gestion des comptes à ces administrations ou à ces auxiliaires de justice ?

Les lois de protection de l'enfance en danger et celles sur la protection des majeurs ont prévu une révision obligatoire des mesures par les juges, tous les deux ans ou tous les cinq ans. Ces dispositions postulent que ces justiciables n'exercent pas les recours dont ils disposent, soit en raison de leur grande pauvreté, soit en raison de leur état mental, et qu'il faut palier à cette défaillance. Malheureusement, l'impact de ces mesures en matière d'assistance éducative – pour les familles comme pour les administrations – n'a jamais été évalué. Des recherches seraient utiles pour nous renseigner sur ce point, comme en matière de tutelles³¹.

Enfin, puisque le juge ne doit être saisi que des affaires présentant une certaine gravité, il ne devrait être possible de le ressaisir après une décision initiale que si un changement important présentant également une certaine gravité intervient dans la situation.

³¹ Avant la loi, la durée moyenne des mesures était de 13,8 ans (voir B. Munoz-Perez, C. Moreau, *Deux ans d'application de la loi du 5 mars 2007...*, *op. cit.*).

L'OFFICE SANCTIONNATEUR

L'office punitif est le plus ancien et le plus terrible³² car il s'exerce directement sur les corps à travers la contrainte légitime de l'État. C'est celui aussi sur lequel pèsent les plus grandes attentes de sens dans nos démocraties tardives. D'ailleurs, la justice pénale a été surinvestie ces dernières années, notamment sous l'action des victimes qui se sont invitées dans le procès pénal. D'autre part, les fonctions du juge pénal ont subi une évolution considérable depuis les vingt dernières années du fait de l'accroissement des affaires à juger qui l'a beaucoup perturbé. D'où la nécessité de préciser les contours de l'office sanctionnateur par rapport à une nouvelle manière d'envisager le partenariat des autres acteurs du procès pénal : services pénitentiaires d'insertion et de probation, administration pénitentiaire, défense et, bien entendu, parquet.

SANCTIONNER ET PUNIR LES INFRACTIONS EN VEILLANT À CE QUE LE CONDAMNÉ SOIT RÉINTÉGRÉ DANS LA SOCIÉTÉ À L'ISSUE DE SA PEINE ET QU'IL NE PRÉSENTE PLUS DE DANGER EXCESSIF POUR ELLE

Comment résumer les multiples tâches du juge pénal ? Son travail a tellement changé qu'il n'est plus possible de le résumer à sa seule dimension punitive : un juge doit enquêter pour établir des faits ; un autre prononce une peine (ou un acquittement) qui peut prendre réalité sous plusieurs formes, et un autre assure l'exécution de la peine. Sans compter que depuis quelques années, il ne fait que superviser des peines qu'il ne prononce pas. L'office serait menacé d'éclatement si l'étymologie ne venait pas à notre secours.

Sanctionner

Sanctio (substantif) ou *sancio* (je sanctionne) exprime dans la langue latine à la fois religieuse et politique, l'acte de « rendre sacré, inviolable³³ ». *Sancire legem* signifie « établir solennellement par une loi ». *Sancio* peut aussi vouloir dire « proclamer comme exécration », qui connaît son dérivé : « interdire solennellement » puis « punir » ; d'où l'idée de « sanction ». C'est pourquoi, à Rome comme toujours aujourd'hui, la sanction peut être aussi bien positive que négative : ainsi l'on dit qu'un diplôme « sanctionne » un cursus universitaire. L'idée de sanction est donc intimement liée à celle d'autorité : la sanction est un acte d'autorité, qui redouble un fait objectif ou une action technique. Les examinateurs corrigent des épreuves, les évaluent mais c'est l'université qui délivre le diplôme.

³² Voir P. Ricoeur, « État et violence », *Histoire et vérité*, Paris, Seuil, 3^e éd., 1955, p. 246.

³³ A. Ernout, A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, Klincksieck, 2001, 4^e éd., p. 587.

Ces deux aspects de la *sanction* permettent à la fois de distinguer et de réunir sous un sens commun les différentes composantes de l'office du juge en matière pénale. L'office sanctionnateur se décompose en deux branches : un *office punitif*, le plus aisé à déterminer, l'*imperium* qui fixe une peine à partir de l'équivalence estimée entre un acte et sa rétribution, et un *office de ratification des faits ou des actes*, plus difficile à cerner. Le juge, par son autorité, augmente les actes ou les faits qui lui sont soumis, qu'il s'agisse d'une preuve (juge d'instruction), d'un accord au terme d'une CRPC (juge correctionnel) ou d'un comportement (JAP).

Dans ce double exercice de la *sanctio* – qui peut paraître contradictoire (*autoriser* et *interdire*) –, le juge développe toute l'étendue de son *auctoritas*, dans une liberté encadrée par la procédure. À ce titre, la *probation* rend compte de la tension contenue dans la *sanction* : punition-ratification. En effet, l'accusé déclaré coupable sera condamné, ce qui veut dire qu'il sera puni ou placé en *probation*. L'office sanctionnateur est donc l'office du juge qui accorde ou refuse le rang de preuve à un acte ou un fait et proclame la vérité judiciaire ; qui punit ou décide de suspendre la punition ; qui ratifie un accord ou le rejette ; qui ajoute foi à une demande relative à la peine, et l'augmente donc en lui donnant effet, ou lui refuse tout crédit.

Rapporter ainsi la sanction à l'autorité informe enfin sur la distribution des rôles entre ceux, d'une part, qui agissent positivement – les policiers qui recueillent les preuves, les avocats qui présentent des prétentions et formulent des demandes, ceux qui exécutent les peines et ceux qui accompagnent des condamnés – et ceux qui consacrent leur action. L'idée de sanction introduit deux registres bien distincts qui sont au cœur de l'office du juge : celui de la réalité sociale et celui de l'acte juridictionnel.

Mieux que n'importe quelle autre institution, la peine révèle les aspirations, mais aussi les contradictions, d'une société. On ne triche plus quand il s'agit de punir, c'est-à-dire de réagir à une menace sur l'existence morale de la société.

L'EXPLOSION DE LA PEINE

On attribue souvent le malaise de la justice pénale à l'explosion des peines. L'expression est ambiguë car elle laisse entendre que c'est l'augmentation quantitative des peines qui serait l'unique cause de ce mal : celle-ci est certes bien réelle mais l'explication est insuffisante car elle ne dit rien des raisons de cette explosion. Le fait est que l'on a assisté à une augmentation de la délinquance constatée par la police³⁴, mais elle est aussi causée par une politique des parquets de réponse pénale systématique³⁵. On ne peut s'arrêter à ce constat car ce changement de politique pénale a lui-même à voir avec de nouvelles attentes qui se portent sur la peine dans nos sociétés démocratiques.

Cette explosion du nombre de peines cache une autre, celle du sens de la peine. Les différentes finalités réunies dans la peine classique se sont en effet diversifiées et autonomisées.

³⁴ À ne pas confondre avec la délinquance réelle qui est beaucoup plus difficile à mesurer.

³⁵ Pour être plus exhaustif, il faudrait ajouter à ces causes un mouvement de « dé-contraventionnalisation » qui a soumis au juge correctionnel nombre d'infractions autrefois jugées en tribunal de police. Ajoutons enfin à cela une politique plus exigeante de mise à exécution des peines qui a confronté la prison à une augmentation de la population carcérale.

Les différents sens de la peine classique

Il est bien difficile d'identifier *le* sens de la peine car il n'y a plus *un* mais *plusieurs* sens qui coexistent. C'est bien d'ailleurs le défi qui est lancé aujourd'hui à l'office du juge que de les articuler. Repartons des quatre foyers de sens à la peine qu'identifie Frédéric Gros³⁶ qui tous ont évolué ces dernières années. La peine peut tout d'abord avoir une fonction rétributive pour *restaurer la souveraineté* de la Loi ; toute transgression doit être compensée par une peine, par l'amputation du patrimoine ou la privation de la liberté. Cette première fonction ne dépérit pas dans ce début de XXI^e siècle mais se transforme dans plusieurs directions. Nous sommes actuellement entrés dans une démocratie d'opinion dans laquelle le fait divers devient un événement politique. Les médias relaient et amplifient une opinion aussi réactive qu'inconstante qui prend tour à tour le parti des parents, puis celui des enfants, et qui dénonce la pénalisation et en même temps y fait appel... À travers des procès pénaux extrêmement médiatisés, c'est moins le rappel de la loi commune qu'elle cherche que ses propres frontières morales. Derrière des phénomènes qui évoquent une sorte de panique morale, la société démocratique se demande jusqu'où ira la liberté. On demande à la peine de rassurer une société indignée qui teste ses limites (comme en témoigne l'importance accordée à l'innocence enfantine³⁷).

Cette fonction rétributive n'est pas convoquée qu'à propos de crimes graves, elle s'exprime aussi par le sentiment très contemporain qui ne supporte pas qu'il « ne se passe rien » après une infraction, si minime soit-elle. C'est le paradoxe de la tolérance des Modernes qui acceptent la coexistence de différents modes de vie mais ne supportent pas les écarts à la règle, à la différence des Anciens qui se référaient à une norme sociale unique – les bonnes mœurs – mais en s'accommodant fort bien qu'on les transgresse. On attend désormais du concret de la part des institutions ; l'effectivité devient le maître mot des politiques publiques (ce qui montre *a contrario* un affaiblissement de la dimension symbolique).

Nécessité d'un rappel plus systématique mais aussi évolution de la signification symbolique de la loi : pour les délits ordinaires, la loi prend une nouvelle signification, où elle apparaît moins comme entité abstraite et très chargée symboliquement (par ceux qui sont censés la rappeler) que de la règle du jeu. « Vous avez pris un risque, délibérément, vous avez perdu. » On y reconnaît l'influence du modèle économique du risque et du tarif, ainsi qu'une nouvelle représentation de l'individu, conçu comme un entrepreneur de lui-même. Cette évolution indique une migration du sens de la peine sur le risque pris et donc sur l'individu. La fonction rétributive existe toujours sauf qu'elle n'est plus directement reliée à une loi générale mais à un contrat social qui passe par une règle du jeu et une responsabilisation de chacun.

La seconde fonction de la peine est de *protéger* les citoyens et assurer l'ordre public pour permettre à chacun de poursuivre ses intérêts personnels. Ceux qui troublent cet ordre doivent être écartés pour la sécurité de tous et en répondre, jusqu'à leur mise à l'écart de la société. Inutile d'insister sur l'importance que prend la sécurité dans nos sociétés démocratiques, ni sur l'importance accordée à l'idée de dangerosité, qu'il est demandé aux juges de prendre en considération (au risque de déséquilibrer le procès pénal, un critère actuel venant interférer avec la considération pour des faits passés).

³⁶ A. Garapon, F. Gros, T. Pech, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001.

³⁷ Remarquons que nombre de faits divers qui frappent l'imagination de l'opinion mettent en scène la mort des enfants.

L'autre nouveauté dans cette fonction de protection ne vient pas de la loi mais des savoirs sur la délinquance. Le savoir sur l'individu a changé : il ne s'agit plus d'accumuler des indices tirés de sa biographie, de percer son intériorité, mais de repérer chez lui les principaux facteurs de risque dont il est porteur quasi à son insu. La puissance de l'État se manifestera en montrant le plus ostensiblement possible sa capacité à réunir ce nouveau savoir, à l'appliquer et bien sûr, à y faire face. Ces nouveaux savoirs scientifiques actuariels³⁸ ne sont plus positifs mais plutôt défensifs, ils sont négatifs ; ils ont pour objectif moins de soigner que de repérer dans un flux, d'isoler dans une série. C'est moins un savoir éclairant augmentant notre intelligence humaine sur le long terme, qu'un savoir directement utile.

L'importance accordée à la dangerosité, la sensibilité de l'opinion publique et les considérations économiques se conjuguent pour renouveler le sens de la peine mais de manière inattendue. Le sens de la peine est désormais à chercher à l'extérieur de la peine : il se trouve dans la vérité statistique, et non plus dans la compréhension d'un itinéraire individuel. C'est plus qu'un changement d'échelle : c'est un glissement dans les représentations qui privilégie les flux au détriment des personnes. N'en déduisons pas que les personnes ont disparu, mais elles comptent désormais comme individus et comme unités dans des flux. La nouvelle pénologie opère une gestion différenciée par catégories de crimes (terrorisme, délinquance sexuelle par exemple).

Enfin, la peine a une fonction d'éducation et de réinsertion. Cette fonction a été très valorisée dans les décennies précédentes, où le modèle thérapeutique avait le vent en poupe. Elle n'a pas déserté le paysage pénal mais a pris, elle aussi, un sens un peu différent. La réinsertion passe plus par la responsabilisation (qui est un maître mot de la loi de 2009).

Une nouvelle fonction de la peine

Ces trois fonctions rétributive, protectrice et éducative ne varient pas considérablement jusqu'à la fin des années 1980 où apparaît une nouvelle fonction : la peine doit servir à compenser le mal fait aux victimes. Cette fonction est, à vrai dire, très ancienne et nous renvoie à la naissance de l'État moderne au XIII^e siècle³⁹, lorsque la monarchie occidentale s'empare de la justice en accaparant la vengeance et en excluant le pardon : le roi incarne la paix et l'ordre public ; le prince qui est « l'éminente victime » des crimes et délits. La montée en puissance des victimes marque la fin de ce cycle en manifestant le retour de la vengeance et la réapparition du pardon. Non pas d'une vengeance sanguinaire mais d'un désir de reconnaissance. De surcroît, la vengeance n'a de sens que dans une organisation sociale constituée de clans⁴⁰ : aujourd'hui, la fonction protectrice des individus est assurée par des associations qui jouent un rôle grandissant dans la justice pénale.

Cette nouvelle fonction de la justice pénale correspond à une nouvelle perception du crime non plus seulement comme une transgression, comme l'expression d'une personnalité perturbée ou comme une menace à l'ordre public mais comme le signe d'un mépris injustifié envers autrui, comme un déni de reconnaissance de la victime⁴¹. Il a affecté l'estime de soi et la capacité d'agir. La peine opère comme un signe en sens contraire, comme une désapprobation sociale censée

³⁸ Il s'agit de la méthode criminologique inspirée de la statistique, notamment économique, ayant pour but de prévoir la probabilité des comportements criminels.

³⁹ Voir à ce sujet E. Kantorowicz, *Frédéric II*, Paris, Gallimard, 1987.

⁴⁰ R. Verdier, « Vengeance. Le face à face victime / agresseur », *Mutations*, n° 228, Paris, Autrement, 2004.

⁴¹ Remarquons que c'est sous le ministère de Robert Badinter que se développa cette attention aux victimes par la création au ministère de la Justice d'un bureau d'aide aux victimes, le soutien d'un réseau associatif d'aide aux victimes et des lois favorisant l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation ou d'infractions.

compenser le mépris initial. C'est pourquoi cette reconnaissance peut être le fruit d'une possible médiation entre les auteurs et la victime, entre un mari et sa femme, entre deux bandes d'un quartier. La cérémonie de justice prend l'aspect non plus seulement d'une confrontation à la Loi mais d'un *face à face* entre les auteurs et les victimes. Si le crime a été l'occasion d'une mauvaise rencontre, la cérémonie de justice doit être l'organisation d'une nouvelle rencontre pour permettre une forme d'explication. Les transformations sont profondes et la politique pénale tente de traiter cette fonction horizontalisante de la peine, par la troisième voie notamment.

C'est ainsi que l'on voit pâlir l'intention criminelle : d'où l'aggravation des peines pour les accidents de la route, car désormais le mal se lit bien plus dans le corps souffrant de la victime que dans l'intention maligne de l'auteur... L'auteur a moins de compte à rendre à « l'éminente victime », père de toutes les lois – le souverain – qu'aux victimes en chair et en os.

La coexistence, voire l'autonomisation des différents sens de la peine

Il est donc vain de vouloir dégager un sens de la peine qui donnerait une direction à l'office du juge. C'est bien ce qui embarrasse le juge car il reçoit du législateur des messages qui peuvent devenir contradictoires. Ces quatre fonctions possibles de la peine tendent à s'autonomiser les unes par rapport aux autres.

Une nouvelle catégorie de sanction pénale fit son apparition, qui ne passait plus par une mesure mais par la recherche d'une réparation directe du trouble causé, voire par une reconnaissance de la victime. Commençons par l'idée de « réponse » pénale qui se substitue à celle de poursuite. Désormais, le procureur n'est plus devant un choix binaire – classer ou poursuivre –, mais devant une multitude de possibilités. La réaction de l'institution judiciaire n'est plus nécessairement juridictionnelle. L'audience, avec ses sophistications procédurales et son rituel, n'est plus le traitement unique des affaires par la justice même si, bien sûr, elle demeure la référence. Ce glissement a pour conséquence de *pluraliser* l'action de l'institution judiciaire qui ne passe plus uniquement par la voie classique (poursuite/audience/peine), mais offre une multiplication des voies. La réaction à un délit peut ainsi prendre la forme soit d'une sanction, soit d'une peine.

À bien y regarder, les mesures que le procureur peut prendre s'assignent une des finalités de la peine mais sans passer par l'idée d'une peine à proprement parler. Le moment punitif est enjambé pour réaliser l'une de ces quatre finalités. Par exemple, alors que l'indemnisation était une partie subsidiaire de la condamnation, la mesure de réparation vise directement la compensation en argent ou en nature du préjudice causé. Même réflexion pour la mesure de « rappel à la loi » qui devient une réponse en soi : la fonction rétributive est directement visée.

Quand un délégué du procureur convoque auteur et victime dans un délai raisonnable après les faits, les entend l'un et l'autre et notifie la décision du parquet, la sanction a plus de chance d'être comprise et la victime de se sentir reconnue. Le face à face entre l'auteur et la victime, qui est l'un des bénéfices secondaires du procès pénal, passe au premier plan dans les expériences de médiation pénale. Dans le face à face entre l'auteur et la victime sous les auspices d'un tiers non judiciaire, l'horizon de justice n'est plus une juste mesure de l'illégalité de l'acte mais une reconnaissance de

l'acte et, à travers elle, une reconnaissance de la victime. La reconnaissance, dit Paul Ricœur, est « une équivalence qui ne se mesure ni se calcule⁴² ».

L'injonction de soins vise l'objectif thérapeutique sans l'accrocher à une peine. La peine voulait-elle renouer avec le contrat social ? Le stage de citoyenneté va tenter de le réactiver directement. Plutôt que de s'évertuer à « positiver » une peine de prison par le travail pénitentiaire, la peine de travail d'intérêt général va s'efforcer de faire bénéficier le condamné des effets intégrateurs du travail sans le pénaliser par la désocialisation de la prison.

S'agissant de la protection, la sécurité est directement visée dans la mesure de rétention de sûreté. La protection justifie que l'on conserve en détention un individu à l'issue de sa peine : ici encore une autonomisation vis-à-vis de la peine, un décrochage, une dissociation.

En d'autres termes, la condamnation à une peine n'est plus un passage obligatoire pour atteindre l'une des fonctions de la peine. Le temps et l'argent ne sont plus des systèmes d'équivalence universels pour générer des effets : il est désormais possible de s'en passer pour atteindre des buts différents. Mais comment les choisir ?

D'une peine moule à une peine modulable

La société démocratique a changé et le droit pénal n'est plus indexé à des mœurs de références mais doit s'adapter à une société devenue plurielle et qui valorise même la diversité. La peine ne prétend plus « discipliner » un individu, le faire rentrer dans un moule, mais plus modestement adapter un individu, réduire les risques qu'il représente pour lui et pour autrui, tempérer ses emballements. La justice a moins l'ambition d'imposer des valeurs dominantes que de stimuler sa coopération. L'autorité ne se situe plus au-dessus des sujets mais sur le même plan, comme un acteur, certes déterminant, mais un acteur quand même en vue de moduler la peine en fonction des événements.

Gilles Deleuze emploie une métaphore très parlante pour exprimer cette mutation : nous sommes passés du *moule* à la *modulation*. Il s'agit d'un mouvement général que l'on retrouve partout (dans le passage, par exemple, de la grille de salaires de la fonction publique à une rémunération variable, ce que les magistrats ont connu avec la prime au rendement). Et bien sûr, sur le plan procédural comme sur celui de l'administration des peines, ainsi que, plus généralement, sur celui du rapport au temps de la justice.

De manière générale, la peine contemporaine est prise en tension entre deux foyers de sens principaux : une conception humaniste qui prône la modularité avec pour horizon la réinsertion, l'aménagement de la personne et le retour à la dignité, et une conception utilitariste de la gestion de la dangerosité. On cherche dans une peine fixe, automatique, rigide, une réassurance au sentiment d'éclatement des valeurs communes, un sursaut contre la pluralité sociale, la recherche d'une frontière morale, mais cette attente est nécessairement déçue. Elle est concurrencée par un impératif d'aménagement de la peine. L'*aménagement* se distingue de l'idée de probation, de faire ses preuves, de donner des gages de soi : il illustre le goût actuel pour le *modulable*, la réaction à des situations nouvelles, la segmentation, la stratégie – tout cela fait système avec la condition post-moderne.

⁴² P. Ricœur, *Parcours de la reconnaissance. Trois études*, Paris, Stock, 2004, p. 322.

DIVERSIFICATION DE L'OFFICE

Une telle diversification de la peine, qui est principalement le fait du parquet, oblige à repenser l'office du juge pénal. Pour continuer sur la tripartition que nous faisons précédemment, cet office se décline de trois manières : il assure d'abord une présence invisible mais néanmoins indispensable de l'autorité qui permet cette diversification.

Un tiers invisible mais virtuellement présent

Il peut apparaître étonnant que nous abordions ici l'action des procureurs dans un rapport sur l'office du juge, mais les deux s'avèrent extrêmement interdépendants. L'action des parquets a bouleversé l'office du juge au point de créer un véritable désarroi parmi nombre de juges pénaux qui ne conçoivent plus leur place dans ce dispositif. En réalité, les alternatives à la peine ne pourraient exister sans leur présence invisible, c'est-à-dire sans la *possibilité* de leur intervention. Le principe de ces mesures est arrêté par une autorité – le parquet – et se réalise sous le regard constant de l'institution. Le procureur valide un rappel à la loi en le requérant et en considérant qu'il tient lieu de sanction, c'est-à-dire de réaction socialement organisée et « consacrée » symboliquement par l'autorité judiciaire. On se concentre sur le mandat donné par le parquet à des « délégués du procureur », à des associations ou à des conciliateurs, mais d'où vient l'autorité du procureur ? De sa capacité de poursuite, c'est-à-dire *in fine* de possible condamnation. Le juge n'est pas l'instance qui reconnaît directement comme lors d'un procès, mais il a la qualité de *tiers de reconnaissance* : c'est-à-dire le tiers du tiers. Il faut alors comprendre la nouvelle forme de justice comme résultant d'un emboîtement des tiers dont le juge est le foyer. Se pose alors la question de définir la délégation, le recrutement – sa qualité, sa diversité –, la formation ou le tutorat des conciliateurs de justice, leur rendu compte ; autant de thèmes sur lesquels le juge doit avoir prise car ces derniers engagent en quelque sorte son autorité.

Ces mesures sont nouvelles pour un esprit habitué à l'unicité de la peine installée depuis le XIX^e siècle. Éric Wenzel⁴³ montre cependant qu'au XVIII^e siècle, entre le tiers et la moitié des affaires pénales étaient « abandonnées » selon les territoires. Il ne s'agissait pas d'un aveu d'impuissance du roi, de la puissance publique, mais d'une autre manière de rendre justice. Il existait une négociation contrôlée par la Justice et des accords pouvaient intervenir « homologués par les juges ». C'était le cas des insultes : si les torts étaient reconnus l'auteur pouvait payer une amende, c'était une forme d'arbitrage pénalisé. De même, le choix de la voie civile était laissé à la victime avec l'accord du juge. Le procès était « civilisé ». La conciliation n'est pas une innovation révolutionnaire, ni une mode nord-américaine, mais une très ancienne tradition française. Il n'y a pas d'opposition entre justice criminelle et justice réparatrice fondée sur les accommodements et la coutume. Assurer la paix sociale est le devoir du souverain, et un espace de liberté était laissé aux justiciables pour concourir à cette paix sociale. L'institution judiciaire doit en effet toujours chercher un compromis entre liberté des particuliers et souveraineté monarchique.

⁴³ E. Wenzel, *Une autre justice ? Les voies « alternatives » dans l'ancienne procédure criminelle*, éd. électronique sur le site de l'université Lille-2 (http://chj-cnrs.univ-lille2.fr/IMG/pdf/3-E_Wenzel-2.pdf), 2006.

L'illisibilité de ces mesures

Les parquets ont pu, au début des réformes de ces vingt dernières années, investir la « troisième voie » comme la capacité d'apporter une réponse graduée à l'explosion des petits contentieux et de compenser ainsi ce qui peut apparaître comme l'affaiblissement ou la disparition d'autres modes de régulation sociale. La finalité de cette « troisième voie » étant d'assurer la paix sociale. L'implantation d'un réseau de maisons de justice et du droit, le recrutement de délégués du procureur, le recours à un tissu associatif, la possibilité de médiations pénales ont permis de penser une nouvelle forme de justice pénale, plus tournée vers la médiation, favorisant des auditions rapides des auteurs et des victimes, mettant en place des sanctions nouvelles.

L'importance de l'augmentation des flux traités en raison de la systématisation des réponses sur les dix dernières années a conduit les parquets à des réponses, en majorité, standardisées et formelles, et finalement peu lisibles pour le public. Les procureurs ne perçoivent pas toujours le potentiel *civique* que comportaient ces nouvelles formes de justice qui sollicitent la capacité citoyenne des bénévoles engagés dedans, qui misent sur la responsabilisation des auteurs et réalisent – peut-être mieux que l'audience – une forme de reconnaissance des victimes. Et pourtant, une telle élucidation est indispensable pour saisir les transformations de l'office du juge.

Un des éléments de réponse se trouve dans la limite d'indicateurs de performance nationaux appliqués de manière uniforme sur tout le territoire, et d'une gestion très centralisée des politiques. Le caractère formel et homogène des réponses de l'État peut paradoxalement renforcer le sentiment d'impuissance de l'action publique. Ce caractère formel et homogène a fait passer au second plan ces recherches de réponses civilisées aux infractions pénales qui pourtant sont beaucoup plus lisibles pour la société et impliquent directement les victimes.

Une nouvelle fonction d'autorisation

La première réaction à l'augmentation du nombre de dossiers fut, jusqu'en 2004, de développer le juge unique au détriment de la collégialité. Le juge s'est vu imposer des rythmes de décision plus soutenus et plus éparpillés dans le procès. On lui a demandé d'évacuer des flux autant que de juger des affaires. Cette politique montrant ses limites, de nouvelles procédures se mirent en place – comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), composition pénale, ordonnance pénale délictuelle (OPD) –, qui couvrent aujourd'hui la moitié de l'ensemble des procédures pénales initiées au plan national. Dans ces procédures, le rôle du juge est restreint : il consiste à donner son assentiment à des diversions par rapport à l'audience classique comme la procédure de CRPC. À l'autre extrémité du parcours pénal, on a vu prospérer une nouvelle juridiction de l'application des peines venant défaire ce que le juge correctionnel avait fait. Devant tant de nouveautés, le juge est pris par la nostalgie de l'audience, de la robe et de l'estrade tout en sachant que si celle-ci ne disparaîtra jamais, elle ne peut plus à elle seule résumer son office. Comment comprendre ces nouvelles fonctions du juge pénal ?

On reproche au juge pénal de pécher par *invisibilité*⁴⁴. Au sens propre parce que ces interventions du juge se déroulent, en pratique, sans audience (à l'exception de l'audience d'homologation des

⁴⁴ Voir à ce propos J. Danet, « L'office du juge pénal en matière délictuelle », janvier 2013 (en annexe).

CRPC, mais qui n'est publique qu'en théorie car elle se tient généralement sans le ministère public, en la seule présence du prévenu et de son avocat). En composition pénale, quoiqu'ils en aient la possibilité, les juges ne rencontrent que très exceptionnellement les prévenus, et aucune audience n'est prévue pour les ordonnances pénales sauf opposition du justiciable. L'audience est donc le plus souvent doublement amputée de la publicité et du débat contradictoire.

Soustrait au regard public, ce nouvel office risque d'être aussi illisible pour le juge pénal lui-même : il ne comprend pas ce que l'on attend de lui et peut légitimement se demander si son intervention relève encore de son rôle. Peut-on encore parler d'un office lorsque le juge est à ce point passif ? Il n'a pas la possibilité de fixer la peine mais doit se borner à l'homologuer ou à la rejeter. Le juge en effet n'a pas assisté aux tractations, à l'échange entre les parties et le procureur : il ne voit qu'un produit fini. Que va-t-il pouvoir contrôler ? La volonté des parties d'en finir au plus vite quitte à avoir un « prix de gros ». L'important ici est donc la stratégie des parties qui reste inaccessible au juge qui craint toujours d'être instrumentalisé. En ordonnance pénale délictuelle, la contribution du juge est aussi très limitée car le choix de la peine se fait dans les limites de l'accord passé entre la juridiction et le parquet sur les peines prononçables dans le cadre de cette procédure, et parfois selon un simple barème. La fonction punitive est transférée en amont, au ministère public.

L'office du juge n'est pas visible non plus pour les autres acteurs de la chaîne pénale. La diversification des voies procédurales accentue un effet de spécialisation par circuit, déjà amorcé par l'émergence du juge unique, qui tend à isoler les juges dans leurs fonctions. Un isolement renforcé par le recul des formations collégiales, mais aussi par la disparition de la notion de chambre, par le séquençage des services et par un défaut de circulation des informations sur ce que produit la juridiction pénale. Il se peut ainsi qu'un juge très expérimenté ne connaisse rien de la procédure de CRPC.

Viser un accord sans fixer la peine, sans contradictoire, sans avoir son mot à dire sur un barème discuté en amont relève-t-il encore de l'office du juge ? La seconde modalité d'intervention du juge est une fonction d'*autorisation* au terme duquel il lui est demandé d'homologuer un accord passé en amont entre le procureur ou son délégué et le prévenu (valider dans le cas de la composition pénale). On n'attend de lui qu'un contrôle, une supervision, un *double-check* et non une *review* pour reprendre une distinction que nous avons faite à propos du nouvel office des libertés. Le juge doit « consacrer » un accord : on lui demande de couvrir de son autorité l'accord passé avec le procureur, de l'*autoriser*. Voilà son office sanctionnateur : un acte pur d'autorité, dissocié du pouvoir, en l'occurrence du pouvoir de mesurer une peine, de trouver la juste équivalence entre un acte et sa compensation judiciaire. Formellement, rien ne distingue le jugement pris par un juge qui valide une CRPC et celui qui est pris dans le cadre ordinaire de l'audience, mais les offices sont différents.

Pour reprendre possession de sa charge de dire la peine, le juge doit en effet dépasser la fragmentation de ses fonctions due à la diversité des procédures. La cohérence de ce rôle d'autorisation est à chercher non pas seulement sur le plan de chaque affaire mais aussi au niveau du siège tout entier au terme d'un dialogue institutionnalisé dans le cadre d'une *chambre pénale*, formation regroupant tous les juges pénaux y compris les juges de l'application des peines. Une telle chambre aurait compétence pour arrêter ce qui lui semble relever de la composition pénale ou de la CRPC, et deviendrait

ainsi l'interlocuteur du parquet sur ces questions. En cas de conflit ou d'opposition avec le parquet, le conflit serait porté à la cour d'appel. Ces orientations devraient pouvoir être connues de tous, notamment du barreau et donc pourraient être intégrées à la défense.

Une telle solution permettrait tout d'abord de sortir des arrangements locaux actuels d'autant plus générateurs de tensions qu'ils ne sont pas institutionnalisés. Elle permettrait également au barreau de construire une politique de défense dans le cadre de l'aide juridictionnelle, voire de « structures dédiées » comme le propose le CNB⁴⁵, sur une base plus organisée, réellement contradictoire et surtout plus lisible pour les interlocuteurs des juridictions et pour la société.

UNE NOUVELLE DEMANDE DE VISIBILITÉ DU PROCÈS

La visibilité de la justice pénale se retrouve à l'audience où le juge exerce son plein office, c'est-à-dire son rôle traditionnel à l'audience. Remarquons que l'audience ne s'affaiblit pas et l'on peut même affirmer qu'elle reprend de la vigueur, qu'elle est plus investie que jamais. L'importance accordée aujourd'hui par les médias à de grands procès correctionnels montre que l'audience publique garde sa place de cérémonie publique : qu'il s'agisse du procès d'un cadre financier d'une banque, de l'accident du *Concorde*, du tunnel du mont Blanc ou aujourd'hui du procès des prothèses mammaires, la justice a dû s'organiser pour permettre des audiences publiques s'adressant à un très grand nombre de personnes dont un très grand nombre de victimes, s'ouvrir à une couverture médiatique internationale, apprendre à communiquer, fournir une aide technique sous forme d'assistants, organiser une formation spécifique des présidents de ces audiences. À tel point que certaines juridictions ont organisé des chambres pénales spécialisées par type de contentieux répondant à cette préoccupation : chambres spécialisées dans les violences familiales, les violences sexuelles, la criminalité organisée, la criminalité financière. Le signe est donné d'une attention particulière à ce qui heurte la société, ce qui requiert sanction et réprobation.

Contradiction entre une attente de visibilité sociale et l'illisibilité du processus judiciaire

La force du spectacle pénal risque néanmoins d'être affaibli par le devenir de la peine prononcée à l'audience du fait des politiques d'aménagement des peines et de l'intervention du JAP. Pour comprendre son rôle, il faut remonter à son origine. Cette fonction est née avec l'instauration de la libération conditionnelle en 1885 qui décomposait l'unité de la peine-équivalence en deux temps et deux rationalités : le moment symbolique et public de l'annonce de la peine exprimant le degré de réprobation sociale d'une part, et, de l'autre, le temps pratique de son application ayant pour horizon la réinsertion. La personne condamnée devait faire « la preuve » – d'où le terme de probation – qu'elle voulait réintégrer la société. C'était introduire une double logique à l'intérieur de la peine qui doit être maintenue et repensée.

L'affirmation du JAP au cours de ces quinze dernières années a en effet marqué un mouvement paradoxal à la fois constructif et déconstructeur : une véritable juridiction d'application des peines

⁴⁵ Motion votée en mars 2013.

s'est construite⁴⁶, mais l'accumulation massive des décisions d'aménagement de peines pour les peines inférieures à deux années a donné le sentiment que le juge de l'application des peines défait ce que le juge pénal fait. Un juge peu visible risque de rendre le spectacle de l'audience un peu plus artificiel. Beaucoup de juges sont préoccupés par l'*incohérence structurelle* du parcours de la peine entre les mesures provisoires, le prononcé et l'exécution. L'évolution de la procédure, la temporalisation du temps, la segmentation non seulement des temps mais des interventions des juges finissent par brouiller l'ensemble.

Aujourd'hui, l'application des peines est illisible pour tous, des juges comme du public. Le juge pénal prononce une peine sachant qu'elle sera aménagée par un de ses collègues selon des critères qu'il ne maîtrise pas. Comme si l'incroyable complexité de l'édifice législatif sur l'application des peines avec ses impératifs contradictoires demandait la présence du spécialiste qu'est devenu le juge de l'application des peines.

LA PEINE À L'ÉPREUVE DE LA RÉALITÉ

On ne triche pas quand il s'agit de punir, disions-nous en commençant, mais la peine se ment parfois à elle-même : le discours qu'elle tient sur elle peut se trouver démenti par ses pratiques. C'est le poids de ces contradictions que ressent le JAP qui intervient au bout de la chaîne pénale, lorsque les différents désirs projetés sur la peine se heurtent au principe de réalité.

Les évolutions profondes – et parfois contradictoires – qui traversent la justice pénale contemporaine se retrouvent en effet comme exaspérées dans l'office du juge d'application des peines : besoin de visibilité de la peine et volonté d'adaptation, substitution de la durée au moment de l'audience, passage de l'affaire au flux, pression du nombre combinée avec une pression médiatique, segmentation de l'intervention et perte de la vision d'ensemble, accumulation de réformes sans considération des contraintes budgétaires.

Une tension entre rigidité sécuritaire et réalisme pénitentiaire

La première contradiction est à chercher dans l'ambivalence de nos sociétés à la fois très libérales et très répressives. La justice pénale y est très investie comme le lieu de réaffirmation de la puissance de l'État (alors qu'il perd le contrôle de l'économie et en grande partie du social), et aussi le théâtre où pourront être traitées les passions humaines lorsqu'elles ne sont plus prises en charge par les grands récits religieux ou politiques. Nos sociétés sont partagées entre, d'une part, ce que Tocqueville appelait la « douceur démocratique⁴⁷ » qui ne supporte plus la violence et s'indigne sur le sort des détenus, et, de l'autre, par des peurs qui les rendent de plus répressives. Ces évolutions expliquent, parmi d'autres, l'importance prise par la justice pénale et les questions de sécurité dans le discours politique.

⁴⁶ Celle-ci a été marquée par des grandes étapes ; en 2000, le JAP devient une juridiction de premier degré appliquant les procédures juridictionnelles : instauration d'un débat contradictoire avant toute décision relative aux mesures de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement ou suspension de peine, de placement sous surveillance électronique, de libération conditionnelle ; la décision est motivée et un recours devant la cour d'appel est possible (articles 712-4 et suivants du CPP). Entre 2004 et 2009, le champ s'étend en s'appliquant aux décisions relatives à l'aménagement des peines inférieures à une année puis deux ans (article 723-15 du CPP). Le parquet adresse tous les extraits de condamnations au JAP afin que celui-ci détermine les modalités d'exécution de peines. L'article 712-6 du CPP prévoit cependant que le JAP peut avec l'accord du procureur et du condamné ou de son avocat octroyer l'une de ces mesures sans procéder à un débat contradictoire.

⁴⁷ P. Manent, *Tocqueville et la nature de la démocratie*, Paris, Fayard, 1993, p. 78.

Cette nouvelle place du pénal dans le discours politique a déplacé le *lieu d'énonciation* de la peine. On sait que la peine est un acte de communication sociale qui signifie la gravité d'un acte et le niveau de réprobation sociale qu'il suscite. Cette fonction expressive de la peine⁴⁸ était autrefois le monopole de la justice, voici qu'elle est partagée avec le discours politique.

Dans la démocratie d'opinion, cette fonction expressive de la peine s'est déplacée : son auteur n'est plus le juge mais le politique, elle n'est pas mise en scène lors d'un procès sur les faits mais lors d'un discours annonçant un durcissement des peines. L'annonce d'une loi plus dure passée dans l'urgence est censée apaiser une opinion scandalisée. On a vu dans de nombreuses démocraties contemporaines naître la figure d'un *législateur punitif*. Il répond tout de suite à un crime odieux non pas par une peine mais par une loi qui aggrave les peines ! Mais si la justice se prononce au cas par cas, les lois s'accumulent et finissent par ériger un arsenal répressif impitoyable et dont nous n'avons plus les moyens, ni financiers, ni judiciaires. Le problème était résolu auparavant par un grand taux d'ineffectivité dans l'application des sanctions, mais voici qu'aujourd'hui s'affirme ce souci d'effectivité des peines. C'est une première contradiction que le législateur demande au juge de résoudre, sans lui donner les moyens financiers permettant de rendre effective l'ensemble des peines prononcées.

En même temps que le législateur contraint le jugement du juge pénal par les peines plancher, il demande au juge de l'application des peines d'aménager les peines d'emprisonnement inférieures à deux années pour limiter le surencombrement des établissements pénitentiaires. Le juge sait pourtant que c'est sur lui que sera rejeté l'opprobre en cas de nouveau fait divers sanglant. Il fait les frais de l'écart de plus en plus intenable entre les paroles et les actes, entre ce qui est annoncé et ce qui est fait ou, plus exactement, ce qu'il est possible de faire.

Le JAP est le juge de la réalité : il se confronte à la réalité, à toutes les réalités : celle de la prison, celle des individus, celle de la justice. En venant en fin de parcours, il doit « gérer » la rencontre de la décision avec la réalité, les possibilités de rendre cette peine effective.

Décision individuelle ou régulation des flux ?

La quatrième contradiction résulte du choc entre la mission du juge et la réalité de la gestion d'une augmentation importante du nombre de personnes condamnées.

La transformation du JAP en juridiction, avec le formalisme des procédures qui s'attachent au judiciaire, débat contradictoire, décision motivée, recours, s'est réalisée à un moment où la pression pénale s'intensifiait du fait du double impératif pour les parquets de traiter toutes les affaires et de rendre effective l'exécution des décisions pénales⁴⁹. Cette augmentation des peines privatives de liberté a eu pour conséquences de confronter l'administration pénitentiaire à un surencombrement permanent de certains de ses établissements pénitentiaires⁵⁰.

⁴⁸ A. Duff, D. Garland, « Introduction : Thinking about Punishment », *A Reader on Punishment*, Oxford, OUP, 1994.

⁴⁹ La Lof a introduit comme indicateur d'activité des juridictions le taux de mise à exécution des décisions judiciaires et le délai moyen de mise à exécution, indicateurs sur lesquels sont évaluées les juridictions. La création de bureaux de l'exécution des peines qui permettent de remettre des convocations devant le JAP dès l'audience pénale ou dans les jours qui suivent a favorisé une exécution effective des décisions.

⁵⁰ Entre 2004 et 2012, le nombre de personnes détenues a augmenté de 10 %, passant de 59 000 personnes à 64 800. Au 1^{er} janvier 2012, 246 000 personnes sont prises en charge par l'administration pénitentiaire, dont 73 000 écrouées, 64 800 détenues et 173 000 en milieu ouvert.

La réforme de 2000⁵¹, qui consacre la place croissante du droit dans les établissements pénitentiaires sous l'influence de la jurisprudence administrative sur les sanctions disciplinaires, parachevée par la loi pénitentiaire de 2009⁵², a juridictionnalisé l'application des peines et transféré au juge une prérogative de la souveraineté publique sur toutes les décisions de libération conditionnelle (le président de la République gardant le droit de grâce). C'est une avancée processuelle considérable pour les droits des condamnés car des audiences judiciaires avec des avocats se tiennent désormais à l'intérieur des prisons. Malheureusement, cette avancée s'est réalisée à un moment où la population pénitentiaire avait très fortement augmenté. C'est pourquoi, dès 2004⁵³, le législateur prévoit pour la première fois la possibilité d'aménager les peines d'emprisonnement inférieures à un an, et étend en 2009 cette possibilité à toutes les peines inférieures à deux ans, pour limiter la surpopulation carcérale.

La surpopulation pénale place le juge dans une position délicate car il doit s'en tenir à examiner chaque situation individuelle conformément au droit et refuser d'entrer dans une logique administrative de gestion de flux. On ne sera donc pas surpris de voir le législateur faire marche arrière dans les dernières lois qui tentent de transférer une partie de ces compétences au procureur de la République et au SPIP. La multiplication incessante des textes est telle qu'il est désormais quasi impossible de trouver une ligne directrice dans la loi.

Le surencombrement des établissements pénitentiaires réduit à néant tout effort de modernisation et d'humanisation de la peine en générant des tensions qui finissent par obséder l'administration. L'impératif de gestion des flux prime sur tout autre et l'administration pénitentiaire actuellement n'a plus qu'un objectif : faire tourner « les lits » (comme les hôpitaux). En conséquence, les directions des établissements pénitentiaires vont faire pression auprès des juridictions pour permettre une gestion plus fluide de leurs établissements qui seule peut permettre de réduire les tensions internes. Le JAP doit rendre des décisions individuelles mais les motifs qui lui sont proposés par l'administration reposent sur des raisons de flux, c'est-à-dire de gestion de masse. D'une certaine manière, il lui est demandé de mettre en œuvre un *numerus clausus*⁵⁴ en fonction du taux d'encombrement de l'établissement de son ressort, sans que cela soit dit, une sorte de conversion automatique des peines prononcées en fonction des capacités d'accueil des établissements pénitentiaires de son ressort. Il y a une inadéquation entre la mission qui lui est assignée et l'impact voulu des décisions. Le juge doit rendre des décisions concernant des personnes, dans lesquelles interviennent souvent des considérations de gestion de flux de détenus qui devraient demeurer étrangères. Il ne faut pas le demander au juge car il y va du crédit apporté à la parole publique, la parole de justice en l'occurrence.

La résolution de cette contradiction entre la volonté de punir et les limites des capacités d'exécution des peines doit être traitée par le politique à l'instar de nombre de nos voisins européens. Il appartient aux parquets de faire le lien entre politique de poursuite des infractions et politique d'exécution des peines : c'est à ces derniers que revient la gestion des grands nombres, des flux, non au juge.

⁵¹ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

⁵² Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

⁵³ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite Loi Perben II.

⁵⁴ D. Raimbourg (dir.), *Penser la peine autrement : propositions pour mettre fin à la surpopulation carcérale*, rapport de la mission d'information sur les moyens de lutte contre la surpopulation carcérale, commission des lois de l'Assemblée nationale, janvier 2013.

Tension entre réinsertion et prévention de la dangerosité

Le JAP est confronté à la coexistence de tous les sens donnés à la peine, qui peuvent entrer en contradiction. Historiquement tourné vers la réinsertion sociale de l'auteur de l'infraction, le JAP doit aujourd'hui recueillir l'accord de la personne condamnée et responsabiliser celle-ci pour qu'elle satisfasse aux obligations de la sanction prévue. Mais il doit aussi prendre en compte le danger de récidive et s'entourer de tous les avis experts utiles. De nouvelles mesures comme le placement sous surveillance électronique peuvent faire craindre qu'une surveillance simplement technologique du condamné évacue la relation, qui sous-tend toute la fonction tutélaire du JAP. Il doit également reconnaître la place nouvelle de la victime dans les procédures.

La diversité et l'autonomisation des sens de la peine se retrouvent dans les décisions des JAP qui apparaissent beaucoup moins homogènes que celles des juges des enfants⁵⁵. Cette homogénéité des pratiques chez les juges des enfants s'explique par la finalité commune et très consensuelle, la protection de l'enfant et de l'adolescent, qui n'est pas transposable pour les JAP, ce qui explique qu'une jurisprudence commune peine à s'élaborer.

La victime s'invite de plus en plus dans l'application des peines, ce qui n'est pas sans générer des tensions supplémentaires. Peut-être parce que les juges en ont une vision trop procédurale et ne l'envisagent pas sous l'angle de la médiation pénale, comme c'est le cas dans le cadre des maisons de justice en Belgique. L'intervention remarquable de Marie José Boulay, fondatrice de l'Association parents d'enfants victimes (APEV), lors de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive, a souligné tout l'intérêt d'organiser des rencontres auteurs victimes qui restent très marginales en France (et qui peuvent être d'un grand intérêt quand auteurs et victimes sont appelés à coexister).

⁵⁵ C. Mouhanna (dir.), *La Coordination des politiques judiciaires et pénitentiaires. Une analyse des relations entre monde judiciaire et administration pénitentiaire*, Mission de recherche droit et justice, Centre d'études sociologiques sur le droit et les institutions pénales, juin 2011 ; C. Mouhanna, B. Bastard, *L'Avenir du juge des enfants. Éduquer ou punir ?*, Paris, Eres, 2010 ; C. Mouhanna, B. Bastard, « Le juge pour enfants : clé de voûte d'un système fragilisé », *Les cahiers de la justice*, 2011/3, août 2011, p. 13.

Les maisons de justice en Belgique⁵⁶

C'est une semaine après l'arrestation de Marc Dutroux en août 1996 que le ministre de la Justice a proposé la création de maisons de justice. L'objectif était d'assurer une plus grande cohérence du suivi des libérés conditionnels face à la multiplication des interventions sociales. Deux maisons de Justice ont été créées en 1997, il en existe à ce jour une par arrondissement judiciaire. Des moyens importants ont été alloués sur quinze ans.

La grande originalité de ce projet est de rassembler dans la même structure accueil des victimes, médiations pénales et services de probation. Le travail est réalisé sur mandat judiciaire, dans le cadre d'une délégation judiciaire toujours actualisée.

Les cultures professionnelles de chacun de ces services étaient très différentes. Il a fallu sortir de l'entre soi et confronter les points de vue.

La même méthode a été retenue pour tous les services, qu'ils s'adressent aux victimes ou aux auteurs : la reconnaissance de l'autre, la responsabilisation, la non-substitution à l'autre, la non-normativité. L'assistant de justice, terme retenu pour tous les intervenants, est un professionnel de la relation, doit connaître la pragmatique de la communication interpersonnelle. Il doit aussi s'insérer dans tout un réseau social pour mobiliser les différents leviers d'action, réaliser un travail de maillage de fourmi au quotidien.

S'adressant aux victimes, cela a impliqué un changement de position : expliquer qu'il ne peut pas y avoir des attentes démesurées à l'égard de la Justice, que la Justice ne permet pas un deuil, question qui relève d'une élaboration personnelle, mais proposer une information suffisante dans le cadre du respect apporté à la personne, accompagner le temps de la procédure et le jour des audiences.

Pour les auteurs, c'est une approche qui a pour objet le développement des compétences et ressources personnelles dans un environnement interactionnel et contextuel, qui doit donner à la personne la possibilité d'agir avec ses moyens personnels, l'assistant de justice n'agit pas à la place de la personne, mais l'aide apportée demeure un aspect essentiel. La finalité est la non-récidive de la personne.

La présence dans une même structure des services tournés vers les victimes et des services tournés vers les auteurs oblige chaque service à intégrer les tensions et problématiques de chacun et nouer les différents fils d'une justice plus réparatrice.

À noter – la méthode pour le changement : deux maisons de justice ont d'abord été créées, dans le même temps des équipes universitaires ont été chargées d'analyser les modalités de suivi de la libération conditionnelle, une analyse du terrain a été faite avant de prendre des décisions nationales, une méthodologie très construite d'amélioration des processus administratifs a été élaborée en lien avec l'université, les départements interdisciplinaires de science criminologique étant très actifs en Belgique.

⁵⁶ Annie Devos, directrice générale des maisons de justice en Belgique.

Tension entre office tutélaire et office libéral

Les JAP sont tiraillés entre deux cultures : la dimension tutélaire d'où il vient et la fonction arbitrale vers laquelle le destinent un certain nombre de lois récentes.

Le JAP tient principalement compte, dans ses décisions, de l'avenir de la personne. Les études faites sur la désistance⁵⁷ montrent que la sortie de la délinquance est un processus long, qui ne peut advenir du jour au lendemain et qui nécessite un accompagnement soutenu pour dépasser les épreuves qu'elle comporte inévitablement. Les JAP ont des clientèles très diverses qui vont de jeunes multi-réitérants qui ne parviennent pas à se réinsérer, à des condamnés ayant connu de longues détentions et faisant l'épreuve de la liberté.

Le JAP doit trouver ses références dans les libertés individuelles, comme le rappelait Guy Canivet. Il doit statuer au regard des principes constitutionnels qui définissent la nécessité de la peine. Ses fonctions ne peuvent s'exercer ensuite que dans le cadre d'audiences contradictoires au sein des juridictions ou des établissements pénitentiaires, ce qui a marqué un progrès important qu'il faut préserver car il fait entrer le regard public dans un établissement fermé.

Ses relations avec les SPIP sont devenues plus distantes et incertaines, alors que les exemples étrangers, qu'ils s'agissent de juridictions résolutive de problèmes⁵⁸ ou des maisons de justice en Belgique, insistent tous sur l'articulation nécessaire entre juridictions et services de probation. « La France a de bons professionnels, mais peu de méthodologie de travail », pour reprendre l'expression d'un juge de l'application des peines.

RETROUVER LA VISIBILITÉ DE LA JUSTICE ET LA LISIBILITÉ DE LA PEINE

La cohérence du procès pénal est un travail qui commence depuis le début et se continue bien après le procès.

1. DES SANCTIONS NON JURIDICTIONNELLES

Nous l'avons écrit dès l'introduction de ce chapitre : toute sanction n'est pas nécessairement juridictionnelle et notre droit connaît déjà nombre de sanctions qui ne le sont pas. Des sanctions administratives peuvent s'avérer aussi efficaces, voire plus lisibles que des procédures judiciaires, comme l'ordonnance pénale délictuelle (OPD). Le contentieux routier est passé en proportion du contentieux pénal délictuel des juridictions de 32 % à 48 % en dix ans. La sécurité routière a connu des progrès considérables ces dernières années grâce à une combinaison de toutes les politiques publiques : une sévérité accrue pour les excès de vitesse, le développement des radars, une prévention liée à une politique de communication publique, un aménagement des espaces publics, des messages adressés aux jeunes conducteurs...

⁵⁷ M. Mohamed (dir.), *Les Sorties de délinquance. Théories, méthodes, enquêtes*, Paris, La Découverte, 2012 ; collectif, *Sortir de (la) prison*, « Entre don, abandon et pardon », *Mauss*, Paris, La Découverte, 2nd semestre 2012.

⁵⁸ M. Herzog-Evans, « Programmes et méthodes de prise en charge des personnes condamnées à une peine en milieu ouvert », contribution pour la conférence de consensus sur la prévention de la récidive, 2013.

Mais l'accumulation du recours aux juridictions a transformé les sanctions judiciaires qui s'apparentent à des sanctions administratives par leur caractère systématique avec le faible niveau de contradictoire. Les premières sanctions administratives telles des retraits de permis de conduire seraient plus efficaces si elles étaient poursuivies par des procédures administratives qui éviteraient des ruptures d'intervention : ainsi n'est-il pas rare de constater qu'un permis retiré sur-le-champ de l'infraction est remis à la personne concernée au bout de trois mois, les juridictions ne pouvant pas matériellement intervenir dans ce délai malgré tous les efforts faits en raison de la masse de ce contentieux. Ne vaudrait-il pas mieux avoir une approche pragmatique et soucieuse d'une intervention lisible ?

Toutes les infractions routières, hormis les plus graves comme les homicides involontaires, pourraient recevoir un traitement administratif : la certitude d'une sanction administrative peut être plus efficace qu'une comparution devant un juge, la possibilité d'un recours devant une juridiction étant conservée.

2. UN OFFICE ACCORDÉ À UNE POLITIQUE PÉNALE LOCALE ET CONCERTÉE

Redonner une capacité de *pilotage* aux procureurs de la République

Les parquets peuvent avoir une politique qui tienne compte des particularités d'un territoire. Les procureurs de la République disposent aujourd'hui d'une véritable capacité d'action stratégique au stade de l'orientation des procédures, en raison de toutes les nouvelles dispositions de procédure pénale, ils ont la responsabilité de définir des objectifs de politique pénale. Les juridictions disposent d'un atout : elles ont des implantations qui couvrent tout le territoire. Les événements qui troublent l'ordre public ne sont pas les mêmes à Nantes, Marseille ou Aurillac, et les attentes sociales à l'égard de la justice pénale ne sont pas les mêmes.

En n'autorisant pas un pilotage de l'action publique adapté à un territoire, en limitant les capacités de choix des parquets par des objectifs seulement quantitatifs uniformes sur tout le territoire, l'État se prive des ressources locales plus efficaces et qui donneraient une meilleure perception de l'action conduite. Il faut donc donner une capacité d'action à ceux qui ont en charge la responsabilité directe de l'action publique. Les procureurs peuvent occuper cette place d'autant qu'ils sont à l'interface de tous les acteurs d'un territoire et des juges du siège.

Il faut assumer une certaine diversité des politiques pénales locales qui s'ajustent aux capacités internes des juridictions : moyens existants en personnels judiciaires, nombre de juges pouvant siéger aux audiences. Lorsqu'un tel pilotage territorial existe, il est insuffisamment identifié et reconnu.

Une priorité : la connaissance

Aujourd'hui, la connaissance à l'échelle territoriale des faits de délinquance, des auteurs et des victimes reste faible et parcellaire, même si l'informatisation récente de la chaîne pénale va permettre des progrès.

La priorité doit être donnée au développement de recherches pluridisciplinaires qui permettent une connaissance précise des faits de délinquance sur un ressort, du parcours de leurs auteurs, des victimes et de leur environnement. De nombreuses collectivités territoriales ont mis en place des enquêtes sur la préoccupation des habitants au regard de la sécurité, des universités ont développé des enquêtes de victimation, des enquêtes sur des trajectoires de délinquance. La connaissance des victimes est également nécessaire : si le nombre de plaintes pour violences familiales s'accroît sur un ressort donné, il faudra sensibiliser les acteurs concernés par ces questions.

Pendant longtemps, l'université s'est peu intéressée à l'institution judiciaire ; ce n'est plus vrai aujourd'hui, où l'on voit se multiplier des enquêtes sur la justice. Il faut croiser tous ces savoirs pour produire une connaissance « appliquée », c'est-à-dire une connaissance qui éclaire les décideurs de l'action publique et permette des choix d'action étayés par cette connaissance.

Quand il apparaît que plus de la moitié des affaires poursuivies sur un territoire donné concerne des conduites en état d'ivresse, que les auteurs sont des hommes, jeunes, issus des classes populaires, aux situations moins précaires que les auteurs des atteintes aux biens, les parquets peuvent faire des choix de poursuite pénale en conséquence et proposer des sanctions appropriées. Cette connaissance partagée avec les responsables territoriaux et les associations du ressort peut permettre de mobiliser des capacités effectives de travaux d'intérêt général et d'obligations de soins. Cette connaissance peut conduire aussi à interroger ces acteurs territoriaux sur le nombre de jeunes qui circulent sans permis de conduire ou sans assurance. Il est possible de sortir de réponses systématiques et mécanistes qui n'apportent pas de vraie réparation aux troubles causés à l'ordre public.

Les parquets pourraient, à partir de connaissances plus précises, organiser une conférence annuelle à laquelle seraient invités les acteurs locaux et expliquer leurs orientations, permettre une discussion et identifier, voire formaliser les coopérations utiles dans ce cadre. Les procureurs doivent avoir plus à cœur d'expliquer leurs choix – autrement qu'en termes procéduraux incompris par les interlocuteurs : ils parlent de choix d'orientation, de procédures, de chiffres et de délais, quand leurs interlocuteurs locaux attendent qu'on leur parle de faits, de personnes, auteurs et victimes... de sens de la peine.

3. UN TRAVAIL SUR LA PERSONNALISATION DE LA PEINE EN AMONT DE L'AUDIENCE

Une récente recherche montre que les juridictions pénales diversifient peu les sanctions prononcées faute de renseignement de personnalité suffisant sur les auteurs⁵⁹. Ce sont les juges de l'application

⁵⁹ J. Danet (dir.), *Une administration de la justice pénale. Les nouveaux modes de traitement des délits*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013 (à paraître).

des peines en bout du processus qui vont pour la première fois et donc dans des délais éloignés des faits commis rassembler les éléments de casier pour permettre l'exécution de toutes les peines prononcées à l'encontre des mêmes personnes – il arrive souvent que des jeunes multirécidivistes, soit pour des infractions routières, soit pour des vols, connaissent plusieurs condamnations – et surtout réunissent les renseignements sur la situation individuelle de la personne condamnée permettant l'exécution d'une peine appropriée.

Il est incohérent – et cette incohérence rejait sur l'office du juge pénal – de procéder à ce travail de recueil de renseignements sur la personnalité des auteurs en fin de parcours, alors qu'il est possible d'utiliser le temps entre la convocation et l'audience : le parquet au moment de la convocation notifiée pour l'audience peut saisir un service en vue de rassembler les renseignements utiles sur la personnalité de l'auteur, voire sur les possibilités de peine réalisables, en lien avec les SPIP. Ces éléments étant communiqués à toutes les parties avant l'audience, le juge pénal pourrait retrouver son cœur de métier et prononcer une peine lisible pour tous. C'est lui qui redevient le décideur de la peine et de ses modalités, l'expertise permettant ce prononcé ayant été réalisée avant l'audience et non plus après l'audience.

Ce n'est qu'à la condition d'être bien renseigné sur les faits et sur la personnalité que le juge pénal pourra redonner du sens à la peine. Les nouvelles peines instituées les vingt dernières années (peines de travail d'intérêt général, diverses modalités de réparation, décisions de médiation pénale dans le cadre d'ajournement de peines, obligations de soins, stages d'instruction) parlent plus à nos concitoyens que l'accumulation des peines d'emprisonnement avec sursis. Mais, paradoxalement, les juges n'utilisent pas ce nouvel arsenal et continuent de prononcer des peines d'emprisonnement. Il est urgent de comprendre pourquoi. En attendant, il semble plus judicieux – et plus économique aussi – d'investir dans des services d'enquête de personnalité. De tels choix permettraient en effet d'économiser des temps de greffe et de juges en évitant des multiplications chaotiques de procédures après le prononcé des peines, résultat direct de l'absence de préparation des audiences.

4. UNE COLLÉGIALITÉ DE JURIDICTION

Nous mentionnons ici pour mémoire ce qui est traité dans le chapitre 3. Retrouver une collégialité dans ce domaine est un enjeu déterminant pour les juridictions. Sans cela, beaucoup peuvent être tentés de définir une jurisprudence à la place des juges.

5. PRÉCISER LA MISSION DU JAP

Une articulation avec le cadre national

Dans la plupart des pays européens, le législateur a fait des choix très en amont sur l'exécution des courtes peines. En Allemagne, les peines inférieures à six mois ne peuvent être prononcées qu'en raison de circonstances particulières, ce qui a conduit à une diminution de la population pénale.

À défaut de choix législatifs, un cadre national définissant les grandes lignes de politiques d'exécution des peines devrait être fixé : décisions de conversion des courtes peines en travaux d'intérêt général ou autres sanctions, ce qui permet ensuite dans ce cadre national, d'élaborer des protocoles locaux qui tiennent compte des particularités locales.

Dans plusieurs juridictions, des protocoles entre procureurs, juges de l'application des peines, greffes et services de probation ont été validés par la hiérarchie judiciaire. Ils peuvent prévoir une délégation pour toute l'exécution des peines en milieu ouvert au service de probation, le juge n'intervenant qu'en recours ; ou s'accorder sur le principe d'aménagement de peines pour des affaires simples ou sur le suivi des placements sous surveillance électronique dont les alertes incidents au départ pouvant requérir l'intervention du juge plusieurs fois par jour...

Des exemples de coopération constructive

Dans une juridiction, après le choc d'un meurtre commis par un détenu sur un codétenu, le constat est fait d'un surencombrement de l'établissement pénitentiaire. Le parquet et le siège ont explicitement décidé qu'il ne pourrait plus y avoir de matelas par terre dans les cellules, inscrivant leur démarche dans l'application des normes européennes. Le parquet a été le moteur de cette action. De manière systématique et efficace, de nombreuses décisions sont prises sans débat (avis conforme du parquet), des procédures systématiques sont retenues pour éviter l'incarcération et aménager ab initio, toutes les peines inférieures à deux mois sont transformées en jours-amende... Conséquences pour la DAP : baisse de l'absentéisme des agents, baisse des incidents entre détenus, entre détenus et surveillants, baisse des demandes médicales.

Là encore, il nous apparaît nécessaire de réserver la place particulière des juges : la juridiction pénale peut élaborer une jurisprudence, la faire connaître, il appartient aux parquets et services pénitentiaires en charge de politiques publiques de signer des protocoles d'action.

Une redéfinition du rôle du JAP

Comment redéfinir l'office du JAP ? Le JAP doit-il donc statuer sur *toutes* les décisions relatives à l'exécution des peines ? Si les premières permissions de sortie des longues peines requièrent une délibération particulière, en est-il de même pour chaque permission de sortie ? Ne peut-on considérer que la première décision prise par le juge vaut autorisation pour l'avenir ? Il faut réserver le JAP aux décisions les plus graves ; limiter les décisions répétitives permettrait aux juges de retrouver le temps nécessaire à leur mission.

Responsabiliser l'administration pénitentiaire et clarifier le partage des compétences entre service de probation et juge, c'est aussi à cette condition que le JAP pourra se consacrer aux dossiers les plus complexes, étayer ses décisions par les mesures d'instruction et les avis utiles, et devenir ainsi, non pas une instance concurrente de celle qui a statué sur la peine, mais la juridiction devant laquelle seront effectivement débattus les enjeux actuels de la peine. Ce qui suppose que l'administration pénitentiaire, les parquets et les avocats soient présents à ces audiences.

L'OFFICE LIBÉRAL

L'office libéral a pour matière les libertés publiques et pour interlocuteur l'État et plus généralement le pouvoir. C'est ce qui le distingue des autres qui ont pour sujet les personnes elles-mêmes (office tutélaire), les parties (office processuel) ou le délinquant et la société (office sanctionnateur). C'est pourquoi nous avons décidé de le nommer « libéral » en référence aux libertés fondamentales⁶⁰. Il s'agit du seul office mentionné par la Constitution de 1958 dans son article 66, et pourtant c'est le plus récent, dont les contours sont encore flous. À l'instar des autres, l'office libéral est bivalent : à la fois il limite le pouvoir mais aussi l'autorise, au sens propre du terme, en conférant à certains actes attentatoires aux libertés l'autorité du juge.

GARANTIR LES LIBERTÉS FONDAMENTALES À TOUTE PERSONNE SUSPECTÉE, DÉTENUE, RETENUE OU HOSPITALISÉE CONTRE SON GRÉ

Une partie de cet office libéral pourrait être dite générale tant il traverse tous les autres, et notamment l'office processuel et l'office sanctionnateur, où le juge assure l'application de la loi en protégeant les libertés individuelles. Il doit néanmoins être traité à part parce que le législateur tend à autonomiser cet office par rapport aux autres.

UN OFFICE ÉMINENT

L'autonomisation récente du rôle protecteur des libertés

Le JLD fut initialement institué pour « doubler » le juge d'instruction en retirant à ce dernier le pouvoir de mettre en détention. Puis, ce nouveau juge a vu ses compétences s'agrandir au fil des réformes avec l'attribution du contentieux de la rétention des étrangers et, plus récemment, celui de l'hospitalisation et des soins psychiatriques sous contrainte⁶¹. Le juge doit vérifier que les soins se font dans le respect des droits du patient. Il s'agit d'un contentieux important (76 000 mesures par an) qui a dû être assuré sans aucun moyen ni culture commune entre deux mondes qui s'ignoraient jusque-là : le judiciaire et le psychiatrique. La plupart de ces décisions sont prises au tribunal, mais les auditions peuvent se dérouler dans une salle d'audience aménagée à l'hôpital⁶².

⁶⁰ Et non pas bien sûr, au sens idéologique qu'il tend à prendre aujourd'hui, ni au sens de « profession libérale ».

⁶¹ La décision du Conseil constitutionnel du 26 novembre 2010 a conduit à la loi du 5 juillet 2011 qui exige, en cas d'hospitalisation contrainte (HO ou HDT), la saisine du JLD dans un délai de douze jours faute de quoi elle est levée trois jours après.

⁶² D'après les chiffres transmis par le ministère de la Justice sur la base des enquêtes réalisées lors des trois premiers mois d'application de la réforme, 73 % des audiences ont lieu au tribunal de grande instance, visioconférences comprises (8 %) (voir S. Blisko, G. Lefrand, *Rapport d'information sur la mise en œuvre de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge*, commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, février 2012).

Ce choc de cultures semble avoir été bénéfique pour l'une et pour l'autre. L'irruption d'un tiers extérieur fait évoluer la pratique psychiatrique parce qu'il faut rendre des comptes. Les soins ne sont plus exclusivement référés à l'interne, ce qui pouvait conduire à une certaine routine, voire poussait à la chronicisation. L'hospitalisation doit être justifiée par des certificats médicaux suffisamment explicites pour convaincre un tiers non-médecin. Le juge des libertés est assujéti à la même exigence de clarté : il lui faut lui aussi respecter une certaine éthique rédactionnelle. Les deux décisions doivent ainsi s'efforcer de dire les véritables motifs et chercher à se faire comprendre sans compromettre l'avenir, ni trahir la réalité des « troubles mentaux », obligations d'autant plus délicates à satisfaire pour le juge qu'il n'a pas de compétence en psychiatrie.

Quel est l'apport de cette extension pour la culture judiciaire ? De préciser le sens de l'office libéral du juge par rapport à l'office sanctionnateur. Pour le comprendre, retraçons l'évolution du JLD. Il a été créé par la loi du 15 juin 2000 pour se sortir de la contradiction dans laquelle se trouvait un juge d'instruction à la fois acteur et arbitre. Pour faire cesser une telle ambiguïté, voire une certaine toute-puissance, le législateur a décidé de faire intervenir un regard neuf dans le dossier qui doit limiter les erreurs d'appréciation. L'objectif était moins de garantir les libertés en tant que telles, que de réduire le risque d'erreur judiciaire en demandant au JLD de porter « un double regard ». On constata la même préoccupation dans les recommandations formulées par la commission d'Outreau. Ce double regard était possible car la matière pénale est familière aux juges. Mais l'attribution au JLD de nouveaux domaines, comme son intervention dans le contentieux des étrangers ou l'hospitalisation d'office, éloigne le JLD de sa culture judiciaire : comment pourrait-il exercer un double regard sur une matière dans laquelle il n'a aucune compétence ? Il doit quitter le rôle de superviseur pour exercer une fonction tierce. Son autorité ne vient pas d'un regard plus expert mais d'un regard extérieur, vierge de tout préjugé et indemne de toute déformation professionnelle. Le juge se positionne plus clairement comme tiers, y compris à l'égard de sa propre institution.

Une *judicial review*

Cette autonomisation du JLD marque le passage d'une conception paternaliste des garanties à une conception plus « garantiste », déjà constatée à propos de la fonction tutélaire. L'office a insensiblement changé de nature : il ne consiste plus en un contrôle porté par un collègue sur la qualité du travail professionnel, mais en une évaluation au regard de principes généraux par un tiers indépendant et impartial. Cette nuance entre la vérification et le contrôle juridictionnel est rendue dans la langue anglaise par les deux verbes : *double-check* et *review*. Dans l'idée de « révision », il y a celle de réexaminer une situation mais sous un horizon plus vaste, celui du droit. L'idée de *review*, traduit en français par le terme de « contrôle », peut-être plus ambiguë, implique de revoir la réalité sous l'angle des principes et non plus sous l'angle de l'opportunité. Il est demandé au JLD d'opérer une *judicial review*, c'est-à-dire un contrôle de l'action des pouvoirs au regard des libertés fondamentales.

Pour remplir ces fonctions nouvelles, le juge « s'autorise » non seulement des arrêts du Conseil constitutionnel ou de la Cour de Strasbourg, mais plus généralement des notions auxquelles ces

institutions se réfèrent. Isabelle Rome, JLD, estime que cette fonction résulte d'un compromis entre l'article 66 de la Constitution qui institue le juge judiciaire comme garant des libertés individuelles et l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui vise le droit au respect de la vie privée, en citant une jurisprudence de la CEDH⁶³. Initialement conçu comme un juge pénal, le JLD s'est vu attribuer des compétences civiles ; en effet, la rétention des étrangers comme la protection des malades mentaux relèvent de la matière civile. Même s'il est techniquement exact, ce terme « civil » est ambigu car il renvoie dans notre tradition aux relations entre les citoyens et ne désigne pas la véritable nature de ce qui fait l'unité de la compétence du JLD. L'office libéral vise la protection des libertés de tout homme aux prises avec une institution d'enfermement qu'elle soit pénale, administrative ou psychiatrique. Le pouvoir ainsi contrôlé ne se limite donc pas à l'État mais s'étend au pouvoir psychiatrique. Le pouvoir doit être entendu dans une acception très moderne, qui se rapproche de celle que lui donnait Michel Foucault. Dans d'autres cultures, cette matière serait appelée constitutionnelle, notamment aux États-Unis, pays dans lequel il n'y a pas de procédure administrative en tant que telle et dans lequel c'est à travers les procès civils ou pénaux que sont posées les questions de constitutionnalité. La matière de cette nouvelle mission du juge, on le voit, transcende les distinctions cardinales du droit français : civil/pénal, privé/public, national/international tant elle puise sa source dans la jurisprudence de la CJUE et de la CEDH.

L'office libéral illustre le passage d'un État administratif à un État de droit par la lente émergence d'un État constitutionnel. La France est entraînée à se mettre en conformité avec des principes abstraits non pas malgré elle mais par un mouvement auquel elle participe abstraitement, et qui lui coûte cependant. Comme si elle était à la recherche d'un centre de gravité qui était toujours un petit peu en avance sur son évolution et qui bousculait sa culture.

Un office éminent

Pour saisir ce que réalise la séparation progressive, et non achevée, entre l'office de vérité et l'office libéral, il faut distinguer les différents rapports des offices à l'action. Qu'est-ce qui oppose le juge d'instruction et le JLD ? Le juge d'instruction rassemble les éléments sur les faits et la personne et décide du renvoi ou non devant une juridiction en vue d'un jugement. Dans ce sens-là, il *agit* (comme le préfet qui veut faire respecter l'ordre public ou le psychiatre qui soigne). La procédure ne lui assigne pas de finalité mais borne simplement son pouvoir ; la véritable finalité de son action est ailleurs, à savoir dans la recherche de la vérité pour renvoyer les mis en examen devant une juridiction pénale. Cela contraste avec la finalité que poursuit le JLD qui n'est pas d'atteindre un but social (l'établissement d'un fait, un contrôle de l'ordre public ou une amélioration de la santé de son patient) mais seulement de faire respecter des garanties. Il n'est pas demandé au juge d'agir à proprement parler dans le sens d'atteindre un bien social, mais de porter un jugement sur l'action d'autres acteurs institutionnels dont certains peuvent être des juges. C'est la raison pour laquelle il ne peut ordonner de mesures complémentaires. Le curseur entre les principes et l'objectif social n'est pas le même : il est plus du côté des principes pour l'un et plus du côté de la réalité sociale pour l'autre.

⁶³ I. Rome, « Le juge de la liberté et de la détention. Une fonction à parfaire à l'aune des grands principes constitutionnels », *Les Cahiers de la justice*, 2012/4, décembre 2012, p. 115 ; citant *MS c. Suède*, n° 20837/92, § 24, CEDH 1997-IV (27 août 1997).

C'est le sens de l'adjectif « fondamental » eu égard à certaines libertés ainsi qualifiées : cette qualité confère à certains principes une priorité sur des objectifs d'action. Quelle que soit sa nécessité sociale, l'application de la règle formelle doit primer sur le bien substantiel. C'est dans ce sens-là que cet office peut être qualifié d'*éminent*. L'office libéral introduit en effet une distinction à l'intérieur de l'acte de juger en se posant comme un office du deuxième degré, une *justice dans le travail ordinaire de la justice*. Les contradictions pouvant naître entre l'office libéral et l'office sanctionnateur ont été dramatiquement révélées par l'affaire Bonnal dit « le Chinois », qui a secoué l'opinion française il y a quelques années. Une personne mise en examen pour meurtre fut remise en liberté par la chambre d'accusation au nom de la présomption d'innocence estimant que l'on ne pouvait maintenir plus longtemps en détention un individu qui attendait depuis plus d'un an une expertise médicale assez banale. Les charges étaient si minces qu'il fut acquitté pour ce dossier-là. Cet individu commit six meurtres immédiatement après sa sortie de détention (dont ceux de deux policiers). Jean-Claude Bonnal était peut-être très dangereux, cependant il n'était pas demandé aux juges d'appel de se situer sur le plan social mais sur le plan des libertés fondamentales. L'opinion publique avait très vivement réagi à ce fait divers. Il lui est difficile de comprendre l'articulation entre les libertés et les nécessités de la sécurité. Elle a besoin d'une éducation permanente pour comprendre que leur respect garantit non seulement nos libertés mais aussi notre sûreté à long terme contre l'arbitraire. Tel est le prix que la société démocratique doit payer pour ses libertés fondamentales. Le choix en faveur des fictions juridiques au détriment de la réalité empirique immédiate est d'ailleurs un thème souvent développé par des séries télévisées américaines comme *Law & Order* (diffusée en France sous le nom de *New York Police Judiciaire*⁶⁴).

CONSOLIDER CET OFFICE

Un office inabouti

La création du JLD ne s'est pas accompagnée d'une réflexion professionnelle pourtant nécessaire sur la place de cette nouvelle fonction dans une juridiction. Initialement, la fonction de juge délégué était exercée par des vice-présidents, occupant donc une place relativement élevée dans la hiérarchie. Cet office éminent, qui prévaut sur l'office d'autres juges de la même juridiction, doit bénéficier d'une certaine autorité qui n'est pas si facile à obtenir.

Il faut pouvoir s'imposer face à des juges d'instruction chevronnés, qui appartiennent à la même juridiction, il faut savoir éviter des relations trop amicales, garder la possibilité de contredire son collègue, résister à de multiples pressions. À la différence de la cour d'appel qui est « ailleurs », le JLD exerce dans les mêmes locaux que les juges d'instruction, ce qui requiert une conduite appropriée (cela pourrait militer en faveur d'un regroupement de ces fonctions au sein d'une juridiction spécialisée dont le ressort pourrait couvrir plusieurs petites juridictions).

Force est de constater que ces questions de pratique professionnelle, pourtant déterminantes, sont *laissées à l'organisation personnelle de chaque juge*.

⁶⁴ B. Villez, *Law and Order*, Paris, PUF, coll. « Hors collection » (à paraître).

Le problème de l'effectivité de la garantie

Le JLD est sous pression du fait du rôle central qu'il joue, dans le processus pénal notamment, sans avoir toujours les moyens d'exercer pleinement son rôle. Ce dernier peut apparaître en matière de procédure pénale relativement formel. La plus-value sur la régularité des procédures existe certes, mais reste symbolique puisque le juge ne dispose pas de l'intégralité de la procédure. En ce qui concerne l'enquête préliminaire, c'est-à-dire pour l'autorisation des écoutes et des perquisitions, la marge de manœuvre réelle du JLD est de fait très réduite car il est très dépendant des informations qui lui seront soumises. Il doit savoir exiger des rapports de police suffisamment concrets et argumentés. Souvent, le plein office libéral est entravé par le volume d'affaires qui peut être énorme. Sur quelles bases le JLD pourra-t-il s'opposer à une mesure sollicitée par les services de police ? *De facto*, il est très difficile de refuser une mesure sauf à examiner son opportunité, ce qui empiéterait sur les prérogatives du parquet.

Dans la pratique, les autorisations d'écoute sont signées en trente secondes, le JLD ayant parfois l'impression de remplir une formalité. Les décisions seront un peu plus motivées en fait pour les perquisitions, et le JLD pourra exiger les pièces nécessaires pour opérer un réel contrôle. Ce défaut d'information de la part du parquet place le JLD dans une position déséquilibrée face à la défense qui détient les éléments. Pour les perquisitions fiscales (visites domiciliaires), qui concernent de grosses affaires financières, les services d'enquêtes fiscales préparent les requêtes et les ordonnances, ce qui peut paraître à tort du « prêt-à-signer » car le juge dispose de plus de renseignements.

En revanche, en cours d'instruction, le contrôle du JLD est plus effectif. Le parquet doit en effet motiver le placement en détention provisoire et doit exposer les pièces à l'appui. Même s'il ne s'agit pas d'un débat au fond, le JLD doit déterminer s'il existe des charges suffisantes. L'effectivité du contrôle se vérifie par le taux de décisions d'infirmer la demande du juge d'instruction qui n'est pas négligeable.

L'office libéral est, on le voit, toujours en transition : il risque de n'être qu'une fonction de « presse-bouton » ou un tampon « bon pour écrou » sans réel pouvoir de décision, surtout en matière de stupéfiants pour les écoutes et les super-prolongations de garde à vue. La garantie risque d'être minimale, le JLD restant très lié par la décision du premier juge et n'ayant pas de pouvoir effectif.

Un certain flou sur les contours

La fonction de protection des libertés publiques souffre également de ne pas trouver une juste représentation de son importance ni par la doctrine, ni par le corps, ni parmi la société. Les fonctions de JLD demeurent largement déconsidérées au sein d'une juridiction car non techniques. C'est pourquoi il nous apparaît essentiel de valoriser cette fonction, de lui accorder la reconnaissance qui lui revient aussi bien d'un point de vue symbolique, statutaire, personnel et institutionnel. Cette fonction ne sera bien exercée que si les juges y trouvent un intérêt professionnel et statutaire, et une reconnaissance symbolique.

Ce nouvel office doit être valorisé, tout d'abord, comme essentiel au bon fonctionnement d'un État de droit. Il est totalement autonome par rapport à l'audience contentieuse classique, c'est pourquoi nous recommandons de dessiner des salles d'audience appropriées qui montrent la spécificité de cette mission.

Il est très important de confier ces dossiers à des juges dont ce sera l'essentiel de la fonction et non à un « tour de bête » en suivant un tableau de permanence. L'intérêt n'apparaît que par le nombre : seul un juge dont c'est la fonction reconnue pourra s'y investir et connaître tout le droit applicable, qui peut être très technique. Cette fonction a de plus un caractère très spécifique dans les grandes juridictions confrontées à une délinquance organisée et à une délinquance économique et financière : là encore, un partage d'expérience pour construire des jurisprudences et des pratiques professionnelles communes renforcerait certainement le respect dû à ces fonctions et permettrait au juge de s'affirmer dans un contexte de fortes pressions professionnelles, voir médiatiques.

Le JLD devrait également avoir en charge la visite des établissements de rétention, des unités de soins psychiatriques et des prisons. Ces visites sont prévues par les textes mais ne sont pas effectuées aujourd'hui (faute de temps, mais aussi faute de savoir se situer). La spécialisation permettrait de mettre une distance là où il était demandé au juge de contrôler des interlocuteurs quotidiens.

L'office libéral est nouveau et souffre peut-être plus que les autres de ne pas être soutenu par des représentations collectives fortes. Pour lui comme pour les autres, les conceptions divergent d'un juge à l'autre. Certains JLD ont une conscience claire de leur rôle de protecteur de libertés, alors que d'autres ressentent une certaine solidarité avec les policiers – car ce sont d'anciens juges d'instruction, par exemple – ou estiment plus généralement qu'ils doivent protéger l'institution. D'où l'importance que ces fonctions de protection des libertés soient portées collectivement par des rencontres internes.

Le périmètre d'intervention du juge est d'abord dans sa tête. Il faut créer un imaginaire du juge, des références communes qui le rassurent et lui permettent de bien se sentir dans son rôle. On ne peut être juge tout seul mais seulement si l'on est soutenu par des attentes sociales et que cette fonction est signifiée par des rituels sociaux. Le juge se vit lui-même de la manière dont il est vécu. Le rôle du barreau est ici aussi irremplaçable car c'est à l'avocat qu'il revient de proposer des argumentations. Or, force est de constater la faiblesse dans notre pays de la culture juridique aussi bien interne qu'externe en matière de libertés. L'affirmation de cette nouvelle mission du juge est bien sûr à lier au tournant de la culture constitutionnelle en France du fait de la QPC.

Et demain ?

L'office libéral s'est donc affirmé au cours de ces dernières années en France et continuera très probablement – du moins peut-on l'espérer – à se développer. Dans quelles directions ? On peut tout d'abord imaginer un « *habeas corpus* numérique⁶⁵ ». En effet, les menaces à la liberté individuelle ne proviennent plus uniquement de l'État. L'évolution de ces fonctions l'atteste déjà en étendant le contrôle du juge au pouvoir psychiatrique. Mais aujourd'hui, les atteintes se font plus insidieuses et peuvent venir d'instruments en apparence anodins, à commencer bien sûr par l'Internet. Le sujet

⁶⁵ Selon les vœux de Mme Christiane Taubira.

peut être un jour victime des traces inconsidérément laissées dans une mémoire qui n'oublie rien. Ses données peuvent circuler, voire se vendre sans qu'il en ait connaissance. C'est l'immense question des données individuelles. La Commission nationale de l'informatique et des libertés est déjà engagée depuis la loi de 1978 dans une protection très efficace qui doit être relayée le cas échéant par un juge spécialisé dans ce domaine. Pourquoi ne pas imaginer un recours devant le JLD pour faire disparaître un fichier illégalement constitué ? Profiter de ce juge pour offrir un recours efficace et réel pour les noms figurant dans le fameux Système de traitement des infractions constatées (STIC) tenu par les services de police qui garde des noms des victimes ou de personnes innocentées par la justice ?

Pourquoi ne pas imaginer de confier au juge des libertés la partie du contentieux du référé qui concerne le droit à l'image ? Voire de le rapprocher du juge des référés lorsque sont en jeu des contentieux relatifs aux droits de la personnalité ? L'image télévisuelle ou plus généralement sur écran génère une violence spécifique à l'égard des personnes ; on sait également qu'elle est immédiate et instantanée : pourquoi ne pas rendre compétent ce juge de l'urgence pour les urgences des libertés ? Des nouvelles libertés qui se profilent dans une démocratie d'opinion, où la prégnance des images est telle ?

Les transformations de nos sociétés lancent enfin des défis nouveaux aux libertés individuelles. On songe notamment au vieillissement de la population qui pose la question des maisons de retraite (problème auquel le juge des tutelles est déjà très souvent confronté) et d'un éventuel recours des pensionnaires.

Il est enfin proposé de regrouper le contentieux actuel du JLD, la visite des établissements et plus généralement tous les pouvoirs du président en matière de libertés civiles pour créer une fonction attractive de juge des libertés.

L'APPEL, SANCTION DE L'OFFICE DU JUGE

Une réflexion sur l'office du juge serait incomplète si elle n'abordait pas la question de l'appel. Notre groupe de travail n'a pas eu les moyens de se pencher sur la réalité de l'appel et ne pourra donc se livrer à un travail comparable à celui concernant les autres offices. Néanmoins, il nous a semblé que notre approche permet de repenser l'appel civil. D'où le présent chapitre qui, à partir des fondements de l'appel et de sa justification, propose d'abandonner l'approche actuelle de l'appel civil comme voie d'achèvement pour s'orienter vers un appel sanction de l'office du juge.

De l'appel pénal, il ne sera pas beaucoup question puisqu'il s'agit, en tant qu'appel général à effet dévolutif absolu, d'une garantie fondamentale depuis longtemps offerte⁶⁶. L'appel civil pose en revanche plus de difficultés. Il a connu en effet depuis ces trente dernières années une évolution considérable qui en a modifié le sens. C'est pourquoi il faut revenir non seulement sur cette histoire récente mais plus loin encore sur les racines de l'institution de l'appel pour bien saisir la tension entre une conception équilibrée de l'appel, à la fois protection des droits individuels et satisfaction de l'intérêt général d'une part, et, d'autre part, une conception plus récente mais qui déséquilibre à nos yeux tout l'édifice procédural, celle de l'effet dévolutif absolu de la cause en appel, consacrant un paradoxe procédural : l'appel comme voie d'achèvement. Ces questions sont soulevées depuis longtemps : « L'engorgement des cours incite à poser une nouvelle fois la question de l'effet dévolutif de l'appel et de l'économie de cette voie de recours : réformation ou voie d'achèvement du litige⁶⁷. » Pour sortir des impasses actuelles d'une instance d'appel à la fois engorgée et opérant une sorte de fuite en avant, nous proposerons une nouvelle définition de l'appel qui cherche dans l'histoire des issues aux blocages actuels de l'appel.

L'APPEL CIVIL DOIT FORMER UN POINT D'ÉQUILIBRE ENTRE PROTECTION DES DROITS INDIVIDUELS ET SATISFACTION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

Depuis son introduction dans l'ordonnement juridictionnel au milieu du XIII^e siècle, l'appel est une voie de réformation ou d'annulation des sentences d'un premier juge. C'est une voie hiérarchique

⁶⁶ J.-L. Thireau, « L'appel dans l'ancien droit pénal français », *Les Voies de recours judiciaires, instruments de liberté*, Paris, PUF, 1995, p. 13-30. L'ancien droit avait conduit à l'élaboration d'un « appel de droit » en matière criminelle.

⁶⁷ J.-M. Coulon (dir.), M.-N. Teiller, E. Serrand, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, rapport au ministre de la Justice, Paris, La Documentation française, 1997, p. 80 et suiv.

reprise du droit romain impérial⁶⁸, que les juridictions ecclésiastiques ont développée et enrichie⁶⁹. L'outil est remarquable car il réalise une double opération antinomique : intégrer en structurant le désaccord. En effet, d'une part, il instaure et maintient une organisation judiciaire hiérarchique qui réduit la diversité des affaires en les faisant remonter jusqu'à sa source, à savoir le souverain politique ; de l'autre, l'appel fidélise le justiciable à ce même pouvoir politique en autorisant la remise en cause du premier jugement devant un autre juge, plus proche de la source fondamentale de justice. L'appel nous conduit donc au cœur de la dissociation du pouvoir en Occident, intégrateur tout en se centrant sur une source de légitimité judiciaire externe (on garde en mémoire Saint Louis jugeant les causes sous son chêne). L'appel se trouve donc au confluent du droit politique et du droit civil, à l'endroit même où la consolidation d'un ordre hiérarchique se nourrit d'une garantie plus sûre des droits civils. Le succès de l'appel auprès des justiciables depuis le XIII^e siècle montre l'effectivité de cette garantie qui se traduit par une augmentation constante des recours et la multiplication des juridictions d'appel sous l'Ancien Régime.

L'appel semblait avoir atteint un point d'équilibre entre la protection des droits individuels et la satisfaction de l'intérêt général dans un ordre étatique – c'est-à-dire dans un État de droit. Mais la massification du contentieux et l'élaboration rapide de véritables stratégies d'appel⁷⁰ ont entraîné deux effets délétères pour l'institution judiciaire. L'exercice du droit d'appel de façon systématique finit par déconsidérer la première instance dont les jugements, toujours réformables, perdent leur autorité dans l'esprit des justiciables. Mais la systématisation de l'appel entraîne également, de manière paradoxale, une déconsidération des cours d'appel elles-mêmes qui se banalisent à force de se prononcer sur toutes les affaires. En somme, ce « droit à l'appel », conçu comme un élément essentiel du *procès équitable* risque de faire de la cour d'appel non plus une débitrice de Justice, mais l'obligée des justiciables. L'équilibre structurel de l'appel civil, entre la protection des droits individuels et la satisfaction de l'intérêt général dans un État de droit, est désormais rompu, puisqu'il n'appartient plus qu'à la seule sphère des droits individuels, à en juger par la force conférée à son effet dévolutif.

L'évolution de l'effet dévolutif de l'appel en matière civile a conduit à concevoir l'appel comme un droit fondamental du procès : le justiciable aurait le droit à ce que sa cause soit entièrement rejugée en appel. Notre époque, qui ne remet pas en cause la puissance de l'État ni la légitimité de sa construction, a oublié la primordiale fonction de l'appel : ce point d'équilibre entre la garantie des justiciables et un ordonnancement juridique stable et hiérarchisé.

D'une mise en cause personnelle du juge à l'appel de la sentence

Pour les premières définitions médiévales de l'*appellatio*, qui glosaient le droit romain impérial, l'appel est la demande d'annulation de la sentence d'un juge inférieur auprès du juge supérieur, sur le fondement de l'injustice (*iniquitas*) de la décision⁷¹. Cette forme d'appel, qui garantissait le

⁶⁸ J. Gaudemet, *Les Institutions de l'Antiquité*, Paris, Montchrestien, 1998, 5^e éd., p. 376-377 : « La véritable voie de recours que constitue l'appel n'apparaît, assez modestement, que sous l'empire [...] ».

⁶⁹ J. Guyader, « L'appel en droit canonique médiéval », in J.-L. Thireau (dir.), *Les Voies de recours judiciaires, instruments de liberté*, op. cit., p. 31-51.

⁷⁰ J.-C. Vindreau, « Le justiciable face aux stratégies d'appel », in J.-L. Thireau (dir.), *Les Voies de recours judiciaires, instruments de liberté*, op. cit., p. 77-85.

⁷¹ « *Appellatio est [...] a minore iudice per invocationem majoris iudicis : praetextu iniquitatis prime late sententiae scissio* », *Juris vocabularium*, Venise, 1485.

recours devant le juge supérieur (*major*) des décisions rendues par des juges qui ont mal exercé leur office (*in concreto*), avait la vertu d'offrir une diversion institutionnelle au plaideur mécontent et pouvait interdire qu'après la sentence rendue (qui a donc *autorité*), le juge en sa personne soit pris à partie⁷².

Jusqu'à la renaissance du droit romain au XII^e siècle, l'appel est *d'origine féodale*, c'est-à-dire qu'il est fondé sur la mise en cause personnelle du juge. Avec la renaissance du droit romain, les juristes découvrent l'*appellatio*, qui vise non plus la personne du juge, mais sa sentence. Ce système ne sera pas repris sans discernement du droit romain, mais sera adapté aux institutions déjà en vigueur : « Dès lors il y avait deux systèmes de procédure en présence pour l'appel des décisions de juridictions inférieures : la procédure d'*appel* par les gages de bataille, d'origine féodale, et la procédure d'*appellatio* inspirée des droits savants, romain et canonique⁷³. » C'est ainsi que, dès le XIV^e siècle, un rapport d'équivalence est pensé entre l'appel et la récusation des juges : l'appel ne portant que sur la sentence, la récusation portant sur sa personne, de sorte qu'après la sentence, la seule voie de recours conçue comme possible était désormais l'appel.

La voie de cette distinction avait été ouverte par les juristes de l'Église, des canonistes tels Hostiensis ou Guillaume Durand. Aussi, c'est la pensée canoniste qui a défini les contours de l'effet dévolutif selon les circonstances⁷⁴ : 1. Réformer sur le fond une première sentence considérée comme injuste par celui qui la subit ; 2. Corriger les impérities du premier juge qui auraient pu conduire à une sentence considérée comme injuste ; 3. Faire à nouveau juger la cause en cas d'apparition d'une preuve nouvelle. Cette *trifonctionnalité* de l'appel devait conduire à concevoir la dévolution comme relative à la cause premièrement jugée, et donc relativement au motif générateur de l'injustice subie – ou prétendument subie. L'appel était donc limité, dans sa dévolution, au motif du premier juge ayant conduit à l'injustice, ou aux conséquences, dans le jugement, de l'impérite du juge. En cas de survenance d'une preuve, l'effet dévolutif était aussi limité, bien qu'élargi à l'appréciation de la preuve nouvelle : cette preuve remettait-elle ou non en cause la première décision ? Telle était la question posée.

L'enjeu de la différenciation des procédures d'*appel* et d'*appellatio* au Moyen Âge – la volonté déléguée du pouvoir royal de développer l'*appellatio* romano-canonique – résidait précisément dans la « prestation des preuves » différente entre les deux systèmes : « l'un fondé sur la preuve irrationnelle par bataille [c'est-à-dire duel provoquant le juge] et l'autre reposant sur les modes rationnels essentiellement à partir du témoignage, base de l'enquête⁷⁵ ». Ainsi l'appel tel que nous le connaissons aujourd'hui est l'héritier direct de l'*appellatio* romano-canonique permettant de fonder la construction d'un État de droit sur la recherche d'une meilleure garantie de justice pour les justiciables à travers la preuve rationnelle et l'enquête.

⁷² Guillaume de Cunh (1314-1317), *Lectura super codice*, 1513, fo. 30 v° : « [...] quando ego recuso iudicem volo improbare eius personam propter suspicionem [...]. Sed quando appellatur a iudice, non appellatur propter eius personam, sed propter eius dicta et sic cum non approbavi cognitionem suam sed solum personam, ideo potero ab eius sententiam appellare ». « Quand je récus le juge, je veux rejeter sa personne en vertu de la suspicion. Mais quand j'appelle du juge, l'appel ne se fait pas contre sa personne, mais contre ses décisions, de sorte que si je désapprouve non son jugement mais seulement sa personne, alors je dois [je ne peux que] appeler de sa sentence. »

⁷³ J. Hilaire, *La Construction de l'État de droit dans les archives judiciaires de la cour de France au XIII^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. « L'esprit du droit », 2011, p. 40.

⁷⁴ Voir R. Naz (dir.), *Dictionnaire de droit canonique*, Paris, Letouzey & Ané, 1990, v° « Appel ».

⁷⁵ J. Hilaire, *La Construction de l'État de droit...*, *op. cit.*, p. 41.

L'appel ainsi constitué consolidait l'autorité du juge (*in abstracto*) dans une organisation judiciaire hiérarchisée. Avant la sentence, un juge qui trahissait son office pouvait être récusé, mais une fois la décision rendue, seule restait la voie de l'appel. Ce principe est d'ailleurs toujours en vigueur puisque l'on continue à interdire la récusation du juge pour des motifs de partialité après la sentence : on ne peut que faire appel de cette sentence⁷⁶.

LE DÉSÉQUILIBRE INTRODUIT PAR LA DÉVOLUTION ABSOLUE DE L'APPEL

L'appel vise ce point d'équilibre où coïncident les intérêts des particuliers et l'intérêt général. Cet équilibre a été rompu au profit de la seule protection des droits individuels depuis l'avènement du nouveau code de procédure civile, concomitamment au développement des droits fondamentaux dès après la Seconde Guerre mondiale. Peut-être parce que s'installe l'idée que l'État en France n'est plus « en construction » : il semble consolidé et stable, et n'a plus besoin de l'instrument de l'appel pour se constituer⁷⁷ les instruments de son maintien. Ayant dépassé ce stade, l'État doit seulement, pense-t-on, offrir à ses sujets les moyens, par la Loi, de la satisfaction de leurs droits subjectifs.

Cet ordre est aujourd'hui renversé. La globalisation des sources du droit, des procédures et des contentieux⁷⁸ opère en effet un renversement complet de l'ordonnement juridique français, dans lequel le mythe de la toute-puissance de la Loi ne tient plus. La justice reprend le dessus, dans un monde juridique dans lequel la globalisation renverse l'unité territoriale du droit, au profit d'un espace transnational sur lequel s'agencent et se télescopent des droits personnels. Dans cet espace globalisé non unitaire, qui voit apparaître un nouveau *ius gentium*, la Justice reprend le dessus sur la Loi et le juge occupe une place majeure. Dans ces conditions politiques et juridiques particulières, l'appel doit demeurer plus que jamais ce point d'équilibre entre la protection des droits individuels et la satisfaction de l'intérêt général.

⁷⁶ Voir B. Bernabé, « Récusation – Abstention », *JCP Procédure*, fasc. 685.

⁷⁷ Le mot est choisi.

⁷⁸ Voir colloque organisé par le TGI de Paris : « Le juge à l'écoute du monde. Un nouvel office pour le juge au XXI^e siècle », 21 mars 2013 (actes à paraître dans *Les Cahiers de la justice*).

Territorialité du droit, personnalité du droit⁷⁹ et *jus gentium*

La territorialité du droit se caractérise par une unité d'application du droit sur un territoire et suppose la constitution d'un État déjà construit et organisé ; un territoire, stable ou en expansion, ordonné en un maillage juridictionnel rationalisé ; une administration centralisée. Quiconque pénètre sur ce territoire en devient un justiciable. Au contraire, la personnalité du droit (on dit aussi la personnalité des lois, pour ne pas la confondre avec la personnalité juridique) se dit d'un droit « que l'on porte avec soi ». Tel était le cas du système romain, avant 212, ou du système franc, entre le VI^e et le X^e siècle. Dans un espace transnational non unitaire – « post westphalien » –, on observe une forme renouvelée de personnalité du droit, combinée à une base de droits nationaux territorialisés.

Les Romains, avant 212, avaient réussi la synthèse juridique des problèmes posés par la personnalité du droit (on ne pouvait pas appliquer à un étranger le droit civil) en développant, dans les transactions entre Romains et pérégrins, ce qu'ils appelaient le *jus gentium* (« droit du genre humain »). Ce *jus gentium* était composé de principes généraux (équité, bonne foi) dégagés et scrutés par le préteur (*magistrat*) et le juge – puisque à l'époque classique, le préteur et le juge ne sont pas une seule et même personne. Le *jus gentium* est un droit qui rassemble des individus véhiculant leur propre droit personnel sous l'autorité de principes compris de tous.

Depuis le Moyen Âge, jusqu'au nouveau code de procédure civile, le droit d'appel était limité, dans son effet dévolutif, au cadre juridique imposé par la première instance, en vertu du principe de l'*immutabilité du litige*. L'effet dévolutif était relatif en se limitant aux mêmes termes que la cause soumise à la première instance : voici qu'il va devenir absolu en permettant d'intégrer des faits nouveaux en cause d'appel⁸⁰.

Le principe de l'immutabilité du litige avait déjà été assoupli à la fin du XIX^e siècle par la jurisprudence. Le code de procédure civile de 1806 (article 464) ne comportait pas expressément à l'origine l'autorisation de présenter de nouveaux moyens en appel. Mais la Cour de cassation a admis la présentation de *moyens nouveaux* qu'autant que ceux-ci émanaient du défendeur (en première instance) : « Le principe des deux degrés de juridiction, établi pour les demandes, n'est pas applicable aux moyens de défense, et, par suite, il appartient au défendeur, en vue d'écarter l'action principale, d'invoquer, pour la première fois en appel, une qualité dont il ne s'était pas prévalu en première instance⁸¹. » Les *moyens d'appel* étaient en réalité des *moyens de défense*. C'est en ce sens seulement que les *moyens nouveaux* étaient admis en appel, les nouveaux arguments à l'appui de la demande étant, eux, rejetés. L'idée développée par les juges de 1884 était qu'aucun argument nouveau, aucune demande nouvelle ne devait venir à l'appui de la *demande principale* (présentée en première instance).

⁷⁹ Pour un bref et précis rappel de la question, voir J.-M. Carbasse, *Histoire du droit*, Paris, PUF, 2010, coll. « Que sais-je ? », p. 35 et suiv.

⁸⁰ Encore faut-il distinguer l'évolution du litige et l'évolution de la demande ; voir J. Miguet, *Immutabilité et évolution du litige*, Paris, LGDJ, 1976.

⁸¹ Cass. 30 juin 1884, Sirey 86.1.174, Dalloz 85.1.302 et Cass. 30 avril 1897, Sirey 97.1.344, Dalloz 97.1.515.

Le principe de l'immutabilité du litige, qui limite considérablement non pas l'accès au juge mais la recevabilité de l'appel⁸², a été remis en cause par le nouveau code de procédure civile⁸³ qui décida d'accueillir *tous* les éléments d'évolution du litige. Si bien qu'aujourd'hui l'admission de *moyens nouveaux* n'est plus limitée aux seuls moyens de défense mais peut être définie comme « l'énonciation d'un fait, d'un acte ou d'un texte, d'où, par un raisonnement juridique, on prétend déduire le bien-fondé d'une demande ou d'une défense⁸⁴ ». De sorte que, désormais, « entre une prétention et un moyen nouveau, il n'y a souvent que des différences assez ténues⁸⁵ ». Ainsi, sous certaines conditions, des *prétentions* nouvelles peuvent être soumises aux juges d'appel – et sur ce point, la jurisprudence est venue préciser la notion de *prétention nouvelle*, par rapport à la notion de *demande*⁸⁶. Tandis que l'article 563 admet la présentation en appel de *moyens nouveaux* à l'appui de prétentions initiales, doctrine et jurisprudence ont précisé qu'à côté des *pièces et preuves nouvelles*, elles aussi admises en appel, les moyens nouveaux sont des *arguments juridiques nouveaux*⁸⁷. Contrairement aux *pièces et preuves nouvelles* venant à l'appui d'une prétention initiale fondée sur des arguments juridiques déjà annoncés en première instance, l'accueil de moyens nouveaux dénature l'effet dévolutif, le juge d'appel n'étant plus strictement placé dans la position du juge de première instance.

L'appel, depuis l'avènement du nouveau code de procédure civile, entend tenir compte de l'évolution du litige en accueillant des *moyens nouveaux*, des *pièces nouvelles*, des *preuves nouvelles*. Et si ces éléments nouveaux ne peuvent pas former une *prétention nouvelle*, « il suffit, pour être recevable, que la prétention tende aux mêmes fins⁸⁸ ». Or, la jurisprudence de la Cour de cassation est venue tracer assez largement les contours de ces « mêmes fins⁸⁹ ». L'appel, tenant ainsi compte de l'évolution du litige dans une dévolution absolue de la cause, n'est plus, au sens strict, un appel, mais est devenu une *voie d'achèvement*.

Le paradoxe de l'appel comme voie d'achèvement : de l'appel de la sentence au rejugement de l'affaire

La pratique aujourd'hui exercée de l'appel – tant par le justiciable que par le juge – a bouleversé la répartition du travail entre les juges des différents niveaux. Cette nouvelle compréhension de l'effet dévolutif absolu conduit le juge d'appel à rejurer l'ensemble de la cause, mais d'une cause qui n'est plus tout à fait la même qu'en première instance ; tout, et pas seulement les éléments de la cause qui peuvent être contestés. En considérant l'appel comme une voie d'achèvement du litige, on ne se contente pas de « tout rejurer », mais on rejuge aussi « pour le tout », en tenant compte de l'évolution du litige. De sorte que le juge d'appel n'est plus placé dans les mêmes conditions de jugement que le premier juge. On pourrait ici se réjouir de constater que ce rejugement de l'affaire a pour conséquence l'abolition de la hiérarchie judiciaire : en pratique, les juges d'appel jugent *entiè-*

⁸² Voir L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, Thémis, 2010, p. 697 et suiv.

⁸³ Voir J. Miguet, *Immutabilité et évolution du litige*, *op. cit.*

⁸⁴ J. Voulet, « Le défaut de réponse à conclusions », *JCP* 1965.I.1912, cité par S. Guinchard, C. Chanais, F. Ferrand, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2010, p. 863, n° 1254.

⁸⁵ S. Guinchard, C. Chanais, F. Ferrand, *Procédure civile*, *op. cit.*

⁸⁶ Voir par exemple J. Héron, Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 2010, p. 609, n° 735 et suiv.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ J. Foyer, G. Cornu, *Procédure civile*, Paris, PUF, Thémis, 1996, p. 611.

⁸⁹ Depuis Civ. 1^{re}, 3 octobre 1984, *Bull. civ. I*, 247, *JCP* 1985.II.20475, note J. Prévault ; *Gaz. Pal.* 1985, Pan. 18, obs. S. Guinchard. Puis, plus récemment : Civ. 2^e, 10 mars 2004, *Bull. civ. II*, 99.

rement une autre affaire – une affaire quasiment identique, mais dont certains termes ont été modifiés, ce qui en fait une affaire, au fond, différente. Ainsi placés dans des conditions différentes que les juges de première instance, les juges d’appel statuent en réalité non pas en « appel », mais en première instance. On est alors passé de l’idée de dévolution à celle de second tour judiciaire⁹⁰. L’appel ne consiste plus en un examen réduit à la vérification de la décision des premiers juges mais en un second procès dans le procès⁹¹ – ce qui pose en définitive le problème de l’accès à un véritable juge d’appel, sur des questions de fait et de droit identiques à la première instance : « [Cette] conception de la voie d’appel porte [...] atteinte au double degré de juridiction dès lors que ce qui sera soumis pour la première fois à la cour d’appel n’aura pas fait l’objet d’un double examen⁹² ». En toute logique, si l’on veut respecter le droit au double degré de juridiction – et ce même si l’on en a, depuis longtemps, une conception souple⁹³ –, il faudrait instaurer un « appel de l’appel ». Il s’agit là en réalité d’un « appel impossible » puisque sans cesse soumis à l’évolution du litige.

Par ailleurs, au-delà de cette question de l’accès à un véritable juge d’appel, le système de la « voie d’achèvement » pose un nouveau problème : celui de la concurrence des « deux tours ». Il faut admettre que cette concurrence de fait qui est alors instaurée entre les juges de première instance et les juges d’appel est déloyale, les seconds étant toujours mis en situation de l’emporter sur les premiers. Et ce bien que dans l’absolu, l’appel comme voie d’achèvement présente certaines qualités en obligeant le juge d’appel à statuer sur les moyens nouveaux qui auraient pu être rejetés en première instance sous l’impulsion de la jurisprudence *Cesareo* du 7 juillet 2006⁹⁴.

Le rapport *Magendie II* a largement insisté sur cette notion d’appel comme voie d’achèvement, de même que la doctrine qui s’est développée depuis. Les avantages invoqués sont les suivants : « La voie d’achèvement assure en effet le respect d’un délai raisonnable dans le prononcé d’une décision définitive sur le fond ; elle épargne au justiciable de retourner en première instance pour saisir le juge de prétentions accessoires ou complémentaires. En outre, elle contribue à l’amélioration de la qualité de la décision, puisque le juge d’appel dispose d’une vision globale du litige, qui englobe toutes les évolutions factuelles et juridiques depuis la première instance, ainsi que toutes les prétentions accessoires et complémentaires⁹⁵. »

En réalité, il ne semble pas que le droit à voir sa cause jugée dans un délai raisonnable soit particulièrement garanti. Quant à l’amélioration de la qualité de la décision, elle semble ruinée par les deux inconvénients majeurs évoqués par le même rapport : « Tout d’abord, [la voie d’achèvement] entraîne un inévitable ralentissement de l’instance d’appel dans la mesure où elle contraint la cour d’appel à instruire une affaire partiellement “nouvelle”. Ensuite, par un effet pervers indirect, [elle]

⁹⁰ Il s’agit là d’un paradoxe, car l’appel comme voie d’achèvement est, au fond, la conséquence de l’absoluité de l’effet dévolutif. Or, en définitive, l’appel comme voie d’achèvement aboutit à une négation de l’effet dévolutif, dans la mesure où il tient compte, précisément, de l’évolution du litige – ce qui est contraire à l’esprit premier de la dévolution, fruit d’une évolution historique.

⁹¹ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès, op. cit.*, p. 921, n° 275.

⁹² *Ibid.*, n° 279.

⁹³ J. Miguet, *Immutabilité et évolution du litige, op. cit.*, notamment p. 441, qui affirme que « le principe est celui de l’évolution du litige tempéré par une conception souple du principe du double degré de juridiction ». Reprenant en cela P. Hébraud sur le double degré de juridiction qui n’est pas « une nécessité logique », mais qui « exprime un conseil de sagesse, appuyé sur l’épreuve de l’expérience, qui en consacre l’autorité, tout en nuancant ses divers aspects. [...] Il faut donc conserver la règle du double degré à titre de principe, sans lui attribuer une valeur absolue et rigide » (P. Hébraud, « Effet dévolutif et évocation – Le double degré de juridiction », *La Voie d’appel*, colloque national d’études judiciaires, 1963, Aix-en-Provence, Institut d’études judiciaires de la faculté de droit et des sciences économiques, 1964, p. 141, spécialement p. 169-170).

⁹⁴ Ass. plén. 7 juillet 2006, *JCP* 2007.II.10070, note G. Wiederkehr ; *D.* 2006.2135, note L. Weiller.

⁹⁵ Rapport *Magendie II*, p. 38.

ne permet pas de valoriser le premier degré de juridiction : le justiciable, sachant qu'il bénéficie d'une seconde possibilité de faire valoir ses prétentions, conserve parfois stratégiquement une position d'attente, utilisant le premier degré comme un "galop d'essai"⁹⁶. » La prise en compte, par le juge d'appel, du temps écoulé entre le premier jugement et son appréciation pousse le justiciable à utiliser de façon quasi systématique la voie de l'appel, jouant sur l'effet d'escompte que procure la manœuvre dilatoire.

Une telle conception de l'appel risque d'achever... le juge de première instance. Elle dévalorise la première instance ramenée à un « tour de chauffe » et déresponsabilise les premiers juges. Elle risque de leur retirer *de facto* le pouvoir d'interpréter le droit pour en confier le quasi-monopole à l'instance d'appel. Au point qu'il est possible de considérer que les cours d'appel « ont une double fonction [...] juridictionnelle et jurisprudentielle⁹⁷ ». Au contraire, l'office du premier et du second degré non seulement ne sont pas identiques mais paraissent mêmes opposés.

Dans le rituel qu'elle organise, dans l'articulation des deux temps de justice qu'elle met en œuvre (le mouvement et le moment, l'élaboration contradictoire et loyale de la décision et la sentence elle-même), la première instance *habille* la cause. Dans le contrôle qu'il est censé opérer sur la sentence première, l'appel, au contraire, *déshabille* la cause. Si l'appel est nécessaire, c'est bien dans cette dialectique du flux et du reflux rhétorique – *habillage* et *déshabillage* de la cause faisant litige. Entre la première instance et l'appel, le *processus* est différent, puisque, substantiellement, les premiers juges construisent contradictoirement la cause jusqu'à son point culminant : l'instant qui précède la mise en jugement, que les Romains appelaient la *litis contestatio*, c'est-à-dire la « mise en état » d'être jugé. Jusque-là en effet, le juge *habille* littéralement la cause contestée, la pare d'un vêtement argumentatif issu de la discussion. Tandis que les juges d'appel doivent, en toute logique, procéder à un déshabillage systématique de la cause, jusqu'à trouver le lieu précis du vice, le cas échéant, qui se niche dans la décision du premier juge. Dans ce *processus* à rebours, le juge d'appel doit être aidé par le justiciable qui se plaint du mal jugé, sans quoi on ne peut être sûr que le second juge ne commettra pas les mêmes erreurs que le premier – problème que l'on a tenté de réduire, depuis longtemps, par la collégialité en appel, mais qui, en réalité, n'est qu'une solution cosmétique. Cette opinion était déjà développée en droit romain impérial sous la plume d'Ulpien : une dévolution absolue de la cause en appel conduirait nécessairement à l'idée que les juges d'appel sont meilleurs ou rendent une meilleure justice que les premiers juges⁹⁸. En conséquence, une dévolution absolue de la cause en appel renvoie inéluctablement à l'idée d'une autorité plus grande des décisions en appel. Cette idée a déjà été exprimée par Marcel Fournier en 1881 : « Mais si les premiers juges sont inférieurs aux autres, pourquoi les conserver et maintenir une instance dont on reconnaît implicitement l'inutilité⁹⁹ ? » L'effet dévolutif ne peut donc être plus longtemps absolu, au sens où l'entière cause ne peut être placée entre les mains du juge d'appel. C'est pourquoi l'appel doit revenir à la sanction de la première sentence – c'est-à-dire à la sanction de l'office du premier juge.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ S. Guinchard, C. Chanais, F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, p. 824, n° 1193, citant L. Cadet, colloque Aix-en-Provence, 11-12 décembre 1992, PUAM, 1994, p. 46 et suiv.

⁹⁸ D. 49, 1, 1, pr : « *Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorrigat : licet nonnumquam bene latas sententias in peius reformet, neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est* », « Chacun sait combien l'appel est aussi fréquemment utilisé que nécessaire, le fait est qu'il corrige l'injustice ou l'ignorance des premiers juges : mais il arrive que les jugements soient réformés pour le pire (in peius), de sorte que celui qui rend la dernière décision n'en rend pas une nécessairement meilleure. »

⁹⁹ M. Fournier, *Essai sur l'histoire du droit d'appel*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel éditeurs, 1881, p. 333.

L'APPEL COMME SANCTION DE L'OFFICE DU PREMIER JUGE

Pour mettre un coup d'arrêt à cette dérive de l'appel qui affecte en profondeur, comme on l'a vu, l'office du juge, nous proposons de concevoir l'appel non comme un deuxième avis sur une contestation – comme on peut chercher un deuxième avis médical sur quelque symptôme –, mais comme opinion motivée sur l'éventualité d'un « mal jugé » par le premier juge. Notre essai de mieux circonscrire cet office pourrait faciliter l'exercice de cet appel rénové.

L'exemple de « l'appel restauré »

L'effet dévolutif doit donc retrouver son caractère relatif et ne dénoncer et réformer que le *mal jugé*, condition d'une restitution aux premiers juges de leur plein office. En effet, si les apparences présentent ce juge d'appel comme un « supérieur », un « censeur » ainsi qu'a pu le dire Motulsky, il faut garder à l'esprit qu'il y va de la garantie d'une bonne justice. Aussi, comme l'appel ne peut se présenter sous la forme d'un *deuxième avis* – puisque le juge d'appel ne saurait être naturellement considéré comme meilleur au premier –, il faut des *clés objectives de contrôle* de la décision du premier juge, qui ne sont pas des moyens de contrôle de sa personne. Ces clés peuvent être saisies de l'observation de l'« appel restauré ».

Aujourd'hui, « la Cour de cassation admet [dans certaines circonstances] le rétablissement d'une voie de recours dans une situation où la loi a décidé qu'elle serait fermée¹⁰⁰ ». Préférentiellement à toute autre formule, l'appel est ici dit « restauré¹⁰¹ ». Il s'agit en effet d'ouvrir la voie d'un recours alors interdit sur le fondement de l'*excès de pouvoir*, « vice d'une telle gravité qu'il apparaît nécessaire que les parties soient autorisées, en dépit de textes restrictifs, à exercer une voie de recours normalement fermée, différée ou réservée à certaines personnes¹⁰² ». L'« appel restauré » nous intéresse dans la mesure où il naît d'un *appel impossible* rectifié sur le fondement de l'*excès de pouvoir*. Or, « il y a excès de pouvoir du juge lorsque celui-ci adopte un comportement ou prend une décision qu'aucun juge ne pourrait adopter ou prendre dans une situation similaire¹⁰³ ». Au fond, il s'agit d'un examen du « bon juge » *in abstracto*, comme on pourrait juger des actes du « bon père de famille », ou plutôt de la décision du premier juge à raison de ce qu'aurait fait, dans telle circonstance, le juge abstrait.

Une sanction du mauvais usage par le juge de son office

Comme souvent, les cas limites offrent la possibilité de réfléchir et de repenser l'ensemble. Lorsque l'appel est impossible, l'*office du juge* semble néanmoins offrir un recours au regard du critère du *mal jugé*. C'est donc sur la base d'une définition négative de l'office du juge – le mal jugé – que l'appel doit être considéré. Par suite, l'appel ayant recouvré un effet dévolutif relatif limité au mal jugé, il ne peut plus longtemps être considéré comme une voie d'achèvement. Seul le défendeur

¹⁰⁰ J. Héron, Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 585, n° 706.

¹⁰¹ Sur l'opportunité de la formule, voir J. Héron, Th. Le Bars, *Droit judiciaire...*, *op. cit.*, p. 585, n° 706, note 53.

¹⁰² *Ibid.*, p. 585. Voir les mêmes, au même endroit, pour le régime spécifique de l'appel restauré, notamment son caractère subsidiaire.

¹⁰³ P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, Paris, LGDJ, 2002, n° 491 et suiv., cité par J. Héron, Th. Le Bars, *Droit judiciaire...*, *op. cit.*, p. 587.

pourra proposer de nouveaux moyens, seulement s'il est démontré qu'il ne pouvait en avoir connaissance avant l'appel. L'appelant devra motiver sa demande sur l'office du premier juge, en répondant à la question : « En quoi le premier juge a-t-il mal jugé ? » Ou encore : « Pourquoi aucun autre juge – ou le juge abstrait – n'aurait pas adopté ou pris cette décision dans une situation similaire ? » Il faut, en somme, une *cause d'appel*, motivée, argumentée, sur la part d'office qui n'a pas été respectée ou qui a été détournée.

Une telle vision va à rebours de la pensée traditionnelle qui considère la voie d'achèvement comme une réponse saine à la nécessaire évolution du litige. Or, « dans le déroulement de l'instance, il est nécessairement des moments où le litige doit se fixer pour pouvoir être tranché¹⁰⁴ ». Cette affirmation de J. Miguet traduit, au-delà de la réalité de la technique, la respiration fondamentale du procès et, par suite, de l'appel, déterminée par le rapport chronologique entre le processus et la décision, entre le mouvement dialectique contradictoire et la sentence tranchante, entre l'action de juger et le jugement, entre le *duratif* et le *déterminé*. Au fond, même lorsque l'immutabilité du litige était érigée en principe strict, il y a fort peu de chances qu'il existât une véritable fixité : dans son « mouvement duratif », le procès est par définition mouvant, il est évolutif, soit par effet de la dialectique contradictoire, soit par action inquisitoriale du juge. Il en va ainsi au moins depuis Rome. Pendant ce temps long, la cause se précise, les faits sont qualifiés par le juge qui intervient dans la contradiction, il ordonne, le cas échéant, les mesures nécessaires à la production de certaines pièces, de certaines preuves : le procès évolue, par nature. Au cours du balancement dialectique contradictoire, le procès va même s'accélération, jusqu'à l'union nodale des arguments : le procès est lié, dit-on, c'est qu'il est fixe désormais, dans une immutabilité instantanée, ou momentanée. Alors le juge tranche ce nœud devenu gordien dans un acte déterminé.

Le procès compris en lien étroit avec le temps, on comprend différemment l'autorité de la chose jugée, et on admet d'autant moins la possibilité d'un appel absolument dévolutif. En revanche, on peut aisément admettre que dans le *cursus* procédural, le juge ait commis une erreur – une erreur *objective* (certes parfois volontaire, donc malveillante, on ne peut l'exclure) : un défaut dans son obligation de faire respecter la contradiction ; une qualification juridique des faits contestable ; une mesure nécessaire non ordonnée, une liberté individuelle qui n'a pas été protégée ; un droit qui n'aura pas été garanti ; une demande qui aura été omise... Le juge de première instance a-t-il agi conformément aux devoirs de sa charge ? C'est ce que devra déterminer le juge d'appel, s'il est saisi d'une question précise. L'office du juge servira en conséquence de base argumentative à la déclaration d'appel.

L'appel de la sentence causé par l'office du juge

« Quel est le point de la sentence du premier juge que vous contestez ? Argumentez. » Telle devrait être la question posée par le juge d'appel à l'appelant. Du reste, c'est le principe posé par l'article 562 alinéa premier du code de procédure civile : « L'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent. » Mais ce serait là un principe qui ne souffrirait pas de l'exception de l'alinéa 2

¹⁰⁴ Voir J. Miguet, *Immutabilité...*, op. cit., p. 442.

du même article (« La dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs, lorsqu'il tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible »), et dans un appel, de surcroît, qui aurait pour fonction de statuer sur l'office du premier juge, et non « pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit » (article 561 CPC). Point ici de volonté gestionnaire de contraindre les flux en appel : il ne s'agit pas de limiter l'accès à l'appel mécaniquement. On l'a vu, il y a une raison profonde à ce changement de paradigme de l'appel. Bloquer la voie d'achèvement par des techniques artificielles de colmatage serait parfaitement contraire à l'esprit des rédacteurs du nouveau code de procédure civile – aux conséquences désastreuses pour le justiciable, surtout depuis l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 (remise en cause de l'obligation de requalification par le juge), combiné à l'arrêt Cesareo du 7 juillet 2006 (concentration des moyens à la première demande)¹⁰⁵. En effet, conserver un appel « général » (articles 561 et 562 alinéa 2 CPC¹⁰⁶) et en limiter la voie d'achèvement favoriserait la déloyauté procédurale et le déni de justice.

Encore une fois, l'appel ne peut plus être général, ni l'effet dévolutif absolu. Et l'un des premiers effets de cette réforme de l'appel serait de désengorger les cours. Certes, l'obligation de célérité est importante : « Si l'achèvement du litige pouvait être perçu comme une voie d'accélération des procédures dans les années mille neuf-cent soixante-dix, il n'en est rien aujourd'hui. Les cours d'appel sont les juridictions les plus encombrées, celles sur lesquelles il faut concentrer les efforts d'accélération¹⁰⁷. » Mais elle n'est ni la seule, ni la première raison du changement. Car l'appel ordonné de telle manière assurera un meilleur contrôle des droits individuels. L'appel, en statuant ainsi, fera de la cour une véritable « chambre de l'office » et justifiera sa fonction jurisprudentielle – ce qui n'empêchera pas un réexamen des faits par la cour d'appel, mais seulement sur le fondement d'une erreur manifeste d'appréciation. Par effet de miroir, la motivation des jugements en sera à la fois plus précise et plus claire, justifiant de l'exercice valable de leur office par les juges – une justification naturelle qui ne contrevient nullement à l'indépendance des juges. *In fine*, la Cour de cassation pourra toujours être saisie d'un point de droit, notamment sur l'office, mais encore sur les principes dégagés ou utilisés par les juges du fond.

Statuant sur l'office, le juge d'appel devra alors, le cas échéant, rectifier le fond en fonction de la solution donnée sur l'office, ou renvoyer, après appel, devant la première juridiction autrement composée. La « jurisprudence de l'office » ainsi élaborée pourra être contrôlée, en droit, par la Cour de cassation. L'autorité du premier juge s'en trouvera restaurée. Une telle revalorisation de l'appel, consubstantielle d'une revalorisation de la première instance, s'accompagnera dans le même temps d'une *revalorisation de la mission de l'avocat* qui, nécessairement, devra maîtriser la question de l'office (ce qui implique une nouvelle expertise), la motivation et l'argumentation en cause d'appel (ce qui implique un acte juridique spécifique nécessairement valorisé auprès de la clientèle). En outre, un appel fondé sur l'office du juge et restauré dans sa véritable fonction ne nuit pas au « droit

¹⁰⁵ Voir l'analyse de S. Guinchard, « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée à l'épreuve des nouveaux principes directeurs du procès civil et de la simple faculté pour le juge de "changer le fondement juridique des demandes" », *De code en code. Mélanges en l'honneur de Georges Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 379.

¹⁰⁶ Article 561 : « L'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit » ; article 562 al. 2 : « La dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs, lorsqu'il tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible. »

¹⁰⁷ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 932, n° 279.

d'appel » tel qu'il résulte des principes du « procès équitable¹⁰⁸ ». En effet, si l'appel doit respecter les principes du procès équitable, la conception du double degré de juridiction comme droit appartenant à la sphère des droits fondamentaux n'est partagée ni par le Conseil constitutionnel¹⁰⁹, ni par le Conseil d'État¹¹⁰, ni par la Cour européenne des droits de l'homme¹¹¹ – la réponse est différente pour la procédure pénale, de la compétence exclusive du législateur : en matière pénale, le « double degré de juridiction » impliquant un effet dévolutif complet est consacré¹¹².

Ce système de l'appel fondé sur une « question sur l'office » est connu des juridictions anglo-saxonnes notamment. Le juge d'appel anglais demande en substance à l'appelant : « *What is the issue ?* » « Quelle est la question qui vous amène devant moi ? » Même principe devant le juge d'appel aux États-Unis. Pour autant, la mutation de l'appel proposée ici n'est pas, loin s'en faut, une banale copie de systèmes trop souvent qualifiés de radicalement étrangers. Par des moyens divers, et en partant de l'examen d'une culture propre, la nôtre, romano-canonique, nous arrivons à un résultat il est vrai très proche : on découvre quotidiennement la proximité de principes, substantiels ou procéduraux, avec les fondements romains ou canoniques du droit. Des principes procéduraux qui bâtissent un « humanisme processuel¹¹³ » favorisant le contrôle interne de l'ordre juridictionnel – et ainsi imperméable aux intrusions dans la sphère de l'indépendance du juge. Ce nouvel humanisme, qui fait de la procédure l'une des garanties essentielles des libertés individuelles et du juge le garant de ces libertés, recentre le droit d'appel au milieu du chemin entre, précisément, ces libertés et le maintien d'un État de droit.

En conclusion de ces développements, il serait recommandé que, dans les textes (notamment l'article 561 CPC), l'appel porte sur la sentence du premier juge, c'est-à-dire au fond sur son office.

En ce sens, il faudrait encadrer la déclaration d'appel et obliger l'appelant à motiver précisément sa déclaration sur le ou les points contestés (relativement au droit, à l'interprétation, à l'appréciation manifestement erronée des faits, à la procédure, à la déontologie). À charge pour le juge d'appel de motiver très précisément sa décision sur la ou les questions posées.

108 S'agissant des modalités d'une limitation du droit d'appel, voir notamment G. Canivet, « Comment concilier le respect des principes de qualité du procès équitable avec les flux d'affaires dont sont saisies les juridictions ? », in M.-L. Cavrois, H. Dalle, J.-P. Jean (dir.), *La Qualité de la justice*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 213-238 ; L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 698 et suiv.

109 Décision n° 2004-491 DC du 12 février 2004.

110 CE 9 février 2000, *Comparois* et CE 17 décembre 2003, *Meyet*.

111 Par exemple : CEDH 9 mars 2006 *Svipsta c/ Lettonie* (voir L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 698, n° 201).

112 Notamment par l'article 2 du Protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

113 S. Guinchard, « L'autorité de la chose qui n'a pas été jugée... », op. cit.

Les voies de recours aux États-Unis¹¹⁴

« On lit souvent que dans les systèmes de *Common Law*, à la différence de la France, les juges se préoccupent de l'affaire et non des questions de droit. C'est faux : dans les cours suprêmes [des États] on se concentre presque exclusivement sur les questions de droit. Et ces questions sont celles auxquelles les tribunaux inférieurs apportent des réponses différentes (dans le sens où il y a des jurisprudences différentes). »

« L'appel correspond à un recours en cassation. Il peut être jugé plusieurs fois avant d'arriver devant la cour suprême d'un État ou devant une cour d'appel fédérale. Il y a chaque année entre 80 000 et 100 000 affaires qui atteignent ces juridictions et qui concernent une question de droit fédéral (qui implique la Constitution ou une loi du Congrès). Ce sont ensuite 8 000 recours devant la Cour suprême des États-Unis, mais seules quatre-vingts affaires seront jugées en comparaison avec les millions de procès engagés chaque année. Cela signifie que le droit américain n'est pas fabriqué devant la Cour suprême mais qu'il l'est dans tous les autres tribunaux, où l'on fait, on interprète le droit. »

« Nous ne sommes pas un tribunal pour corriger les erreurs, même en droit. Le justiciable avait l'occasion de le demander au cours des instances précédentes et l'on ne peut pas les multiplier. Nous sommes là pour uniformiser le droit fédéral : si les tribunaux inférieurs sont arrivés à la même réponse, cela veut dire que ce sont des bons juges et il est à peu près certain que nous n'allons pas considérer l'affaire. Au contraire, si les juges parviennent à des solutions différentes, c'est notre rôle de juger l'affaire. C'est le premier critère [de recevabilité], le critère fondamental, mais il y en a d'autres, notamment lorsqu'une loi du Congrès est contraire à la Constitution. Suivant ce critère, le tri n'est pas difficile. Si nous décidons de ne pas juger une affaire mais qu'il y a effectivement une question diversement jugée, ce n'est pas grave car elle se posera à nouveau. Au contraire, si la question ne revient pas devant la Cour suprême, c'est que nous avons bien fait de rejeter le mémoire. »

L'ABANDON DE L'APPEL GÉNÉRAL ET D'UN EFFET DÉVOLUTIF POUR LE TOUT

On a vu comment l'appel civil tel qu'il est organisé aujourd'hui, général et absolument dévolutif, ne peut mettre en œuvre, contrairement aux apparences, une protection valable des droits individuels. Pour plusieurs raisons, à la fois techniques et profondes :

Parmi les raisons techniques, on trouve :

1. la déconsidération qu'il engendre chez les justiciables à l'égard des juridictions de première instance ;
2. le déclassement consécutif des cours d'appel ramenées à une première instance ;

¹¹⁴ Extrait de l'interview de Stephen Breyer, juge à la Cour suprême des États-Unis, réalisée à Paris par l'IHEJ le 3 avril 2013.

3. la déresponsabilisation des juges de première instance lorsque en appel la censure à l'égard de la première décision intervient à l'issue d'un litige qui a considérablement évolué ;
4. le fait que l'appel comme voie d'achèvement constitue techniquement une nouvelle cause – même lorsque l'évolution du litige est minimale – et qu'en conséquence aucun « appel de l'appel » n'est organisé, au mépris du droit au double degré de juridiction.

Parmi les raisons profondes, on peut considérer :

1. la perte d'équilibre que constitue, depuis son origine, l'appel, entre la protection des intérêts individuels et la satisfaction de l'intérêt général dans un État de droit – même lorsque cet État était en construction ;
2. le contre-emploi confié à l'appel moderne, avant même qu'il ne soit conçu comme une voie d'achèvement du litige : l'appel ne peut être une « seconde première instance » dans la mesure où le temps de la première instance est à la fois un temps complet et achevé – la procédure ayant cristallisé les faits et la vérité judiciaire, l'appel ne peut venir logiquement superposer une autre procédure de même nature mais doit, lorsque cela est demandé, scruter les étapes de cette cristallisation procédurale pour soulever et régler (ou non) le défaut dans la procédure et dans la vérité judiciaire.

Pour ces raisons, l'appel ne peut plus rejouer totalement la cause, car, en raison de l'évolution naturelle du litige dans sa phase de *durative*, ce serait proposer de la rejouer indéfiniment. Et le fait qu'il n'y ait pas « d'appel de l'appel » est, en soi, une anomalie quant aux droits fondamentaux du procès.

Aussi faut-il abandonner l'appel général et l'effet dévolutif absolu en ne permettant qu'un appel limité à la question (il peut y en avoir plusieurs) qui pousse l'appelant à faire réformer la décision, ainsi que cela se fait dans la plupart des pays européens. Ce système est déjà prévu par les textes, mais alternativement avec la voie « générale » : cette dernière est largement préférée.

L'AUTORITÉ ET LA PRUDENCE, ET APRÈS ?

Le juge est jusqu'à présent le plus souvent abordé à travers son indépendance et ses organes de gouvernement comme le CSM, c'est-à-dire à travers son statut et de manière formelle. Mais l'indépendance n'est pas qu'une qualité formelle, un « en soi » qui serait acquis une fois pour toutes avec le statut. L'indépendance n'est qu'une condition de réalisation de son office mais ne peut pas être utilisée par les juges comme un mot magique qui le soustrairait à toute remise en cause, à toute *accountability*.

L'office nous a contraint de faire un pas de côté, non parce que ces questions statutaires ne sont pas importantes – elles le sont –, mais parce qu'elles ne suffisent à elles seules à rendre compte de l'intégralité du métier de juger, ni peut-être même de l'essentiel. L'indépendance ne permet pas définir un bon juge, il n'y a pas de lien entre le statut et la qualité. Tenons donc l'indépendance pour acquise pour aller plus loin et comprendre les dispositions d'esprit qui garantissent un bon exercice de l'office du juge.

L'office du juge n'est pas pensable en soi, hors d'une histoire longue qui le façonne et d'où il faut partir pour savoir où il se dirige. C'est pourquoi nous proposons de renouer avec une tradition ancienne, refoulée par le positivisme, non par conservatisme mais par conviction que c'est en reprenant le fil d'une réflexion ancienne sur le juge que l'on puisera l'énergie d'être moderne.

Potestas et auctoritas

Nous proposons pour cela de partir de l'opposition entre légitimité et autorité, la *potestas*¹¹⁵ et l'*auctoritas*. Des deux, la légitimité est la plus facile à repérer car elle est formelle : est légitime le juge régulièrement nommé par décret comme titulaire de la compétence de juger. Cette légitimité première ne vaut cependant qu'autant qu'elle est limitée par les mêmes sources qui l'ont investi de ce pouvoir de juger, c'est-à-dire la constitution et la loi. Aussi, le juge est-il d'abord contraint par des règles de compétence *ratione loci*, *ratione materiae* et *ratione personae*.

La légitimité, qui s'épanouit dans un cadre institutionnel et légal, est toutefois insuffisante à qualifier l'entier office du juge. Seule, elle n'est bonne qu'à imposer une décision fondée sur la norme applicable. Dès que la faculté d'interpréter entre en jeu – faculté qui se trouve au cœur de la fonction de juger –, le juge a besoin d'un autre fondement à sa légitimité, la norme – la loi en l'occurrence – ne pouvant y pourvoir seule. Pour que le juge fasse autorité, il faut le concours d'une puissance d'un autre ordre, capable de susciter l'adhésion du justiciable, vainqueur ou défaillant, à la décision

¹¹⁵ « La *potestas* est le pouvoir fondé sur la fonction, le grade ou le statut. C'est le pouvoir légal, reconnu et accordé par les instances supérieures de la société (militaires, judiciaires, scolaires...). La *potestas* est le pouvoir de prendre des décisions, de commander, d'exiger l'obéissance dans un domaine donné, en recourant à la contrainte le cas échéant » (É. Prairat, « Autorité et respect en éducation », *Le Portique*, 11, 2003, « Le respect », [En ligne], p. 2, § 3).

prise. Le juge ne tire pas son autorité de sa légitimité fonctionnelle mais de *la démonstration de son aptitude à rendre des décisions justes*. L'autorité ne se confond pas avec le pouvoir d'imposer une décision valable en droit, elle ne s'impose pas par les textes mais doit être *reconnue*. Il faut donc quitter le registre formel pour décomposer les éléments qui font la chimie de l'autorité.

Si le droit organise une physique du pouvoir, l'autorité a en effet sa chimie propre : comme un gaz, elle se contracte, se répand mais aussi s'évapore selon des lois subtiles que le formalisme juridique est impuissant à restituer. Le droit aime les peines fermes, les délégations de pouvoirs, les actes unilatéraux de l'administration. Le pouvoir se délègue comme une capacité mais l'autorité se communique ; elle est beaucoup plus évanescence et tributaire de sa réception. C'est pourquoi elle n'est jamais acquise parce qu'elle doit être reconnue. L'autorité est plus insaisissable, voire capricieuse. Les catégories de l'autorité ne sont pas aussi tranchées que celles du pouvoir et elles ont ceci de particulier qu'elles ne sont pas totalement maîtrisables. Il y a une certitude du pouvoir qui contraste avec le caractère toujours *proposé* de l'autorité. Ainsi, la mesure de la peine ressort du pouvoir de juger, mais la troisième voie, qui est plus incertaine, dépend de multiples facteurs beaucoup plus insaisissables. Le pouvoir est unilatéral, le droit est formel : l'autorité est toujours bilatérale et elle est plus informelle. L'autorité relève plus de la puissance que du pouvoir. Si le pouvoir est de l'ordre de la légitimité, l'autorité est de l'ordre de la reconnaissance ; si le pouvoir relève de la juridicité, l'autorité se vérifie dans la réalité sociale, à condition d'inclure en elle la dimension symbolique ; si le droit est une certitude, l'autorité est toujours incomplète tant qu'elle n'est pas reconnue.

Il est difficile d'exercer l'autorité en démocratie : voilà la difficulté à laquelle se heurtent les juges. Ils sont soumis à une tension permanente d'avoir à exercer une fonction indispensable (arbitrer nos conflits intimes, s'intéresser au gouvernement moral de nos vies, etc.), mais refusée, au moins formellement ; et sans disposer donc du soutien qu'apportait la religion commune. On voudrait n'avoir besoin que d'une loi formelle car la forme nous protège, de ne pouvoir se satisfaire que d'un agencement externe et comportemental de la coexistence, mais tous ne sont pas capables d'assumer cette liberté. Le juge doit intervenir dans leurs vies mais l'influence sur autrui devient de plus en plus problématique dans la société démocratique. Au nom de quoi ?

Des dispositions d'esprit pour bien juger

L'indépendance et la légitimité conditionnent l'office d'un bon juge aujourd'hui. Elles se rapportent à une justice organisée qui évolue dans un État de droit : l'indépendance ne se conçoit que dans un État aux pouvoirs séparés ; la légitimité, dans un État à l'organisation judiciaire développée et promotrice d'un service public de la justice. Or, il s'en faut de beaucoup que le juge, au cours de l'histoire, ait toujours évolué dans une hiérarchie de service public, lui-même structuré dans un État de droit. Longues sont les périodes d'absence d'État ou d'État en construction. Pourtant, la figure du juge traverse les âges, avec ou sans État, avec ou sans service public, mais toujours avec un statut de tiers neutre, invisible – statut que la nature accusatoire du procès jusqu'au milieu du XIII^e siècle cantonne à celui d'arbitre. Sans État, sans service public, sans organisation judiciaire, indépendance et légitimité ne veulent rien dire.

Autorité et prudence sont toutes deux, pour reprendre le vocabulaire antique, des *dispositions* qui permettent l'action bonne, juste. C'est dire ici que l'autorité et la prudence, contrairement à l'indépendance et à la légitimité, ont leur siège dans la conscience même du juge, non dans un rapport politique à la séparation des pouvoirs, pas plus que dans un rapport à la hiérarchie du service public ou de l'organisation judiciaire. C'est la raison pour laquelle autorité et prudence sont des principes *absolus* de la justice – valables en tous temps et en tous lieux –, tandis que l'indépendance et la légitimité sont des principes *relatifs* de justice, circonscrits en un temps et en un lieu déterminés. L'édifice constitutionnel construit des mécanismes de contrôle, et c'est fort heureux. Mais l'autorité et la prudence se situent dans une autre perspective : celle de l'office en action ; ce sont des *vertus agissantes*, non des principes de *contrôle*. C'est-à-dire des puissances motrices de toutes les actions du juge. On ne peut pas en dire autant de l'indépendance et de l'impartialité qui sont plus des conditions de l'action.

Une relation immédiate

Dès lors, positionner son action de juge par rapport à l'indépendance et à l'impartialité revient à positionner son action par rapport à l'ordre étatique dans lequel s'inscrivent l'indépendance et l'impartialité. Alors que le rapport de justice est immédiat entre le juge et le justiciable lorsque l'action du juge est mue par l'autorité et la prudence. L'autorité suppose, contrairement à ce que laisse entendre le langage courant, une relation directe et *immédiate* entre celui qui en fait preuve et celui qui l'éprouve. Cela fonctionne pour le juge et le justiciable comme cela fonctionne pour le maître et l'élève : l'autorité est une puissance d'agir fondée sur une connaissance, une expertise, une « perspicacité » particulières que ceux qui se soumettent à cette puissance non seulement savent ne pas *disposer*, mais encore reconnaissent à celui qui exerce cette puissance. L'autorité n'est pas seulement verticale et descendante. Elle est cette « réciprocité dissymétrique » dont parle Ricœur : une supériorité sans cesse alimentée mais non engendrée par ceux sur qui elle exerce son empire. C'est un mouvement de « connaissance-reconnaissance » quotidiennement renouvelé.

LES COMPOSANTES DE L'AUTORITÉ DU JUGE

L'*auctoritas* est donc ce qui augmente le pouvoir, ce qui pose la question de saisir ce qui rend l'autorité suffisamment crédible pour qu'il n'y ait pas besoin de garantir ses décisions de la force publique. Le propre de l'autorité c'est qu'elle se soutient d'elle-même. Renvoyer au symbolique risque d'être tautologique et de se borner à déplacer la question. L'autorité peut venir du savoir – une autorité intellectuelle –, de l'expérience, de la reconnaissance par les citoyens, par le fait qu'ils ont été associés à la décision par la procédure et qu'ils sont peut-être vaincus mais à la loyale, de l'efficacité du traitement de leur affaire. L'office renvoie précisément à ce qui ne se trouve pas dans

la seule légitimité juridique. La difficulté, c'est que cette autorité est variable : elle change aujourd'hui et ne se place plus dans les mêmes attributs (l'efficacité en est la preuve) ; et que, d'autre part, les supports de l'autorité peuvent entrer en contradiction.

1. Un savoir

La première composante est un savoir juridique sûr. C'est aussi la plus facile à évaluer, ce qui explique que le recrutement se fasse sur la base d'un concours comprenant essentiellement des épreuves juridiques. Une telle source de légitimité se comprend dans une perspective positiviste qui réduit la fonction de juger à l'application de la loi. Le concours moderne dessine un corps qui étrangement n'est pas si éloigné de celui que dessinaient les offices qui s'achetaient sous l'Ancien Régime : une fonction que l'on peut commencer par exercer très jeune et que l'on occupe toute sa vie.

La connaissance du droit est certes un élément essentiel mais qui ne saurait cependant se suffire à lui-même. Les juges sont tentés de se réfugier derrière la majesté de la loi pour cacher, y compris à leurs propres yeux, la réalité de leur office. C'est ainsi qu'ils rejettent massivement la notion d'équité, qu'ils semblent assimiler à l'arbitraire (alors qu'il s'agit d'un autre nom de la justice). L'application de la loi est aux yeux de tous – juges, doctrine et société – une fiction fondatrice. Pourtant, réduire l'autorité du juge à une simple compétence technique obscurcit sa compréhension. « Contre les simplifications de la "science du droit" et de sa manie déductionniste, il s'agit de restaurer le "dire-droit" dans son statut d'acte complexe où se mêlent indissolublement une part d'évidence rationnelle, l'intuition du juste, l'intime conviction conduisant moins souvent aux fulgurances de la vérité qu'à des tâtonnements environnés de flou, de relative certitude quant à la bonne solution¹¹⁶. »

La référence à la loi opère à la façon d'un mythe, qui rend acceptable l'action des juges dans une culture qui a tendance à les rejeter pour des raisons historiques¹¹⁷. Mais ce mythe a des effets négatifs, à commencer par accréditer une vision un peu simpliste de la sécurité juridique. Il complique également la description de ce que font *réellement* les juges. D'ailleurs, la connaissance du droit se montre d'un faible secours pour les décisions les plus lourdes que doit prendre un juge (mise en détention, condamnation, retrait de la garde d'un enfant par exemple). Aujourd'hui, il n'est plus possible d'attendre que les juges connaissent tout le droit, d'autant que nous avons vu que la complexité de certains dossiers réclamait des connaissances très pointues.

2. Une délégation politique qui cherche à être ratifiée par les justiciables

Le critère de la connaissance du droit ne suffit donc pas à caractériser l'office du juge. Le juge est entouré de juristes très qualifiés, à commencer par certains greffiers qui sont désormais souvent titulaires de diplômes juridiques équivalents. D'autant que, réciproquement, le recrutement latéral peut amener à nommer des juges qui ne sont pas titulaires de diplômes juridiques, sans parler des jurés ou des citoyens assesseurs qui n'en sont pas moins juges le temps de leur mandat. Ce dernier nous conduit à la seconde composante : la délégation politique.

¹¹⁶ J. Le Goff, *Georges Gurvitch. Le pluralisme créateur*, Paris, Michalon, coll. « Le Bien commun », 2012, p. 80.

¹¹⁷ C'est la loi qui justifie leur pouvoir et non l'appartenance à un corps. Le mythe est directement lié à la Révolution française et à son rejet des corps intermédiaires (L. Jaume, « Un problème français, l'esprit de corps », *L'office du juge*, séminaire de philosophie du droit organisé par l'IHEJ, 26 novembre 2012).

Le juge statue « Au nom du Peuple français », c'est-à-dire comme un représentant ; un représentant un peu particulier car il n'est validé par aucun scrutin, mais en charge de faire respecter la volonté générale. S'il n'exerce aucune volonté politique à proprement parler (à la différence d'un élu de la nation) et qu'il se borne à faire respecter la volonté générale figée dans la loi et désormais inscrite dans la constitution, ses décisions peuvent néanmoins entraîner des conséquences politiques. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit ces dernières décennies, non sans émouvoir la classe politique. Nous avons en effet assisté à une extension subite de la loi – notamment pénale – à des catégories de justiciables qui jouissaient jusqu'alors d'une immunité de fait : hommes politiques, chefs d'entreprise, responsables religieux, médecins. Il faut se méfier toutefois d'un effet d'optique provoqué par des scandales très médiatisés (contrairement à une idée largement répandue, le nombre de condamnations de médecins, par exemple, n'a pas augmenté de manière spectaculaire ces dernières années¹¹⁸).

Il faut donc prendre acte de la dimension politique *sui generis* de l'autorité des juges et ne pas chercher à la compenser par l'élection. L'élection risquerait de conforter l'activisme des juges en leur donnant un surcroît de confiance en eux, alors que la vertu de cette puissance politique incomplète du juge est précisément de l'insécuriser et de l'obliger sans cesse à se justifier, à s'effacer devant la volonté politique extérieure et à rechercher l'adhésion de ses concitoyens. En lui conférant une reconnaissance *a priori*, l'élection dispenserait le juge de cette quête de reconnaissance, qui est le ressort vertueux de son autorité.

Alors que la légitimité procède d'une délégation unilatérale du pouvoir de juger, l'autorité est au contraire une « réciprocité dans la dissymétrie¹¹⁹ ». Elle suppose donc une relation entre le juge, les parties et plus généralement l'auditoire auquel le jugement s'adresse (et qui excède aujourd'hui le cadre national) qui le reconnaîtra, ou pas, comme juste. L'autorité que recherche le juge est, dans ce sens là, le contraire d'un acte autoritaire : elle prend en effet son origine dans le sentiment que le pouvoir conféré par la légitimité est insuffisant en soi et qu'il doit être complété par une adhésion, y compris chez la partie qui a perdu. L'adhésion que fournit la reconnaissance se distingue et de l'approbation à la décision, et du consensus : elle s'apparente à une forme de consentement démocratique. Le détenteur de l'autorité est supérieur en ce qu'il dispose d'un *supplément*, d'un « complément¹²⁰ » par rapport à ceux qui lui soumettent un litige, une « plus grande perspicacité », comme le formule Gadamer¹²¹. Mais cette *compétence* particulière¹²², *connaissance* présumée supérieure par la loi doit, pour faire autorité, être confirmée par une *reconnaissance* qu'elle ne maîtrise pas¹²³. Si la légitimité est acquise une fois pour toute, l'autorité, au contraire, se conquiert sans cesse sans jamais pouvoir s'estimer définitivement acquise. La légitimité ainsi complétée par l'autorité sollicite de la part de ceux auxquels elle s'applique une ratification permanente et silencieuse.

¹¹⁸ A. Laude, J. Pariente, D. Tabuteau, *La Judiciarisation de la santé...*, *op. cit.*

¹¹⁹ P. Ricœur, « Les paradoxes de l'autorité », *Philosophie*, bulletin de liaison des professeurs de philosophie de l'académie de Versailles, CRDP, n° 7, février 1995, p. 6-12.

¹²⁰ M. Humbert, « Auctoritas », in J. Leclant (dir.), *Dictionnaire de l'Antiquité*, Paris, PUF, 2005, p. 277.

¹²¹ H.-G. Gadamer, *Vérité et méthode*, Tübingen, 1960, É. Sacre (trad.), 1976, édition revue et complétée par P. Fruchon, J. Grondin, G. Merlio, Paris, Seuil, 1996, p. 300-301.

¹²² « [Le] fondement véritable [de l'ordre] est ici également un acte de liberté et de raison, qui confère par principe une certaine autorité au supérieur, pour autant qu'il voit les choses de plus haut, ou parce qu'il est plus expert, donc, ici également, parce qu'il l'emporte en connaissance » (H.-G. Gadamer, *Vérité et méthode*, *op. cit.*, p. 300-301).

¹²³ Sur l'idée de *reconnaissance* de l'autorité, voir H. Arendt, « Qu'est-ce que l'autorité ? », *La Crise de la culture*, trad. M.-C. Brossollet et H. Pons, Paris, Gallimard, 1972 (1956) (Paris, Gallimard, coll. « Folio essais », 2012, p. 121-185 pour l'édition consultée).

La plus grande visibilité accordée aux juges ces dernières décennies s'est logiquement accompagnée d'une responsabilité plus grande. La récente possibilité offerte aux citoyens de mettre en cause des magistrats devant le Conseil supérieur de la magistrature (CSM) donne corps à un nouveau type de responsabilité qui s'éloigne du disciplinaire en s'assimilant plutôt à une capacité d'interpellation des citoyens et donc à une reddition de comptes (*accountability*) ; elle va dans le sens d'une « horizontalisation » des rapports entre les juges et leur public¹²⁴.

Les juges rendent la justice « Au nom du peuple français », mais ce peuple risque d'être une réalité abstraite, une source de légitimité que les juges invoquent sans qu'elle les engage véritablement. La mutation culturelle en cours leur demande de rendre la justice non seulement au nom mais aussi *pour* le peuple français. Donc d'accepter plus facilement le face à face avec les parties, de leur proposer d'autres modes de résolution de leurs différends, non pas pour éviter la justice, mais pour qu'ils trouvent eux-mêmes une justice plus adaptée, répondant plus immédiatement à leur *sens de la justice*.

3. Une certaine expérience

L'autorité, comme la prudence, « désire quelque expérience des choses¹²⁵ ». L'expérience « se forme par une longue observation des causes, des actions et des événements : et quiconque sera curieux d'observer, deviendra prudent¹²⁶ ». De sorte que l'on « peut bien naître capable de sagesse, mais le seul temps fait les sages¹²⁷ ». Le jugement, qui est « une expérience juridique immédiate¹²⁸ », doit opérer une synthèse entre « le droit réglé d'avance et le droit vivant, entre les règles et ce qui est plus dynamique et réel que toute règle : les faits normatifs¹²⁹ ». Mais, pour ne pas être arbitraire, la part d'*intuition* qui entre dans le jugement doit pouvoir s'asseoir sur l'expérience. Cette connaissance privilégiée des cas difficiles, le nombre d'affaires, la spécialisation, l'ancienneté : tout cela procure aux juges une expérience qui contribue à asseoir leur autorité. Il y a des fonctions qui, plus que d'autres, réclament de l'expérience – songeons au juge des enfants par exemple. L'expérience, c'est le réinvestissement de la vie dans la vie, de ce qu'a enseigné le temps qui montre la valeur des décisions.

Ce capital d'autorité est mal exploité par la magistrature qui ne sait comment valoriser et transmettre cette expérience. La dimension d'expérience est trop souvent négligée par l'institution judiciaire en raison de son organisation hiérarchique actuelle. Un avancement est souvent préféré au maintien dans des fonctions pour lesquelles un juge a acquis une grande expérience. Cela se paie par une grande déperdition d'énergie : un président d'assises très expérimenté devra accepter une autre fonction pour prendre un grade ; peut-être deviendra-t-il premier président, fonction qui requiert des qualités très différentes qu'il n'a pas, qu'il devra acquérir et qui ne correspondront peut-être pas à son charisme. À titre indicatif, le *Master of the Rolls* anglais, c'est-à-dire le premier juge civil du Royaume, siège trois jours par semaine, et ses qualités de juge sont indissociables de sa promotion,

¹²⁴ Voir *supra*.

¹²⁵ J. de Coras, *Discours...*, *op. cit.*, p. 31.

¹²⁶ B. de La Roche-Flavin, *Treize livres...*, *op. cit.*, p. 438.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ G. Gurvitch, *L'Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pedone, 1935, p. 63.

¹²⁹ *Ibid.*

ou, plus exactement sa promotion est une *promotion dans son office* et non dans une structure hiérarchique bureaucratique. Ce qui pose à nouveau la lancinante question de la séparation du grade et de la fonction.

Il n'est question jusqu'ici que de l'expérience acquise dans la fonction judiciaire, mais l'autorité d'un jugement dépend également de la connaissance de la matière qu'elle doit juger. Si l'autorité a été définie comme *la démonstration de son aptitude à rendre des décisions justes*, ce dernier adjectif peut se référer aussi bien à la justice qu'à la justesse. Pour être reconnue par tous, la décision du juge doit être en résonance avec le milieu dans lequel elle intervient. C'est beaucoup demander aux juges qui ont une compétence générale et peuvent donc juger des affaires très diverses.

4. Une dimension symbolique

La dernière dimension, et non la moindre, touche à la symbolique de la justice. Le juge participe de cette dimension symbolique qui assoit son autorité, du fait entre autres de sa robe et de sa place éminente dans le rituel judiciaire. Rappelons à titre anecdotique que le premier président de la Cour de cassation et les premiers présidents de cours d'appel dites « souveraines » portent un costume solennel d'audience pratiquement identique à celui que revêtaient les rois de France le jour du sacre. C'est peut-être cette place qui justifie que cela soit devant le juge que nombre de professions prêtent serment.

L'office du juge se caractérise aussi par le type de décisions qu'il est appelé à prendre, particulièrement délicates et dangereuses car elles touchent aux droits fondamentaux et à la vie des citoyens. Curieusement, le juge tire une partie de cette puissance de son habilitation à prendre de telles décisions : il peut infliger des peines – et, il n'y a pas si longtemps, décider de la mort. Il peut s'approcher sans danger du *tremendum* et du *fascinans* du crime, de la transgression. Il est lui-même *sacer* dans la mesure où il peut toucher ces choses-là sans être contaminé. Il peut exercer une influence sur autrui, poser des questions indiscrettes, se montrer intrusif, demander des comptes dans une société où cela est de plus en plus interdit du fait de la *privacy* et des droits individuels. Tout cela, il peut le faire sans s'exposer à être poursuivi pour excès de pouvoir. Il peut donc transgresser la loi impunément ou, plus exactement, il ne le peut que parce qu'il est assujéti à une responsabilité supérieure. La peine est de l'ordre du régalien. D'ailleurs, le costume le montre dans l'imaginaire français : le juge est le substitut du roi et de sa fonction si particulière dans les monarchies sacrées française et anglaise.

Cet étrange échange entre une irresponsabilité momentanée et une « surresponsabilité » devant une instance plus exigeante est le cœur du serment judiciaire. Le serment et sa persistance moderne montrent la nécessité de s'appuyer sur un autre registre que le seul plan légal. Il introduit une dimension théologico-politique, c'est-à-dire à la frontière où les règles formelles de la démocratie et de l'État de droit doivent s'assurer le secours d'une autre puissance, celle-là même que convoque le serment. Il rappelle que juger n'est pas un métier ordinaire. À travers l'application du droit dont il a la charge, il est le dépositaire d'une certaine dimension symbolique dont nos démocraties ne peuvent se passer (et qui se renforce même au fur et à mesure que la société précisément se libéralise, se laïcise et se désacralise).

Cette fonction si éminente de discriminer le vrai du faux, de distinguer le juste de l'injuste, qui expose tant les juges, n'appartenait autrefois qu'à Dieu. C'est probablement pourquoi elle conserve quelque chose du sacré. C'est ce qui explique également qu'elle soit garantie par un serment. Le serment est l'essence même de l'office du juge : en tant que mécanisme d'auto-malédiction conditionnelle, il lui confère une autorité particulière en même temps qu'il l'expose à une responsabilité accrue. Le serment n'est requis que parce que la fonction de juger n'est pas un métier ordinaire.

L'autorité dont jouit le juge ne sert pas qu'à apporter un peu de confort à des décisions angoissantes. Grâce à cette autorité, le juge peut exercer pleinement son office qui est de prendre en charge la part refoulée de la politique, de manier la peine dans une société démocratique saisie par la douceur (ce qu'avaient anticipé Tocqueville ou Fauconnet), de tenter d'apporter des certitudes dans un monde qui a fait de l'indétermination sa valeur cardinale, de rappeler les limites à des individus à qui l'on a promis une liberté totale.

Les juges sont déroutés par la justice de cabinet qui les prive de la ressource symbolique de l'audience publique. Débarrassé de tout l'appareil rituel, le juge doit inventer lui-même son rôle : c'est plus intéressant mais plus exigeant. Dans le tête-à-tête du cabinet, le JAP, le JE ou le JAF doivent « jouer » le juge et inventer un rôle dont le livret n'est pas écrit, contrairement au rituel. Cela expose l'institution à une disparité qui n'était pas aussi grande quand tout se passait en salle d'audience. Cette évolution de la justice montre que le juge ne peut atteindre cette fonction symbolique seul : il a besoin de la présence d'un tiers taisant, celle du greffier, qui assure l'autorité du juge, dans les deux sens du terme, c'est-à-dire qui à la fois la procure et la garantit.

Ceci démontre que la fonction symbolique de la justice n'appartient pas qu'au seul juge : elle est le fait de toute l'institution. Beaucoup d'autres participent de cette autorité symbolique, à commencer par le greffier. Au-delà de son rôle de *tiers du tiers* à l'audience, le greffier accomplit une fonction d'authentification qui a, par définition, partie liée avec la dimension symbolique de l'institution. Cette fonction est de la compétence propre du greffier, elle est autonome et n'est pas liée au juge. Il n'y a pas qu'aux greffiers que la dimension symbolique de l'autorité judiciaire est déléguée : elle l'est également, quoique dans une proportion moindre, aux SPIP, à la PJJ ou aux enquêteurs et aux experts, qui lui permettent de continuer de s'exercer dans le fonctionnement très quotidien de la justice. Tous ces acteurs ont une part de l'autorité par rapport aux autres travailleurs sociaux, experts des parties, etc. On ne peut en trouver l'équivalent dans la culture juridique américaine, car le poumon initial de sacralité fait défaut.

Le mot « symbolique », remarque Foucault, jouit de grands prestiges¹³⁰. Le risque est alors d'enfermer la dimension symbolique du juge dans une sorte de tautologie : le juge est symbolique car il est symbolique. C'est pourquoi nous nous sommes efforcés tout au long de ce rapport d'élucider l'autorité dont jouit le juge et de dépasser le statut d'une aura qui se porterait d'autant mieux qu'elle ne serait pas analysée.

La décision elle-même n'est pas déléguable car elle est liée au serment. Mais qui décide dans le cas d'un contentieux répétitif et barémisé ? Est-ce le juge qui donne le coup de tampon ou n'est-ce pas plutôt ceux qui ont décidé en amont du barème ? Les parties elles-mêmes qui se sont accor-

¹³⁰ M. Foucault, *Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en justice*, cours de Louvain, 1981, Louvain, Presses universitaires de Louvain, 2012, p. 209.

dées ? D'ailleurs, l'idée de collégialité désigne un auteur collectif qui excède la somme des juges qui composent le collège. Ils expriment la voie du droit et de la raison, capable de tempérer les passions individuelles.

LA PRUDENCE

Si l'autorité est une *condition* de la pleine réalisation de l'office, la seconde vertu agissante – la prudence – se situe plutôt du côté de l'*horizon* de l'office. La prudence est définitivement liée à l'autorité dans la mesure où l'autorité emporte démonstration de la prudence. L'autorité, qui est recherche de l'adhésion de ceux à qui elle s'impose, suppose une connaissance, une compétence, une « perspicacité » non usurpées et reconnues à celui sous l'autorité duquel on se place. Cette « plus grande perspicacité¹³¹ » du juge, qui fonde son autorité, est sa prudence. Une prudence qui lui commande – lui tiers exposé, indépendant.

L'idée de prudence, dont il a déjà été question, est aussi ancienne que la justice. Jean de Coras et Bernard de La Roche-Flavin, tous deux conseillers au parlement de Toulouse dans la seconde moitié du XVI^e siècle, se sont particulièrement illustrés, plaçant la prudence au cœur de l'office du juge. Ils reprennent l'idée, classique, que la prudence s'appuie sur le temps pour être efficace. Et d'abord dans ce que nous appellerions aujourd'hui une *gestion* du temps procédural, « la prudence d'un juge [consistant] à n'user point de précipitation¹³² ». C'est ensuite dans l'écoute équitable des parties que le juge *peut prendre le temps* de la réflexion¹³³, forme de distance temporelle.

La prudence indique que le juge se situe dans un temps qui n'est pas celui de l'action ordinaire : son objectif n'est pas que dans le temps présent. Le juge introduit toujours le temps long, le cycle long du jugement dans le cycle court pour reprendre l'image de Paul Ricœur. Il a la perspective de la vie entière : la prudence de rédiger un jugement au moment du divorce qui anticipe le fait qu'il sera lu par les enfants au décès des parents. Prendre en compte la capacité future dans le jugement présent, c'est le fond de la tutelle.

La prudence, c'est la perspicacité elle-même, c'est la connaissance en même temps que l'expérience, la clairvoyance, cette *disposition* qui vient nourrir l'autorité, ce « plus » que les autres n'ont pas. La prudence est, par l'ensemble de ce qui précède, une aptitude du juge (mais qui n'habite pas que le bon juge) à « discerner le bien, le mal et ce qui n'est ni bon ni mauvais » (Cicéron). On voit bien que l'autorité et la prudence constituent un lien immédiat entre le justiciable et le juge.

131 Voir H. G. Gadamer sur la notion d'autorité, in *Vérité et méthode*, Tübingen, 1960, É. Sacre (trad.), 1976, édition revue et complétée par P. Fruchon, J. Grondin, G. Merlio, Paris, Seuil, 1996, p. 300-301.

132 J. de Coras, *Discours...*, *op. cit.*, p. 27.

133 « En quatrième lieu, la prudence du juge consiste à écouter bénévolement les parties, autrement on lui pourrait justement opposer ce que la pauvre femme osa dire à Philippe roi de Macédoine irritée de ce que l'ayant instamment prié et sollicité d'entendre sa plainte, et le roi n'en faisant compte lui dit, ô roi écoute-moi ou quitte ta charge et cesse de régner. Il faut donc qu'un juge écoute humainement les parties, je dis tous également, et fasse comme Alexandre le Grand, lequel tandis que l'accusateur récitait son accusation, d'une main fermait une oreille et de l'autre écoutait, et interrogé pourquoi il en usait ainsi, répondit, je garde l'autre oreille entière pour l'accusé. Toutefois ne doit le juge en écoutant les parties ficher ni asseoir jugement aucun sur leur dire : car comme il advient souvent, celui qui plaide pour illustrer toujours sa cause, déduit plusieurs choses en parlant qui ne sont du procès [...] », J. de Coras, *Discours...*, *op. cit.*, p. 26.

Le juge doit faire preuve de discernement en poursuivant le seul intérêt qui mérite son attention : le bien juger, qui consiste en un choix avisé issu de l'expérience et du savoir. Ainsi, « la prudence du juge consiste à bien choisir, et *circumspectement* discerner parmi tant et tant de contraires preuves, et raisons et circonstances, [...] pour ne s'arrêter point à la clameur du peuple, ni à l'avis du plus grand nombre des assistants, mais simplement suivre la vérité et avec jugement choisir et remonter l'équité et justice de la cause¹³⁴ [...] ». Ce discernement, ce choix avisé est rendu possible par une expérience qui ne se résume pas au vécu passif des choses de la vie, mais se double d'un rôle actif par la connaissance : « [La prudence du juge c'est] la connaissance, et le choix des choses qu'il faut désirer, ou fuir, c'est la juste estimation, et triage des choses ; c'est l'œil qui tout voit, qui tout conduit et ordonne¹³⁵ ».

La prudence, quoique permanente, s'adapte aux défis que lance chaque époque au juge. La prudence ne peut que monter en puissance lorsque le néolibéralisme redéfinit l'action comme une intensification du présent. Lorsque l'action est essentiellement une réaction, cela veut dire qu'elle puise sa raison dans l'action d'un autre, mais pour la justice ce n'est pas possible : le jugement puise sa raison dans le passé, dans le litige présent, mais dans le temps long. C'est le raisonnement des conciliateurs pour la médiation qui doit prendre en compte le temps long de la relation des parties en cause. C'est toute la délicatesse que réclame la justice de la famille.

Autorité et prudence, la bivalence des différents offices du juge

Les deux dispositions de l'autorité et de la prudence prennent toute leur signification au regard d'une caractéristique commune à tous les offices, à savoir leur bivalence. L'office jurisprudentiel donne acte à un pouvoir de créer la norme en même temps qu'il contraint ce pouvoir, l'office libéral limite le pouvoir et l'autorise, l'office tutélaire borne la capacité dans le but de la renforcer, l'office processuel à la fois lie et tranche, l'office sanctionnateur punit et garantit la réinsertion. La prudence est la formalisation de ce choix entre deux impératifs opposés d'égale dignité.

L'office du juge conduit au plus profond du rôle du droit qui rend libre en interdisant, fait grandir en imposant des contraintes, autorise le pouvoir en lui imposant des limites. En bref, le juge s'adresse en démocratie à une couche plus profonde que le simple registre du droit formel car il est ce qui agence les droits entre eux. L'office incarne la dimension aristocratique indispensable à la démocratie, l'emprise du collectif nécessaire pour faire surgir un individu. Il est en soi un acte de conciliation même quand il consacre les thèses d'une partie contre l'autre. Il est l'antérieur du débat car il autorise la confrontation pacifique de points de vue divergents et opposés. Le procès, à l'instar des institutions démocratiques, est la nouvelle « scène de la démocratie », c'est-à-dire le lieu de co-présence devant un tiers de justice. Ce tiers ne peut être absolument comme les autres et doit bénéficier non seulement d'un statut mais aussi jouir d'une autorité. Les institutions lui aménagent un statut, à lui de faire le reste.

Le procès est une instance d'inter-narrativité : le juge doit prendre en considération non pas un seul objectif, comme le législateur ou n'importe quelle action ordinaire, mais plusieurs objectifs contradictoires : prendre en compte la souffrance de la victime et les circonstances atténuantes de

¹³⁴ J. de Coras, *Discours...*, *op. cit.*, p. 25.

¹³⁵ B. de La Roche-Flavin, *Treize livres...*, *op. cit.*, p. 437.

l'accusé, assurer la sécurité de la cité et garantir les droits de chacun. L'autorité et la prudence bien exercées permettront une reconnaissance mutuelle et simultanée.

La contribution des juges à la démocratie se situe dans une catégorie d'action particulière qui peut réaliser des opérations simultanées, lesquelles peuvent paraître contradictoires. Ce n'est pas un agir ordinaire mais un acte qui se situe toujours sur deux plans : sur le plan de l'action dans le monde réel et sur le plan symbolique de la fondation.

L'autorité et la prudence relèvent d'un registre plus profond que celui du conflit des intérêts et des intérêts antagonistes : celui de la fondation, commun au droit constitutionnel et au droit pénal qui en sont comme le positif et le négatif¹³⁶. Parce que précisément la position de l'autorité est celle de la synthèse où, plus exactement, du *dépassement des contraires*, de la résolution des antagonismes. Son existence reconnue est en soi une garantie de paix.

UN APPEL À GARANTIES

L'autorité et la prudence se posent donc comme un complément de l'indépendance statutaire. Il n'est pas possible néanmoins de refermer ce rapport sans poser la question ultime : qui garantira un exercice vertueux de ces dispositions d'esprit ? Certes, elles comportent en elles-mêmes leurs propres garanties : par le besoin de l'autorité d'être crédibilisée par l'élaboration en partie commune avec les avocats, par l'assentiment silencieux des parties, par la publicité et l'argumentation. Il n'empêche qu'elles demeurent liées à la figure d'un pouvoir bienveillant.

Séparation des pouvoirs et séparation à l'intérieur du pouvoir de juger

Notre enquête sur l'office du juge a rencontré une difficulté que nous ne pouvons que signaler à défaut d'y apporter une véritable réponse. Cette descente dans l'intimité de l'art de juger dans la justice française d'aujourd'hui nous a permis de mettre le doigt sur une fragilité particulière non seulement de la « puissance de juger » mais aussi de l'exercice du pouvoir politique, c'est-à-dire de toute une culture – la nôtre – qui n'arrive pas à séparer le pouvoir. Pas plus celui du juge que celui du pouvoir politique.

Le procès français, tel que dessiné par son histoire, ne développe pas spontanément de contre-pouvoirs ; un peu à l'image des institutions politiques où la représentation nationale tend à monopoliser la légitimité politique et à refuser tout contre-pouvoir à l'autorité judiciaire. On relèverait ainsi une sorte de continuité entre la physionomie du pouvoir et celle du procès, l'un et l'autre se montrant hostiles à des contre-pouvoirs internes. Le procès exprime le même besoin que l'État de voir ses différentes fonctions séparées pour en garantir le bon fonctionnement.

La même difficulté du pouvoir politique à accepter le contre-pouvoir du juge se retrouve dans l'acte de juger dans lequel le juge montre la même réticence à accepter des contre-pouvoirs. Peut-être même que la puissance que l'on constate dans le rôle du juge dans le procès est l'une des causes de sa difficulté à s'accorder avec le pouvoir politique. exécutif ?

¹³⁶ Voir sur ce point A. Garapon, *Peut-on réparer l'histoire ? Esclavage, colonisation, Shoah*, Paris, Odile Jacob, 2009.

Il ne suffit pas d'être investi du pouvoir de juger pour atteindre à la qualité de tiers (où l'on retrouve notre débat entre légitimité et autorité). La qualité de tiers doit, elle aussi, être reconnue : c'est le sens de la jurisprudence de la CEDH sur l'apparence de l'impartialité. L'impartialité n'est pas une lubie de la CEDH ou une idée seulement « anglo-saxonne » : elle fait pièce avec une nouvelle représentation du droit comme règle du jeu qui travaille toutes nos institutions, comme en témoigne la récente jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le juge des enfants¹³⁷.

Ce souci de l'apparence de l'impartialité devra poser un jour la question du maintien des juges et des procureurs au sein d'un même corps avec la possibilité de passer d'une fonction à une autre tout au long de la carrière. Toutes les recommandations que nous faisons vont dans le sens d'une différenciation des fonctions entre les juges et les procureurs : à ces derniers la gestion des flux, l'articulation avec les autres institutions et la société civile, aux premiers les décisions individuelles en tenant à distance toute considération de politique publique.

Mais allons plus loin : les réquisits d'une impartialité objective ne réclament-ils pas que le juge lui-même évolue lentement d'une autorité avec les qualités que l'on vient de détailler, vers un pouvoir tiers, plus neutre et plus distancié des parties ? Un juge plus froid en quelque sorte mais aussi plus garantiste. La clarté des rôles grandira, indubitablement, mais les justiciables y gagneront-ils ?

137 Décision n° 2011-147, QPC du 8 juillet 2011 – Conseil constitutionnel.

CONCLUSION

UN CHANGEMENT PAR LA CULTURE PLUS QUE PAR DES MESURES

Le présent travail s'inscrit à la suite d'une série de rapports sur la justice : les rapports Delmas-Marty¹, Truche², Coulon en 1997³, Guinchard⁴, les rapports Bouchet 1 et 2⁵, les deux rapports Magendie⁶, le rapport Darrois⁷, sans oublier les excellents rapports parlementaires notamment du Sénat, insuffisamment connus ; auxquels il faudrait ajouter les contributions de la société civile : le rapport d'Hubert Dalle et de Jean-Paul Jean⁸, et plus récemment le rapport de la Fondation Jean Jaurès⁹, les notes de l'Institut Montaigne¹⁰, le rapport du Club des juristes sous la direction de Loïc Cadiet¹¹. Les diagnostics sont là, et le plus souvent ils convergent sur le constat (les divergences se concentrant sur des questions de statut comme le juge d'instruction, la séparation du siège et du parquet ou sur la composition du CSM). Le consensus se fait sur les remèdes, à savoir la nécessité de rationaliser les procédures, de développer des modes alternatifs de règlement des conflits, de recentrer le travail du juge, d'améliorer l'administration des juridictions, de prendre plus en considération les demandes des usagers de la justice (en concevant un droit des justiciables sur le mode du droit des malades de Jean-Paul Jean), de rapprocher les avocats et les magistrats (rapport Bénichou), de réformer l'aide juridictionnelle (rapport Bouchet) ou de se préparer à relever les défis de la mondialisation (rapport Darrois).

Beaucoup donc a été dit, et le plus souvent mis en œuvre, et pourtant nombre de problèmes persistent. Ces réformes se heurtent à une résistance plus profonde, celle-là même que nous avons voulu aborder. Il nous est apparu que l'urgence aujourd'hui était moins de proposer d'ajouter de nouvelles mesures que de comprendre pourquoi celles qui ont été prises ont été peu ou pas appliquées. Les exemples ne manquent pas : l'acte d'avocat, la concentration du procès en première instance, le visa des écritures, sans parler des modes alternatifs dont on se gargarise mais qui ne parviennent pas, en matière civile, à faire baisser les contentieux.

¹ M. Delmas-Marty (dir.), *La Mise en état des affaires pénales*, rapport pour le ministère de la Justice, Paris, La Documentation française, 1991.

² P. Truche (dir.), *Rapport de la commission de réflexion sur la Justice*, rapport au président de la République, Paris, La Documentation française, 1997.

³ J.-M. Coulon (dir.), M.-N. Teiller, E. Serrand, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, rapport au ministre de la Justice, Paris, La Documentation française, 1997.

⁴ S. Guinchard (dir.), *L'Ambition raisonnée d'une justice apaisée*, op. cit.

⁵ P. Bouchet (dir.), *Rapport de la commission d'accès au droit et à la justice*, Paris, La Documentation française, 2001.

⁶ J.-C. Magendie (dir.), *Célérité et qualité de la justice – la gestion du temps dans le procès*, rapport au ministre de la justice, Paris, La Documentation française, 2004 ; J.-C. Magendie (dir.), *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, rapport au ministre de la Justice, Paris, La Documentation française, 2008.

⁷ J.-M. Darrois (dir.), *Vers une grande profession du droit*, op. cit.

⁸ J.-P. Jean (dir.), M.-L. Cavrois, H. Dalle, *La Qualité de la justice*, Paris, La Documentation française, 2002.

⁹ D. Chekroun, H. Nallet (dir.), *Pour un État de Justice*, Paris, Fondation Jean Jaurès, 2012.

¹⁰ P. Cahuc, S. Carcillo, *Les Juges et l'économie : une défiance française*, op. cit.

¹¹ L. Cadiet (dir.), *Pour une administration au service de la justice*, Le Club des juristes, Commission gouvernance de la justice, mai 2012.

Les précédents rapports ont adopté une approche *problem solving*, c'est-à-dire qu'ils se sont attelés à identifier des problèmes pratiques en s'efforçant d'y apporter un remède. Ils ont proposé des améliorations de structure sans s'intéresser à la culture, alors que c'est dans cette dernière qu'il faut chercher les causes qui déterminent le succès ou l'échec de la thérapeutique.

DES TRANSFORMATIONS PROFONDES

Les causes sont tout d'abord de nature *sociologique* : la sociologie de la magistrature a changé, comme celle du barreau d'ailleurs. Les deux corps sont traversés par une fracture générationnelle : les jeunes professionnels entrés dans la magistrature depuis les années 2000 n'ont pas les mêmes références culturelles que les générations antérieures, ni les mêmes inquiétudes (les promotions ont notamment été profondément marquées par les affaires d'Outreau et de Pornic), la proportion de femmes y est beaucoup plus grande et ils n'ont pas les mêmes relations ni entre eux, ni avec la hiérarchie. Quelles sont leurs motivations ? Leurs aspirations ? Les connaître semble la première démarche que devrait faire toute bonne gestion des ressources humaines. La carrière d'une jeune femme qui entre à l'École nationale de la magistrature en 2013 ne peut être pensée exactement de la même manière que celle d'un « baby boomer » ayant réussi le concours dans les années 1970. Nos contemporains veulent vivre plusieurs vies en une, pourquoi ne pas penser une carrière de magistrat par tranches ? Le sentiment d'être plus isolé que les générations précédentes est souvent revenu, comme celui de se sentir coupé de la hiérarchie.

D'autant que s'y ajoute une sorte de séparatisme professionnel tant le fossé entre les magistrats et les avocats semble s'être creusé. Certes, l'importance des statuts n'est pas nouvelle dans notre pays, mais la distance s'agrandit également entre greffiers et magistrats. Ce qui n'est pas si surprenant puisque le niveau de diplôme tend au contraire à s'égaliser. L'autorité est plus difficile à exercer lorsque les statuts se rapprochent et l'indifférenciation peut générer une crise d'identité. Nous sommes condamnés à inventer ce que la tradition donnait en abondance : l'évidence d'un métier, les différences entre classes sociales, entre sexes et selon l'âge.

Nous avons aussi relevé le risque de dualisation que faisait encourir la mondialisation. L'écart s'agrandit entre des élites au contact avec la mondialisation et les autres. C'est principalement vrai pour le barreau mais la magistrature ne peut se croire immunisée contre un tel risque par son statut. L'esprit de corps tiendra – peut-être –, mais c'est le contentieux qui partira ! Et il ne nous restera que les polémiques sur les occasions manquées.

Fracture générationnelle, dualisation des corps professionnels, exaspération des antagonismes statutaires professionnels convergent pour identifier un risque de fragmentation (qui est le péril majeur que nous fait encourir la mondialisation dans tous les domaines, songeons à l'accroissement des inégalités ou à la relégation urbaine par exemple). Cette fragmentation exerce des effets délétères sur la justice française qui a plus que jamais besoin de s'appuyer sur l'unité des corps et sur une collaboration resserrée entre le barreau, le palais et l'université pour devenir plus forte. Si la justice pour les gros contentieux financiers devait faire sécession de la justice quotidienne,

tous y perdraient : les uns en crédit, les autres en *crédits*. C'est un défi majeur que de jeter des ponts entre ces mondes qui s'éloignent et d'imaginer des transitions douces entre des époques qui s'opposent.

Les résistances au changement sont ensuite de nature *culturelle* : les lois ne sont pas appliquées et l'on continue de légiférer sans dresser le bilan des réformes précédentes. Prenons un exemple : la déjudiciarisation par la généralisation de la conciliation n'arrive pas à prendre dans notre pays. Peut-être se heurte-t-on à la culture latine plus polarisée et plus conflictuelle que la culture des pays d'Europe du Nord. Conséquence de ce fait ou cause première, la conciliation est mal perçue par les magistrats et les avocats qui y voient une déconsidération de leur statut dans une « culture de l'honneur » adossée à la peur du déclassement¹². Ces professionnels vivent comme une déconsidération sociale le fait que d'autres non qualifiés puissent accomplir les mêmes missions qu'eux. Aucun fatalisme dans un tel constat qui demande seulement que l'on s'y prenne autrement pour développer la conciliation, en expliquant aux juges que leur office sortira rehaussé s'ils disposent de plus de temps pour se consacrer à des vraies audiences, ou en partant du modèle économique de la profession d'avocat. Un État de droit digne de ce nom ne peut vivre sans une profession d'avocat, libre et prospère ; à toutes les parties concernées de se mettre autour d'une table pour cogérer les deniers de l'aide juridictionnelle. Ainsi la clé de la réforme de la justice ne serait-elle pas dans la procédure mais dans l'économie, pas chez les juges mais chez les avocats, non dans les lois mais dans les mœurs.

Les enjeux sont enfin *radicaux* dans le sens où les changements se situent à un niveau de profondeur inédit : c'est le rapport au temps, à l'espace troublés par les nouvelles technologies, voire la présence au monde. Un engouement naïf pour le management fait craindre de voir se substituer aux différentes fonctions judiciaires la simple recherche de rentabilité et la réalisation d'économies, une dénaturation du métier donc. La mondialisation, on l'a dit, fait peser sur notre droit français une menace existentielle. Tout cela est bien angoissant.

ASSURER LE CHANGEMENT

La justice du XXI^e siècle se trouve à l'articulation entre deux mondes (ne dit-on pas que l'on est à « un changement de civilisation » ?) : entre un univers exclusivement national, un monde matériel de la rencontre physique et de l'écrit, où régnait la loi et où les professions étaient bien chez elles d'une part, et un nouveau monde qui déroute car il est dématérialisé, en partie déterritorialisé, où toutes les frontières se brouillent et où l'avenir « n'est précédé d'aucun testament¹³ ». Nous voici donc en partie expulsés de nos prétoires et propulsés dans une transition qui n'en finit pas : il n'est pas possible de revenir en arrière car ces changements sont portés par le progrès technologique ou une démocratisation de la justice ; n'en sommes-nous qu'au début ou verrons-nous bientôt la fin ? Comment avancer ?

¹² On aura reconnu les références au livre de P.D'Iribarne, *La Logique de l'honneur Gestion des entreprises et traditions nationales*, Paris, Seuil, 1989.

¹³ Aphorisme de René Char dans *Feuillets d'Hypnos* (1946), réimp. Paris, Gallimard, coll. « Folioplus », 2007.

Toute solution risque d'être vécue comme une violence si elle n'est pas précédée d'un travail de *rassurance*. « N'ayez pas peur », dit Serge Guinchard¹⁴. Ces enjeux sont angoissants parce qu'ils sont profonds nous l'avons dit, mais aussi parce qu'ils ne sont pas nommés. C'est pourquoi il est apparu primordial de rassurer les juges. Comment ? En les équipant de repères identitaires sur leur office qui leur permettent de s'orienter dans ces évolutions, en leur proposant une réflexion sur l'avenir de leur métier s'enracinant dans leur passé. Un passé qui n'a pas commencé avec le code civil mais avant, et qui avait été largement refoulé par deux siècles de positivisme.

Rassurer sur le sens de l'office : c'est ce que nous avons voulu commencer de faire en parlant du métier en le reliant à la justice et pas seulement à des questions techniques. Pour affronter les défis à la fois inquiétants et excitants qui attendent les juges, nous avons pensé qu'il fallait renouer le contact avec une longue tradition remontant à l'Antiquité. C'est dans l'histoire et dans la philosophie qu'on allait trouver les prises pour avancer. C'est la raison pour laquelle des orientations pour l'avenir suivent dans chaque chapitre un retour sur l'histoire et les défis de chaque office. Il est d'autant plus important que les juges trouvent à s'assurer – au sens que les alpinistes donnent à ce mot – que c'est d'eux que nos contemporains attendent des repères. La justice est en effet appelée à jouer dans la société démocratique le rôle d'instance de rassurance morale que l'on a repérée dans le retour contemporain des « grands procès ».

Plutôt que de réformer à la hussarde, il faut prendre la mesure de l'*ambivalence* des attentes contemporaine : la demande massive d'arbitrage judiciaire va paradoxalement de pair avec une revendication d'autonomie du sujet démocratique qui désire être l'auteur de sa propre vie. Cette ambivalence est relayée par une autre, qui affecte les juges cette fois : ceux-ci sont partagés entre d'une part le souci de répondre à toutes ces demandes et de prendre en charge les difficultés concrètes des justiciables, et, de l'autre, le désir de retrouver une place de juge plus claire, au périmètre mieux défini. Pour être complet il faudrait augmenter ce recensement des ambivalences par les sentiments mêlés que la culture française nourrit à l'égard du droit et des juges. Elle en ressent l'importance mais résiste à s'en remettre à des tiers, pourtant indispensables. Le vent de l'histoire porte des juges à qui elle a toujours du mal à reconnaître la dignité démocratique. On sent d'ailleurs un décalage entre l'importance des enjeux et la conscience qu'en ont les juges. Paradoxalement, les juges veulent et ne veulent pas du grand rôle qu'ils sont appelés à remplir dans notre société.

Si c'est bien une mutation culturelle que vit actuellement la justice (à l'instar de toute la société), c'est dans une évolution culturelle que l'on pourra trouver des pistes. Qui dit évolution dit un mouvement qui n'a pas l'éclat des lois, qui marche à un pas plus lent que les réformes législatives et qui travaille les mentalités plutôt que les statuts. La culture est constituée par une précompréhension du monde, par un ensemble de représentations partagées, en d'autres termes par du sens commun. Toute culture, ainsi comprise, est un système de justice à l'aune duquel un peuple juge ses institutions.

¹⁴ En allusion à la célèbre phrase de Jean-Paul II ; conclusion au colloque de printemps du tribunal de grande instance de Paris, *Le Juge à l'écoute du monde, un nouvel office pour le juge du XXI^e siècle*, 21 mars 2013.

CHANGEMENT PAR LA LOI, CHANGEMENT PAR LES MŒURS

Peut-être avons-nous touché ces dernières années les limites du changement par la loi. Les réformes se sont tellement accumulées ces dernières années qu'elles déroutent les juges et qu'elles ont dévalorisé l'instrument lui-même. Tant va la cruche à l'eau... L'enjeu, avons-nous pensé, est d'imaginer une nouvelle manière de transformer à long terme la justice dans notre pays. Une réforme de la réforme en quelque sorte, qui ne privilégie plus la loi mais d'autres moyens plus indirects : les hommes autant que les institutions, les intérêts autant que les décrets, la coopération autant que l'injonction, l'exemplarité autant que la légalité. Montesquieu ne disait-il pas déjà que les changements les plus profonds s'obtiennent par les mœurs et non par les lois.

La loi est en effet en bout de technologie dans le sens où elle ne peut concevoir le changement autrement que de manière verticale, descendante, toujours tributaire d'une vision mécaniciste de l'institution. Mais une institution n'est pas un ensemble de mécanismes, c'est une communauté humaine dont le niveau de coopération sera au moins aussi déterminant pour la qualité, que de bonnes procédures.

Le changement a été « pensé en silo », pour reprendre une expression managériale, c'est-à-dire de manière cloisonnée et indépendante pour la magistrature, chez les avocats et dans l'université. Mais c'est toute la filière juridique qui subit les secousses d'un même séisme et c'est pourquoi il faut désormais envisager le changement de manière transversale, stratégique et collective.

Procéder par généralisation d'expérience et non pas institution *ex abrupto*

Les changements sont profonds et les enjeux énormes, et l'on a été frappé par le grand dynamisme de certaines juridictions qui avaient anticipé ces évolutions, et qui y avaient répondu de manière originale. Elles nous ont beaucoup appris et nous ont amenés à estimer que bien souvent les solutions sont moins à inventer qu'à rechercher dans les innovations imaginées par les professionnels. Se pose alors la question de la généralisation de ces pratiques et puis, encore après, celle de garantir la permanence du changement. Voilà un autre trait de notre culture qui ne manque pas de génie, ni d'attachement au service public, mais peine à les pérenniser. Le changement aussi est trop individualiste ! Une fois le juge innovateur parti, la mémoire de ce qu'il avait fait s'évapore car son successeur n'en a même pas connaissance.

Nous avons tendance à n'envisager le changement qu'au niveau national. Mais nombre d'expériences et de réalités locales ne sont pas visibles depuis Paris. Il y a quelque chose du petit groupe qui doit rester dans le petit groupe. Le nouveau modèle de professionnalité « appelle un fonctionnement de type coopératif : la fonction demeure individuelle mais elle prend une dimension collective ; elle est fondée sur une formation et un statut mais cette expérience doit être sans cesse actualisée. L'appartenance au grand groupe professionnel n'est plus le gage de l'expérience. Plus que jamais le petit groupe est nécessaire¹⁵ ». L'échelon local doit au moins compléter le niveau national si l'on veut que la juridiction soit dynamique, mais il y a une autre raison qui touche de plus près le plaisir

¹⁵ F. Guinsbourger, « Réinventer la relation avec le public », *Esprit*, n° 2013-2, février 2013, p. 91.

à travailler du juge. Un management intelligent (qui se déprend donc des habitudes autoritaires de l'administration) part des hommes et des femmes qui peuplent une juridiction et qui sont prêts à beaucoup pourvu qu'on leur explique.

Une communauté apprenante

Devant la complexité actuelle, plus personne ne peut prétendre tout comprendre et vouloir tout régler depuis le haut. C'est en renforçant le sentiment collectif que les choses pourront changer. La sagesse judiciaire ne l'avait-elle pas anticipé, en voyant dans la collégialité le milieu naturel du juge ? Sauf qu'aujourd'hui, elle doit prendre d'autres formes qu'un panel de juges. L'esprit collégial doit s'étendre au barreau en l'incitant à imaginer d'autres méthodes de travail plus collaboratives, en levant le tabou du salariat. Ce mouvement semble d'ailleurs en marche.

Une action sur les acteurs par des incitatifs et non par des ordres

Veut-on promouvoir les modes alternatifs de règlement des litiges ? Rien ne sert de toucher à la loi, recommandons plutôt de passer des accords entre barreaux et juridictions. Mieux : tentons de faire évoluer la culture des avocats qui reste trop dépendante de la plaidoirie. Car le changement est trop pensé à partir des juges alors qu'il se trouve en grande partie chez les avocats. La « démocratie des individus » fait de lui un acteur incontournable, l'interface entre l'autonomie individuelle et la responsabilité devant autrui. Il ne pourra remplir ce rôle éminent et largement nouveau qu'à la condition d'avoir les moyens juridiques et financiers de le faire. C'est donc d'eux – de leur formation, de leurs aspirations et de leur rémunération – qu'il faut partir.

La loi peut délivrer des consignes aux juges mais plus difficilement à des avocats – professions libérales – et encore moins à des citoyens. Ainsi les flux de contentieux peuvent très difficilement être réduits par la loi dans une démocratie car les parties pourront toujours à bon droit opposer l'accès à la justice et le droit au juge. Cela invite à déplacer la question d'une obligation par la loi à un système d'incitatifs et de désincitatifs. Il faut rendre la conciliation plus attractive d'un point de vue pratique, psychologique et économique pour les parties et leurs avocats : pas nécessairement en la rémunérant davantage que le procès mais en inventant une nouvelle manière de répartir les fonds dans laquelle les barreaux seraient plus impliqués et donc responsabilisés.

Il faut lutter contre les pratiques dilatoires qui font des recours abusifs pour se faire de la trésorerie, par un système de sanctions positives et négatives : élever par exemple dans des proportions considérables les montants accordés sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, établir une rémunération au procès fini qui ne tienne pas compte des actes.

RÉINTRODUIRE L'AUTORITÉ ET LA PRUDENCE DANS LA RÉFORME

Finalement, il faut attendre du gouvernant les mêmes qualités que l'on requiert d'un juge : prudence et autorité. Ces dispositions d'esprit concernent en effet toute action publique et pas seulement

celle des juges. On est en droit d'attendre d'un bon législateur qu'il ne touche aux lois qu'avec une main tremblante, qu'il porte son regard en effet sur des horizons lointains vers lesquels il souhaiterait nous emmener, plutôt que d'avoir les yeux rivés sur des indicateurs, qui ne racontent rien. Tout dans la démocratie le pousse à œuvrer en sens contraire. Une réforme prudente, c'est une réforme qui prend en considération le temps long et qui ne se satisfait pas de flatter l'instant.

La seconde valeur que ce rapport a réhabilitée est l'autorité. Non pas, on l'aura compris, l'autorité tirée d'un passé immuable ou d'un principe transcendant ; non, une autorité qui recherche au contraire l'assentiment permanent des personnes à qui elle s'adresse ; une autorité profondément démocratique donc. Le changement a été trop mené de manière autoritaire, il a désormais besoin d'autorité. Ce que réclament les jeunes générations, c'est de se retrouver dans des autorités professionnelles, auxquelles elles puissent s'identifier, auxquelles elles aient envie de ressembler. Le management est une nécessité mais s'il n'est pas incarné par une personne que l'on respecte ou que l'on admire, il sera mal reçu. La révolution numérique recèle une force extraordinaire mais si elle n'est pas jointe à une autorité, c'est-à-dire à un projet commun fédérateur des gens épris de justice et qui s'intègre dans les valeurs du procès équitable, elle restera à la porte des prétoires. Un changement durable ne pourra s'appuyer que sur des autorités dans la magistrature, au barreau et dans l'université, c'est-à-dire des professionnels qui rassurent les nouvelles générations en intégrant le passé dans l'avenir et qui réconcilient l'histoire longue de la justice avec la modernité. Qui les rendent fiers de leur siècle.

BIOGRAPHIES DES AUTEURS

ANTOINE GARAPON

Antoine Garapon a été juge des enfants avant de rejoindre l'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ) comme secrétaire général en 1991. Il a publié plusieurs ouvrages, dont *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire* (Odile Jacob, 1997), *Des crimes qu'on ne peut ni punir, ni pardonner* (Odile Jacob, 2002), *Juger en Amérique et en France. Culture juridique française et Common Law* (avec Ioannis Papadopoulos, Odile Jacob, 2003), *Les Juges dans la mondialisation* (avec Julie Allard, Seuil, 2005), *Les Nouvelles Sorcières de Salem. Leçons d'Outreau* (avec Denis Salas, Seuil, 2006), *La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice* (Odile Jacob, 2010).

SYLVIE PERDRIOLLE

Présidente de chambre à la cour d'appel de Paris, Sylvie Perdriolle a occupé ces dernières années les fonctions de directrice de la Protection judiciaire de la jeunesse (janvier 1998-septembre 2002), présidente de cour d'assises et présidente d'une chambre de la famille. Elle a publié avec Antoine Garapon *Quelle autorité ? Une figure à géométrie variable* (éd. Autrement, 2000). Elle rejoint l'IHEJ en 2012 pour l'assister dans ses travaux.

BORIS BERNABÉ

Boris Bernabé, agrégé des facultés de droit, est professeur à l'université de Franche-Comté. Il appartient au Centre de recherches juridiques de l'université de Franche-Comté (CRJFC) et au Centre Georges Chevrier de Dijon. Ses travaux portent principalement sur l'histoire de la justice et du droit privé, ainsi que sur la procédure civile. Il s'intéresse aussi à l'histoire des idées politiques et à l'histoire juridique de la culture. Il a publié à la LGDJ *La Récusation du juge. Étude médiévale, moderne et contemporaine* (2009). Et il rédige actuellement une *Histoire de la justice et du procès* (Montchrestien).

LISTE DES PERSONNES ENTENDUES PAR LA MISSION

M. Michel Allaix, président du tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence

Mme Julie Allard, professeur à l'université libre de Bruxelles

Mme Chantal Arens, présidente du tribunal de grande instance de Paris

M. Alain Auric, conciliateur à Grenoble, président de Conciliateurs de France

M. Robert Badinter, ancien garde des Sceaux, président du comité scientifique de l'IHEJ

Mme Anne Bérard, coordinatrice du service des affaires familiales du tribunal de grande instance de Paris

Mme Christiane Besnier, ethnologue au Centre d'histoire et d'anthropologie du droit (CHAD) de l'université de Nanterre

Mme Céline Bessière, maître de conférences à l'université Paris-Dauphine / Institut de recherche interdisciplinaire en sciences sociales (IRISSO)

Mme Émilie Biland-Curinier, professeur adjointe à l'université de Laval

M. Éric Bocciarelli, juge des enfants au tribunal de grande instance de Nancy, secrétaire général du Syndicat de la magistrature

M. Jean-Claude Bouvier, juge de l'application des peines au tribunal de grande instance de Créteil

M. Stephen Breyer, juge à la Cour suprême des États-Unis

Mme Laetitia Brunin, juge des libertés et de la détention au tribunal de grande instance de Nanterre

M. Benjamin Camus, sous-directeur de la Statistique et des études au ministère de la Justice

Mme Anne Caron-Deglise, magistrate déléguée à la protection des majeurs à la cour d'appel de Paris

M. Bruno Cathala, président du tribunal de grande instance d'Évry

M. Florent Champy, directeur de recherche au CNRS

M. David Chekroun, professeur à l'École supérieure de commerce de Paris (ESCP-Europe), *global research fellow* à la New York University

Mme Mondane Colcombet, ancienne présidente de la chambre de la famille à la cour d'appel de Paris

Mme Michèle Colin, conseillère chargée de l'application des peines à la cour d'appel de Paris

Mme Martine Compte, première présidente de la cour d'appel d'Orléans

M. François Cordier, avocat général à la Cour de cassation, chambre criminelle

M. François-Louis Coste, avocat général honoraire à la cour d'appel de Paris

M. Hubert Dalle, premier président honoraire de la cour d'appel de Rouen, président à la cour nationale du droit d'asile

M. Jean Danet, maître de conférences et directeur de l'Institut d'études judiciaires de Nantes, avocat honoraire

M. Pierre Delmas-Goyon, premier président de la cour d'appel d'Angers

Mme Renée Dolla-Vial, conciliatrice à Paris, avocate honoraire

Mme Dominique Dray, anthropologue et psychanalyste, chargée de formation à l'ENM

Mme Catherine Dujardin, présidente de section à la Cour nationale du droit d'asile

Mme Muriel Eglin, vice-présidente au tribunal d'instance du 12^e arrondissement de Paris

M. Harold Epineuse, secrétaire général adjoint de l'IHEJ

M. Duncan Fairgrieve, avocat au barreau de Paris, *barrister* au barreau de Londres, enseignant-chercheur à l'Institut d'études politiques de Paris et au British Institute of International and Comparative Law de Londres

Mme Christiane Feral-Schuhl, bâtonnier de l'ordre des avocats de Paris

Mme Aurélie Fillod-Chabaud, doctorante à l'Institut universitaire européen

M. Nicolas Fischer, chargé de recherche au Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales (CESDIP)

M. Philippe Florès, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation, vice-président de l'Association nationale des juges d'instance (ANJI)

M. Ludovic Fossey, secrétaire général de l'Association nationale des juges d'application des peines (ANJAP), vice-président en charge de l'application des peines au tribunal de grande instance de Créteil

M. Jean-Jacques Gandini, président du Syndicat des avocats de France (SAF)

M. André Gariazzo, magistrat, secrétaire général du ministère de la Justice

M. Jérôme Gavaudan, ancien bâtonnier membre du conseil de l'ordre des avocats de Marseille, élu au Conseil national des barreaux (CNB) en charge de la formation

M. Alain Girardet, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation

Mme Sibylle Gollac, chargée de recherche au CNRS

Mme Pauline de Gouville, enseignante à l'université de Cergy-Pontoise

M. Carlo Guarnieri, professeur à l'université de Bologne

M. Serge Guinchard, recteur honoraire, professeur émérite de l'université Panthéon-Assas, doyen honoraire de la faculté de droit de Lyon

M. Stéphane Hardouin, magistrat, directeur de l'École nationale des greffes (ENG)

M. Hervé Henrion, magistrat détaché à la direction de l'administration pénitentiaire

Mme Michèle Guillaume-Hofnung, professeur à l'université Panthéon-Assas, présidente de l'Institut de médiation Guillaume-Hofnung

M. Anthony Hooper, ancien *Lord justice of appeal*

M. Benoist Hurel, conseiller référendaire à la Cour de cassation, détaché auprès de la Ville de Paris

M. Robert Jacob, professeur à la faculté de droit de Liège, directeur de recherche au CNRS

M. Lucien Jaume, professeur à l'Institut d'études politiques de Paris, directeur de recherche au CNRS

M. Jean-Paul Jean, avocat général à la Cour de cassation, 1^{re} chambre civile

Mme Clotilde Jourdain-Fortier, professeur à l'université de Bourgogne, directrice de l'Institut d'études judiciaires de Dijon

M. Pierre Julien, conciliateur à Toulouse, vice-président de Conciliateurs de France

Mme Carolina Kobelinsky, anthropologue à l'École des hautes études en sciences sociales (EHESS)

Mme Marie-Françoise Lebon-Blanchard, présidente du tribunal de grande instance de la Roche-sur-Yon

M. Daniel Lecrubier, avocat général près la cour d'appel de Paris

Mme Vanessa Lepeu-Brisard, juge d'instruction au tribunal de grande instance de Bobigny

M. Philippe Lescène, bâtonnier de l'ordre des avocats de Rouen

M. Andrea Lollini, professeur à l'université de Bologne

Mme Nicole Maestracci, première présidente de la cour d'appel de Rouen, nommée le 12 février 2013 membre du Conseil constitutionnel

Les magistrats du tribunal de grande instance de Melun

Les magistrats du tribunal de grande instance d'Évry

Mme Véronique Malbec, directrice de l'Inspection des services judiciaires

M. Didier Marshall, premier président de la cour d'appel de Montpellier

M. Dominique Moisand, consultant

Mme Odile Mondineu Hederer, présidente de la chambre de la famille à la cour d'appel de Paris

M. Christian Mouhanna, chargé de recherche au CNRS, directeur adjoint du CESDIP

M. Henri Moyen, vice-président chargé de l'application des peines au tribunal de grande instance de Paris

Mme Brigitte Munoz-Perez, démographe, ancienne responsable du Pôle d'évaluation de la justice civile à la Direction des affaires civiles et du sceau (DACCS), membre du Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID)

M. Henri Nallet, ancien garde des Sceaux

Mme Isabelle Nicolle, conseillère à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation

Mme Marie-Jane Ody, présidente de chambre à la cour d'appel de Paris, secrétaire nationale de l'Union syndicale des magistrats (USM)

Mme Anne Pascal, conseillère à la Cour de cassation

Mme Dominique Patte, conseillère à la cour d'appel de Paris

M. François Pion, président du tribunal de grande instance de Marseille

M. Bruno Pireyre, président du tribunal de grande instance de Melun

M. Jacques Poumarède, conciliateur à Toulouse, professeur émérite de l'université de Toulouse 1

M. Michel Rismann, vice-président chargé de l'application des peines au tribunal de grande instance de Lyon

M. Jean-Luc Rivoire, ancien bâtonnier de l'ordre des avocats des Hauts-de-Seine

Mme Marie-Laure Robineau, conseillère à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation

Mme Isabelle Rome, conseillère à la cour d'appel de Versailles

M. Xavier Ronsin, directeur de l'ENM

M. Denis Salas, magistrat, rédacteur en chef des *Cahiers de la justice*, secrétaire général de l'Association française pour l'histoire de la justice (AFHJ)

M. Wolfgang Schild, ancien secrétaire d'État à la justice de la Sarre

Mme Gabrielle Schutz, maître de conférences à l'université Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

M. François Staechelé, président de chambre à la cour d'appel de Metz

Mme Hélène Steinmetz, doctorante au Centre Max Weber

Mme Catherine Sultan, présidente du tribunal pour enfants de Créteil

Mme Pascale Taelman, avocate au barreau de Créteil, ancienne présidente du SAF

Mme Irène Théry, sociologue, directrice d'études à l'EHESS

Mme Odile Timbart, statisticienne à la sous-direction de la statistique et des études

Mme Dominique Vallés, avocate au barreau de Rouen

Mme Virginie Valton, vice-présidente de l'USM

Mme Cécile Vigour, chargée de recherche au CNRS, chercheuse au Centre Émile Durkheim

TABLE DES MATIÈRES

	LETTRE DE MISSION DE MADAME CHRISTIANE TAUBIRA, GARDE DES SCEAUX	5
	SOMMAIRE	9
	AVANT-PROPOS	11
	REMERCIEMENTS	12
	LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	13
	INTRODUCTION	15
	L'OFFICE DU JUGE, UNE QUESTION REFOULÉE	15
Chapitre I	L'office du juge, au cœur des transformations démocratiques	25
	LE JUGE COMME RECOURS	25
	CONSTRUIRE UNE OFFRE DE JUSTICE EN AMONT	36
Chapitre II	L'office jurisprudentiel	47
	DIRE LE DROIT D'UNE MANIÈRE EXPLICITE EN TENANT COMPTE	
	DE CE QUI A ÉTÉ DÉCIDÉ PRÉCÉDEMMENT PAR LES AUTRES JUGES	
	NATIONAUX OU EUROPÉENS	47
	LA CONSTRUCTION D'UNE JURISPRUDENCE CONCRÈTE	60
Chapitre III	L'office processuel	65
	TRAITER LES LITIGES DE MANIÈRE HUMAINE, EFFICACE ET ÉQUITABLE	65
	UNE ŒUVRE JURIDICTIONNELLE COLLECTIVE	77
	MULTIPLICATION ET DIVERSIFICATION DES ASSISTANTS DE JUSTICE	83
Chapitre IV	L'office tutélaire	85
	PROTÉGER LES PERSONNES FRAGILISÉES...	85
	... QUI NE RÉSOLVENT PAS ELLES-MÊMES LEURS DIFFÉRENDS OU QUI NE	
	BÉNÉFICIENT PAS DU SOUTIEN NATUREL DES LEURS OU	
	D'UNE PROTECTION SOCIALE EFFICACE ET ACCEPTÉE	94

Chapitre V	L'office sanctionnateur	103
	SANCTIONNER ET PUNIR LES INFRACTIONS EN VEILLANT À CE QUE LE CONDAMNÉ SOIT RÉINTÉGRÉ DANS LA SOCIÉTÉ À L'ISSUE DE SA PEINE ET QU'IL NE PRÉSENTE PLUS DE DANGER EXCESSIF POUR ELLE	103
	RETROUVER LA VISIBILITÉ DE LA JUSTICE ET LA LISIBILITÉ DE LA PEINE	118
Chapitre VI	L'office libéral	125
	GARANTIR LES LIBERTÉS FONDAMENTALES À TOUTE PERSONNE SUSPECTÉE, DÉTENUE, RETENUE OU HOSPITALISÉE CONTRE SON GRÉ	125
	CONSOLIDER CET OFFICE	128
Chapitre VII	L'appel, sanction de l'office du juge	133
	L'APPEL CIVIL DOIT FORMER UN POINT D'ÉQUILIBRE ENTRE PROTECTION DES DROITS INDIVIDUELS ET SATISFACTION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL	133
	L'ABANDON DE L'APPEL GÉNÉRAL ET D'UN EFFET DÉVOLUTIF POUR LE TOUT	145
Chapitre VIII	L'autorité et la prudence, et après ?	147
	LES COMPOSANTES DE L'AUTORITÉ DU JUGE	149
	LA PRUDENCE	155
	CONCLUSION	159
	UN CHANGEMENT PAR LA CULTURE PLUS QUE PAR DES MESURES	159
	BIOGRAPHIES DES AUTEURS	167
	Liste des personnes entendues par la mission	168
ANNEXES		175
	RECOMMANDATIONS	177
	L'OFFICE DU JUGE : ENTRE SACRÉ ET POLITIQUE	181
	L'OFFICE DU JUGE PÉNALE EN MATIÈRE DÉLICTEUELLE	193
	LA GESTION DES CONNAISSANCES AU SEIN DE LA MAGISTRATURE	203
	JUSTICE – NTIC ET OFFICE PROCESSUEL DU JUGE	209

ANNEXES

RECOMMANDATIONS

1. Poursuivre l'allègement de la procédure judiciaire de divorce par consentement mutuel et reconnaître la possibilité d'une simple homologation judiciaire devant le greffe, en préservant le recours au juge si nécessaire.
2. Prévoir une campagne d'information pour rendre accessible le mandat de protection future introduit par la loi de 2007 et resté quasi inconnu du public.
3. Prévoir une procédure de gestion de l'allocation adulte handicapé à compter de l'âge de vingt ans qui ne passe pas par le juge des tutelles.
4. Définir des barèmes indicatifs de pension alimentaire par des commissions rassemblant tous les partenaires intéressés, et en assurer une large diffusion auprès des publics concernés de façon à permettre à chaque couple se séparant de disposer d'une référence objective et accessible.
5. Définir selon la même méthode des barèmes indicatifs d'indemnisation des préjudice corporel pour permettre une résolution plus objective de ces différends.
6. Qualifier les professionnels d'accueil du public dans tous les points d'accès au droit, maisons de justice et greffes, pour que soit réalisée une orientation vers une solution amiable des différends plutôt que vers un contentieux.
7. Former les professionnels des bureaux d'aide juridictionnelle dans le même esprit de façon à offrir une médiation dans le cadre d'une première consultation gratuite.
8. Favoriser une réorientation de la profession d'avocat vers les procédures participatives et le droit collaboratif plutôt que vers le contentieux.
9. Faire entrer dans le cadre de l'aide juridictionnelle les actes d'avocats visant à la résolution amiable des différends.
10. Valoriser la conciliation aux yeux des juges et les former à ses techniques.
11. Lancer une campagne publique de recrutement de conciliateurs pour permettre une offre crédible et suffisante de conciliation.

12. Orienter vers la médiation familiale, à un coût accessible et proportionnel aux revenus, dès que survient un différend relatif au paiement d'une pension ou à l'exercice de l'autorité parentale.
13. Favoriser le règlement collectif des différends (fonds de garantie, commissions administratives, assurances) lorsqu'un contentieux devient massif.
14. Expérimenter, dans une dizaine de ressorts, une méthode consistant à faire un inventaire précis des offres existantes en matière de résolution amiable des différends, en faire le diagnostic et proposer des articulations et des coopérations ; prévoir un comité de suivi associant juridictions, barreaux, universités et collectivités territoriales.
15. Associer davantage les citoyens aux décisions des administrations sociales les concernant et réserver la saisine du juge pour les affaires les plus graves.
16. Ouvrir le procès à des acteurs collectifs par la voie de l'action de groupe.
17. Recruter des juges en service extraordinaire, sollicités pour leurs compétences professionnelles dans des matières très spécialisées et particulièrement exposées à la concurrence mondiale (contentieux économiques ou boursiers par exemples).
18. Créer un groupe de travail chargé de faire des propositions en matière d'écriture des jugements et arrêts judiciaires.
19. Construire une « jurisprudence concrète » par domaine et pour chaque cour d'appel, en créant des services d'analyse consacrés à cette tâche et en lien avec l'université.
20. Étayer les listes professionnelles de discussion entre juges.
21. Susciter une collégialité de débat en instaurant des collèges de juges exerçant dans le même domaine d'activité.
22. Organiser des « chambres pénales » rassemblant tous les juges pénaux pour favoriser cette collégialité de débat.
23. Prévoir en toutes matières une collégialité procédurale dans les affaires complexes.
24. Organiser une collégialité d'administration des juridictions.
25. Nommer des juges expérimentés en première instance.

26. Développer des formations pluridisciplinaires pour les juges ; développer la connaissance des usages professionnels et des contraintes que rencontrent les différents acteurs avec qui les juges sont appelés à travailler.
27. Garantir le caractère judiciaire des audiences de cabinet par l'assistance des greffiers lors de ces audiences.
28. Retrouver un espace architectural pour les audiences de cabinet qui figure un lieu d'audience et non un simple bureau privé.
29. Identifier clairement une fonction de « maître de procédure » exercée par les greffiers en tant que responsables de la procédure et de l'interface entre juges, avocats et justiciables.
30. Créer des fonctions nouvelles d'assistants de justice : des préparateurs-rédacteurs de décisions, des assistants spécialisés chargés de l'analyse de la jurisprudence et de sa diffusion, et des auditeurs spécialisés dans des contentieux complexes ; les recruter parmi les jeunes avocats et universitaires, par contrats pluriannuels.
31. Concrétiser la coopération avec les barreaux à partir de la numérisation des écritures.
32. Développer des enquêtes de satisfaction auprès des professionnels de justice et, en premier lieu, auprès des avocats.
33. Développer des enquêtes auprès des usagers pour connaître leurs attentes.
34. Transférer le contrôle des comptes de tutelles vers des services compétents en ce domaine, tel le Trésor, ou vers des auxiliaires de justice.
35. Évaluer l'impact du renouvellement obligatoire des décisions judiciaires en matière de tutelles et d'assistance éducative.
36. Retrouver le sens des sanctions administratives, notamment dans le contentieux routier.
37. Redonner aux procureurs de la République une capacité de pilotage de l'action publique adaptée à un territoire donné.
38. Favoriser le développement de la connaissance des données pluridisciplinaires relatives à la délinquance sur un territoire, en lien avec l'université.

39. Donner en priorité des moyens aux services chargés de réaliser les enquêtes de personnalité avant les audiences pénales et d'éclairer sur les possibilités concrètes d'application des peines.
40. Faire des choix législatifs quant à l'exécution des peines inférieures à six mois. À défaut, définir des orientations nationales de politiques pénales pouvant s'adapter aux contextes locaux.
41. Spécialiser la fonction de juge des libertés et de la détention (JLD) dans les grandes juridictions, la conforter par une organisation juridictionnelle appropriée dans les petites et moyennes juridictions.
42. Organiser collégalement le cadre d'intervention des JLD et favoriser les partages d'expériences entre grandes juridictions confrontées aux mêmes questions de délinquance économique et financière, ou de grande criminalité.
43. Élargir le périmètre d'intervention du JLD, d'une part à la garantie d'un *habeas corpus* du numérique, avec l'attribution du contentieux du droit à l'image, et d'autre part, à la visite des établissements où s'exercent des atteintes aux libertés individuelles.
44. Limiter l'appel à la question de savoir quelle est la part de l'office qui n'a pas été respectée en première instance ; faire de l'appel une véritable chambre de l'office, elle-même soumise à la Cour de cassation.

L'OFFICE DU JUGE : ENTRE SACRÉ ET POLITIQUE

Par Julie Allard*

En choisissant le terme « office », l'IHEJ a sans doute voulu désigner à la fois la charge, le statut et l'action du juge, mais il a surtout voulu aborder cette charge, ce statut et cette action sans les réduire à une simple « fonction ». Aujourd'hui, pourtant, le terme de « fonction judiciaire », ou même de « fonction de juger », est souvent préféré à celui d'« office du juge ». Pourquoi ? Ce déplacement sémantique (de l'office à la fonction) est loin d'être neutre et figure une sorte de négation ou de refoulement de notre société à l'égard des juges et de leur office.

Revenons d'abord sur le sens de l'office. Étymologiquement, l'office a une double origine : c'est à la fois une cérémonie et un rôle, souvent public, dont on doit s'acquitter. L'explication qu'en donnent les dictionnaires le confirme : l'office, c'est une charge, une obligation, mais aussi une série de prières et d'incantations que l'on récite. L'office du juge dans notre culture est donc porteur de deux dimensions, qui le constituent et que le séminaire de l'IHEJ sur l'office du juge a permis de mettre en lumière :

- la dimension religieuse de l'office, voire la dimension sacrée, qui vient initialement fonder *l'autorité* du juge ;
- la dimension publique de la charge, voire la dimension politique, qui vient fonder sa *légitimité*.

En d'autres termes, consacrer un séminaire à l'office du juge, c'est vouloir reprendre ces deux questions refoulées dans notre tradition à propos du juge : d'où tient-il son autorité et qu'est-ce qui lui confère sa légitimité ?

Ces questions sont refoulées dans les traditions juridiques continentales. Il ne s'agit pas de dire qu'elles n'existent plus, qu'elles ne doivent plus être posées ou qu'elles ne sont plus inhérentes à la fonction judiciaire, mais seulement que nos systèmes et cultures politiques les ont fait disparaître en tant que questions, à travers la notion de fonction judiciaire notamment (par opposition à l'office du juge).

Le mécanisme du refoulement, bien connu depuis Freud, consiste en effet à retenir dans l'inconscient des pulsions dont la réalisation menace le sujet. Le refoulement est donc un mécanisme de défense qui permet au sujet d'atténuer ou de supprimer les effets psychiques induits par des représentations ou des événements. Mais les éléments refoulés demeurent toujours présents dans l'inconscient et essaient de réapparaître au grand jour. Pour cela, ils sont obligés de se présenter déformés, pour ne pas être reconnus. C'est le « retour du refoulé » qui, selon Freud, suppose une série de déplacements, de condensations, de conversions, et peut alors s'observer aussi bien à travers le rêve, les actes manqués, les lapsus, qu'à travers des symptômes psychopathologiques.

La modernité continentale semble avoir résolu les questions d'autorité et de légitimité en les refoulant. Quelles ont été les modalités de ce refoulement et ses conséquences ?

I) LA QUESTION DE L'AUTORITÉ DU JUGE

Parmi les différentes façons de fonder l'autorité du juge, et il en existe trois principales.

La première, inspirée des Grecs, consiste à fonder l'autorité du juge sur sa capacité à prendre les bonnes décisions dans chaque situation (c'est la vertu, notamment chez Aristote). Ce sont donc les qualités personnelles du juge qui lui donnent de l'autorité : charisme, réputation, sagesse, prudence, etc. Cela implique de ne pas distinguer, comme le feront les modernes, entre l'aptitude personnelle à juger et la fonction publique que l'on exerce. C'est contraire à la « dépersonnalisation » de la fonction qui caractérise au contraire notre système.

La deuxième option est celle retenue par la tradition de *Common Law*, en particulier aux États-Unis : le juge tient l'autorité du peuple. Dès lors, on est juge parce que l'on appartient au peuple, que l'on est citoyen. De même, on s'adresse à l'opinion lorsque l'on juge, d'où le langage naturel utilisé dans les décisions judiciaires américaines.

La troisième façon de fonder l'autorité du juge est de se référer à une transcendance, à quelque chose qui le dépasse et dont il est le serviteur : Dieu, le Roi, l'État, la Loi, etc. C'est comme cela qu'est fondée l'autorité du juge en France, et qui explique la dimension sacrée de l'office du juge.

Cette tradition aurait profondément marqué notre représentation du juge. Le juge, nous rappelait Antoine Garapon, est un clerc, c'est-à-dire le serviteur d'une autorité dont il est dépositaire et qui ne lui appartient pas en propre. Étymologiquement, le clerc est en effet celui qui a reçu un ordre sacré. L'office du juge, en tant que tel, est donc conçu comme un ministère et son action est ritualisée. Au Moyen Âge, il reçoit par exemple le serment de calomnie de la part des parties. Il porte également la robe, signe de son appartenance à un ordre. Le juge, pensé comme un clerc dans notre tradition juridique, porte sur lui les signes d'une référence invisible qui le transcende.

Cette perspective est évidemment particulièrement prégnante dans le christianisme qui fait de Dieu la source de toute autorité. Dieu n'est-il pas le premier juge des hommes, omniscient et omnipotent ? Le modèle, c'est bien le jugement divin. C'est donc aussi devant Dieu que le juge, au Moyen Âge, est comptable de ses jugements.

Ainsi saint Paul dans l'*Épître aux Romains* affirmait-il : « Que chacun se soumette aux autorités en charge. Car il n'y a point d'autorité qui ne vienne de Dieu, et celles qui existent sont constituées par Dieu. Si bien que celui qui résiste à l'autorité se rebelle contre l'ordre établi par Dieu. Et les rebelles se feront eux-mêmes condamner. En effet, les magistrats ne sont pas à craindre quand on fait le bien, mais quand on fait le mal. Veux-tu n'avoir pas à craindre l'autorité ? Fais le bien, et tu en

recevras des éloges ; car elle est un instrument de Dieu pour te conduire au bien. Mais crains, si tu fais le mal ; car ce n'est pas pour rien qu'elle porte le glaive : elle est un instrument de Dieu, pour faire justice et pour châtier qui fait le mal.»

Dans notre tradition, héritière du droit romain et du droit canon, le juge est donc serviteur de Dieu. Et lorsque les princes d'Occident cherchèrent à renforcer leur pouvoir, ils tenteront de s'émanciper de la tutelle du pape en revendiquant un rapport direct à Dieu et à son image, en prétendant à la souveraineté du jugement. Dieu étant le juge ultime, le roi qui se réclame de son autorité est donc pensé sous le modèle du juge souverain (et non du législateur).

Et sa souveraineté dans le pouvoir de juger, le roi la transfère et la partage avec le juge, auquel il attribue un office. L'office du juge contribue ainsi à l'installation du pouvoir royal, dont il est à présent l'instrument et l'image. On comprend dès lors pourquoi les révolutionnaires, en s'attaquant au pouvoir judiciaire et en le limitant, viseront en fait à saper les fondements mêmes de la monarchie française qui s'était peu à peu constituée, à partir du ^{xvi}^e siècle, en monarchie absolue.

Pourtant, malgré la fin de la monarchie et la laïcisation croissante des institutions – autrement dit la fin du théologico-politique –, l'office du juge a continué de garder, en France, quelque chose de cette transcendance. L'office du juge continue d'incarner une entité invisible : l'État plutôt que Dieu par exemple.

En quoi consistent alors la rupture moderne et le refoulement qui apparaît lui correspondre au moins partiellement ? Il semble que l'autorité ne se dise plus comme autorité et, surtout, que l'origine historique de la transcendance qui fonde l'office du juge a été symptomatiquement ignorée et déconnectée du modèle politique dans laquelle elle s'inscrivait. La Révolution prétend faire table rase du passé, alors qu'en réalité elle poursuit, s'agissant du juge, un modèle déjà ancien.

En effet, la modernité politique radicalise la transcendance et la dépersonnalisation de l'office, à travers la figure du juge-automate, mais aussi à travers la codification, la nomination des juges par un pouvoir central et leur intégration dans une hiérarchie qui permet de mieux les contrôler. Le juge tient toujours son autorité d'une entité qui le dépasse et qui reste extérieure à son office, mais celle-ci est très largement rationalisée : l'autorité ne réside plus en Dieu mais dans le texte de loi, dans le code.

La France s'est-elle débarrassée de Dieu et du pouvoir monarchique, mais n'a pas pour autant abandonné la transcendance des offices. Elle n'a pas renoué avec le modèle des vertus personnelles. Elle n'a pas non plus étendu au juge la fonction pourtant typiquement moderne de la représentation du peuple et de sa souveraineté. Malgré les tentatives des révolutionnaires, l'Empire et la codification ont mis fin à la justice populaire. Paradoxalement, si ce n'est pas le peuple qui juge, mais un magistrat professionnel, celui-ci doit toutefois se soumettre à la volonté du peuple.

Toute l'autorité de l'office du juge est donc hors de lui, dans le texte qu'il se doit par conséquent de connaître dans le détail. Naît alors une conception de l'autorité bien particulière : le juge tient son autorité de sa compétence, et cela dans un double sens. Le juge est en effet compétent à la fois parce qu'il connaît le droit et parce qu'il est organe de l'État, membre d'un système ordonné.

Ainsi, c'est parce qu'il est l'organe compétent pour juger dans l'État que le juge peut avoir une forme d'autorité. Autrement dit, il détient une autorité en tant que juge parce qu'il exerce une *fonction*. À l'inverse, dans l'Ancien Régime, le juge exerce une compétence de juger *en vertu* de son autorité. Plus précisément, comme on va le voir à propos de la question de la légitimité politique : le juge a une autorité *parce qu'il n'a pas de pouvoir* (d'où la distinction, typiquement française, entre les pouvoirs législatif et exécutif, d'une part, et l'autorité judiciaire, d'autre part)¹.

La dimension sacrée de l'office du juge ressurgit aujourd'hui dès lors que la souveraineté s'effrite dans la mondialisation, et que le système représentatif se trouve à son tour en crise. Et l'on voit ressurgir les anciennes figures de l'autorité, depuis l'autorité liée au charisme et à la réputation des juges jusqu'à l'incarnation du sacré par le juge lui-même. Marie-Anne Frison-Roche, à ce sujet, parle de « passion » du juge. On pourrait également parler de « retour du refoulé » : le juge semble de plus en plus incarner lui-même le sacré. Tout se passe comme si le justiciable maintenait à travers la justice un rapport à la transcendance et au sacré qui tend à se « personifier ». Et cela ne va pas sans nourrir une forme de passion du juge, c'est-à-dire un amour aveugle comme si le juge tenait sa propre autorité non de Dieu mais de lui-même, presque comme s'il était Dieu lui-même, omniscient et omnipotent. N'espère-t-on pas alors du juge qu'il réponde à des attentes qu'en réalité il n'est pas en mesure de combler ?

C'est l'interprétation qu'en font certains philosophes. Mais à les lire, on peut également se demander si ces auteurs, eux aussi, ne refoulent pas les fondements sacrés de l'office du juge, en présentant l'office moderne du juge sous une forme anhistorique, comme si sa charge avait toujours été d'appliquer la loi et d'incarner de façon impersonnelle une institution.

Cela ressort par exemple dans « Le désir de justice et le juge », de Marie-Anne Frison-Roche² : « L'aspiration de justice qui monte jusqu'à eux [les juges] est démesurée dans le sens où des études sociologiques ont montré que la ferveur qui entoure le juge suppose de celui-ci une capacité de tout comprendre et de tout réparer, bref de faire régner d'une façon quasiment magique la justice dans le cœur de l'individu, dans la famille, l'entreprise et la société globale. [...] Lorsque l'on demande au juge de faire plus qu'appliquer le droit, que l'on attend de lui qu'il rétablisse un lien social brisé,

¹ La dimension religieuse de l'office du juge est donc effacée au profit de la figure du juge automate, commis de l'État issu du contrat social et non clerc de Dieu, qui tient son office d'une volonté humaine et non transcendante. Effacée et pour ainsi dire refoulée, l'origine religieuse ou sacrée de son autorité reste pourtant très profondément ancrée dans la culture continentale et en particulier en France. Elle demeure donc, non formulée, dans la représentation que l'on continue de se faire de nos juges : ainsi par exemple continue-t-on de vouloir des juges professionnels et savants, appartenant à une élite sélectionnée à travers un concours. Alors qu'on peine à formuler un fondement positif pour l'autorité du juge, on continue d'attendre du juge pénal, notamment, qu'il nous livre des vérités (*verdictum*). De même, nous continuons d'être horrifiés de voir une affaire comme celle de Dominique Strauss-Kahn avorter au pénal et se poursuivre au civil, débouchant sur une transaction financière là où nous persistons à voir du « sans prix ».

² M.-A. Frison-Roche, « Le désir de justice et le juge, entre romantisme judiciaire et politique institutionnelle », in *La Justice en procès*, *Le Banquet*, n°14, oct. 1999, p. 99-112 (nouvelle NBP).

qu'il restaure, voire institue une fraternité politiquement perdue, comment éviter l'échec, virtuellement contenu dans la distorsion de l'office ? Le fait qu'on lui prête une quasi-fonction religieuse ne fait qu'accroître la menace de la déception.»

On retrouve cette même tendance aussi dans *La Fabrique du droit*, de Bruno Latour³ : « Si le droit ne peut remplacer le dur labeur de composition du corps politique, il ne peut pas non plus servir de substitut à la religion. [...] Le droit ne sauve pas, il n'humanise pas, il n'administre pas, il n'économise aucun tracas. [...] Le procès ne soigne pas plus qu'il ne sauve. Il est trop pâle, trop formaliste, il n'offre à l'honneur aucune satisfaction, à la souffrance aucune réparation. Pas plus qu'il ne permet de naître à l'humanité, il ne permet de mourir dignement en accompagnant le travail du deuil. »

À la lecture de ces textes, il semble que le débat français sur l'autorité du juge oppose deux options. Il y a, d'un côté, une volonté de circonscrire l'office du juge, et surtout, de finir de le désacraliser afin de présenter la figure moderne du juge de droit continental comme la seule représentation possible de cet office (c'est le refoulé). Il existe également, d'un autre côté, un enthousiasme naïf à l'égard de l'office du juge, voire même une passion pour une omniscience et une omnipotence fantasmées, concomitante au déclin de la Loi (soit le retour du refoulé).

Mais, en réalité, aucune de ces options ne *pense* l'autorité du juge, ni ne permet de la refonder dans le monde qui est aujourd'hui le nôtre.

II) LA QUESTION DE LA LÉGITIMITÉ DE L'OFFICE DU JUGE

Historiquement, le premier grand modèle de légitimité de l'office du juge est bien entendu le modèle théologico-politique, puisque le juge y tient sa légitimité de son autorité, c'est-à-dire de son rapport à Dieu et au Roi.

Un autre modèle de légitimité politique consiste à faire du juge un citoyen, et du jugement un acte politique reconnu comme tel. Chez les Grecs, par exemple, n'importe quel citoyen peut être juge. Le juge, en tant que citoyen, a donc une légitimité politique. L'office du juge est ainsi une fonction de pouvoir qui n'est pas disqualifiée. Les juges sont même tirés au sort parmi les citoyens car le tirage au sort offre à tous la même chance d'exercer le pouvoir, et cela, à tour de rôle de façon démocratique. À Athènes, le tribunal du peuple est une justice d'assemblée (on juge par centaines), une justice politique où les parties et les juges eux-mêmes rivalisent d'éloquence et démontrent leur maîtrise de la rhétorique.

De même, dans le modèle romain préclassique que décrit Boris Bernabé, on divise la tâche en deux pour confier une charge de jugement au citoyen, qui n'est pas magistrat mais *judex*, et exerce donc, en tant que citoyen, une tâche de juge.

³ B. Latour, *La Fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2004 (nouvelle NBP).

Dans les deux cas, il s'agit bien d'associer le peuple à l'office du juge et de garantir en conséquence une légitimité politique à ses décisions. Cette légitimité se maintient aujourd'hui, en particulier en *Common Law* où le jury est très présent. Aux États-Unis, en particulier, le peuple contribue à la légitimité politique des décisions de justice, mais sa présence est aussi le signe du statut politique de la justice. Comme le soulignait déjà Tocqueville, les jurés « prètent à l'arrêt l'autorité de la société qu'ils représentent, et lui [le juge], celle de la raison et de la loi. Le résultat est que le jury, qui semble diminuer les droits de la magistrature, fonde donc réellement son empire, et il n'y a pas de pays où les juges soient aussi puissants que ceux où le peuple entre en partage de leurs privilèges » (*De la démocratie en Amérique*).

Dans notre tradition, en revanche, les champs juridiques laissant à des citoyens le soin de juger, ou partageant le jugement entre professionnels et jurés citoyens, sont extrêmement limités.

À propos du jury d'assises subsiste d'ailleurs une controverse quant à la pertinence de s'en remettre aux citoyens pour juger. En Belgique, le pouvoir cherche depuis un moment à supprimer les assises pour « correctionnaliser » les affaires, tandis que le canton de Genève en Suisse vient, après consultation populaire, de mettre fin à la pratique du jury populaire. En France, le débat a été relancé lorsque le Président Sarkozy, en 2011, a voulu introduire des jurés aux audiences correctionnelles, et alors même que l'UMP, quelques mois auparavant, avait proposé de supprimer le jury d'assises. Quels que soient ses motifs dans ce débat (probablement guidés par l'actualité judiciaire de l'époque et une méfiance générale à l'égard du corps des magistrats), le Président liait bien sa réforme à un argument de légitimité politique, visant à rapprocher la justice des citoyens, et reprenant la célèbre phrase de Michelet à propos de la Révolution française : « Justice sortie du peuple et pour le peuple. » Et Nicolas Sarkozy plaidait : « La justice est rendue au nom du peuple français, désormais elle sera rendue aussi par le peuple français. » Les juridictions de Toulouse et de Dijon ont alors servi de laboratoire à l'expérimentation du jury populaire dans les tribunaux correctionnels. Tout en reconnaissant à l'expérience des résultats positifs, l'actuelle garde des Sceaux a toutefois annoncé en mars la fin de l'expérimentation, notamment à cause des coûts et des délais.

Outre la question de la rentabilité de la justice, le débat sur le jury ressemble en réalité à celui qui opposait déjà Platon à la justice athénienne, et qui concernait au premier chef la légitimité politique de l'office du juge. En effet, la participation directe des citoyens athéniens au pouvoir les conduisait à assumer la tâche de juge à tour de rôle. En ce sens, le jury citoyen paraît historiquement lié à la démocratie, et celle-ci indissociable d'une forme de légitimité politique des juges. Toutefois, dès l'Antiquité, des voix s'y opposent, et non des moindres. C'est le cas de Platon, pour lequel l'expérience du procès de Socrate a été déterminante.

Socrate a fait l'objet d'accusations qui remettaient en question sa loyauté envers la cité athénienne. Il était accusé d'avoir corrompu la jeunesse et perturbé l'ordre social athénien (en réalité, c'est surtout qu'il contestait le pouvoir des sophistes). Au cours de ce procès politique, Socrate a été jugé

puis condamné à mort. Cette condamnation du sage par des citoyens aveuglés par les effets de manche des sophistes qui voulaient sa mort, sur la base d'opinions (et non de vérités), figure pour Platon la corruption de la justice humaine. Pour lui, Socrate a été condamné par des esclaves, des hommes soumis à leurs passions, leurs intérêts, leur avidité de pouvoir. Platon, dont on sait l'influence qu'il aura sur les premiers chrétiens, soutient alors qu'une justice au statut politique, fondée sur l'argumentation et le débat, est en réalité une parodie de justice. La vraie justice, elle, a besoin de vérité et, surtout, d'être tenue à l'abri de la politique.

Aujourd'hui, l'argument platonicien élevé contre le jury populaire reste donc le même : la justice doit être tenue à l'écart de la foule, qui n'est pas rationnelle mais sensible à la séduction, aux émotions, donc facilement manipulable. Le juge doit être à part. C'est un professionnel, compétent, formé, maîtrisant les règles de droit et se maîtrisant lui-même : il n'a pas à juger sur base de ses propres émotions. La légitimité politique du juge n'est donc pas de savoir argumenter, séduire ou manipuler les foules, mais d'être capable d'identifier la vérité et de la faire triompher. C'est l'argument classique qui est opposé, notamment, au jury d'assises : quand je suis malade, je vais chez un médecin. Pourquoi le justiciable n'aurait-il pas droit lui aussi à un professionnel du droit ? L'autorité du juge, c'est son professionnalisme, son savoir. Sa légitimité politique consiste dès lors à se borner à l'exercice de ce savoir.

Cette représentation de l'office du juge constitue l'un des symptômes de son refoulement dans notre société et montre l'incapacité à faire du jugement une forme politique (selon l'expression de Pierre Rosanvallon), une forme politique en tant que telle (ne serait-ce que comme contre-pouvoir). Le jugement, dans notre culture juridique, reste largement considéré comme une forme cognitive, qui doit sa légitimité politique au savoir, par opposition au pouvoir. Ainsi peut-on lire, toujours chez Marie-Anne Frison-Roche⁴, que la passion du juge « repose sur la vertu et le sens de la justice du juge [...]. On en vient à négliger l'essentiel : le juge est un professionnel qui doit, d'une part, connaître le droit et, d'autre part, comprendre le type de situation qu'il a à trancher [...] En effet, celui qui remplit correctement sa fonction fait preuve de professionnalisme, et c'est ce professionnalisme qui constitue la première garantie pour le justiciable, professionnalisme dont le souci est parfois obturé par le discours éthique ».

Autrement dit, la bonne justice suppose des clercs. Comme Platon dénonçant la rhétorique et la séduction des sophistes dans le procès de Socrate, les détracteurs du jury populaire dénoncent le cirque de la cour d'assises, où l'on verse dans la séduction pour plaire au jury et remporter son opinion, triomphe de la sophistique. On lui oppose un modèle professionnel de l'office du juge, le juge comme clerc, que l'on coupe de la représentativité.

La difficulté, pour notre tradition juridique, vient alors de ce paradoxe : le problème politique moderne par excellence n'est plus la justice, mais la représentation (le souverain lui-même n'est plus premier juge mais législateur). Or, l'office du juge incarne une transcendance, mais ne représente personne.

⁴ M.-A. Frison-Roche, « Le désir de justice et le juge... », *ibid.* (nouvelle NBP).

Cette évolution politique moderne n'a pas posé de problème de légitimité à l'office du juge de *Common Law*, puisqu'il est, comme l'a rappelé Antoine Garapon, d'emblée pensé en terme de représentativité (au point que certains magistrats américains sont directement élus par les citoyens). Il en va bien différemment, en revanche, de l'office du juge moderne dans notre tradition, qui n'obtient paradoxalement sa légitimité *politique* qu'en se *dépolitisant* et en se tenant le plus possible à l'écart du pouvoir. La légitimité politique de l'office du juge repose sur son effacement et la disparition de son pouvoir, qui doit devenir « invisible et nul » (Montesquieu). Bouche de la loi, le juge ne parle pas de lui-même, mais au nom de cette loi qui le dépasse. C'est cela, au fond, la légitimité politique, la seule, que lui concèdent les modernes, dans la lignée sans doute de ce qu'était l'office du juge d'Ancien Régime, mais sans que cette filiation ne soit dite, problématisée ou assumée.

La modernité continentale ne renoue donc pas avec le modèle des vertus personnelles : au contraire, elle dépersonnalise encore davantage l'office du juge à travers la figure de l'automate, du juge-machine. De même, la modernité continentale n'étend pas au juge la représentativité du peuple qu'elle confère au législateur. En d'autres termes, la modernité continentale maintient l'idée du juge comme cleric, c'est-à-dire comme caste à part investie d'une mission qui la transcende, tout en lui refusant d'incarner un corps. Malgré la sécularisation des offices (les prêtres et les évêques deviennent eux-mêmes fonctionnaires de l'État à la Révolution), les juges appartiennent à l'État sans en constituer un corps spécifique. Le seul corps légitime de la Nation, c'est l'État. Le juge n'a dès lors de légitimité qu'en étant un « non-corps », y compris au sens usuel du mot « corps ». Le juge n'est qu'une partie du corps de l'État, il est la *bouche* de la loi, selon les termes célèbres de Montesquieu.

C'est là un autre symptôme du refoulement dont fait l'objet l'office du juge. On prétend en effet que le juge ne saurait avoir d'autre légitimité politique que celle des représentants dont il ne fait que rappeler la volonté. Les propos de Marie-Anne Frison-Roche⁵ sont particulièrement éloquentes sur ce point : « dans le désir romantique de justice que l'on adresse au juge aujourd'hui, dit-elle, on rend le juge politiquement légitime en raison de ses vertus personnelles à trouver le juste et l'équité dans chaque affaire. [...] en cela, il apparaît en personne, en tant qu'il serait un vecteur de cette équité. Cela est un ferment de destruction de l'institution, car par définition celle-ci suppose que les individualités n'entrent pas en ligne de compte dans la concrétisation des règles ; c'est le bon sens de la bureaucratie ; l'individu à l'intérieur de l'institution n'étant qu'un agent et non pas une personne. La personnification du pouvoir des juges présente les mêmes dangers que la personnification des autres pouvoirs ».

On voit bien dans cette citation d'où le juge continental devrait tenir sa légitimité politique : de son abstention politique. Le juge continental n'est légitime que parce que son pouvoir est limité, voire même absent. Pourtant, le juge continental est omniprésent dans la procédure et concentre dans ses mains infiniment plus de pouvoirs que le juge de *Common Law*. La question n'est pas là : le juge peut bien avoir du pouvoir, ce qui compte c'est qu'il n'ait pas de statut. Le juge en France a en effet un statut de non-pouvoir, réminiscence de cette transcendance qui faisait de lui un cleric,

5 M.-A. Frison-Roche, « Le désir de justice et le juge... », *ibid.* (nouvelle NBP).

tenant un rôle assigné par un autre. Ainsi paradoxalement, la tradition continentale affirme que l'office du juge est un non-pouvoir et, en même temps, qu'il ne peut le partager – ce non-pouvoir – avec un jury citoyen, comme le font par exemple les juges américains⁶.

Dans notre système, la difficulté à penser le pouvoir du juge comme légitime est d'autant plus criante que le juge monte en puissance et que les rapports sociaux se judiciarisent : on y voit dès lors une crise politique et ressurgit l'épouvantail du « gouvernement des juges ». L'expression, inventée par Édouard Lambert en 1921, à propos de la Cour suprême des États-Unis, dénonce « l'activisme judiciaire ». Elle suppose que les juges, par l'accroissement de leur pouvoir et l'augmentation de leurs interventions, peuvent ou veulent décider de la norme en vigueur.

Sous cette forme, le spectre du gouvernement des juges est donc agité pour rappeler à l'ordre nos magistrats qu'ils n'ont pas à faire de politique. En 2007, alors qu'il plaide devant le Medef pour une dépenalisation du droit des affaires, Nicolas Sarkozy remet les juges à leur place (comme il en a eu souvent l'occasion) : « Les juges doivent jouer le jeu : jouer le jeu pour les juges, c'est ne pas se laisser tenter par le Gouvernement des juges, c'est ne pas se laisser aller à devenir les arbitres de la politique et à juger de la manière dont les chefs d'entreprise font leur métier. » Cette conviction est partagée par certains intellectuels qui craignent en outre le corporatisme qui caractérisait l'Ancien Régime. Alain Finkielkraut affirmait ainsi, dans un entretien en juillet 2000 lors des *Rencontres de Pétrarque* : « Les représentants du peuple ne sont pas les juges, ce sont les parlementaires et les membres de l'exécutif, jusqu'à nouvel ordre. Si l'on ne veut pas recréer des parlements à l'ancienne et une corporation judiciaire au-dessus de tout *contrôle*, il est légitime de demander aux représentants du peuple de réformer. Le pouvoir des juges est quasi illimité et c'est un danger pour les justiciables. »

La passion du juge résultant de la quête de transcendance qui perdure dans notre société, combinée à notre difficulté à accorder au juge un statut politique, explique en partie cette position, mais aussi l'incompréhension du grand public lorsqu'il est confronté à des erreurs judiciaires, voire, parfois, à de simples décisions judiciaires (comme la libération d'un individu récidiviste) qu'il ne comprend pas. Ces décisions apparaissent, aux yeux du public, comme une trace de la trop grande faillibilité de la justice, et donc d'un pouvoir qu'elle exerce mais que l'on estime usurpé. La société, soutenue par les politiques, demande à ce que l'on contrôle davantage les juges, voire à ce que l'on puisse les sanctionner.

Autrement dit, l'office du juge manque de légitimité politique pour deux raisons qui tiennent à notre culture juridique : non seulement, il ne représente pas le peuple et, pour diverses raisons, en semble très éloigné ; mais son savoir, source de son autorité, est largement perçu comme défaillant (du fait de l'existence d'erreurs judiciaires).

⁶ D'ailleurs, Tocqueville ne s'y était pas trompé quand, dans *De la démocratie en Amérique*, il s'explique d'avoir consacré un chapitre au seul pouvoir judiciaire : « Son importance politique est si grande qu'il m'a paru que ce serait la diminuer aux yeux des lecteurs que d'en parler en passant. » Et Tocqueville précise bien que cet immense pouvoir politique du juge américain se fait bien à l'intérieur du champ judiciaire, et non par l'extension du juge hors de son domaine réservé (pour légiférer par exemple). Tocqueville explique cela par l'autorité dont jouit la Constitution et à laquelle tous les pouvoirs acceptent de se soumettre : « Aux États-Unis, la Constitution domine les législateurs comme les simples citoyens. » Et selon lui, c'est bien la Constitution et le respect que les citoyens lui portent qui confèrent au juge américain sa légitimité politique.

Bien que son pouvoir apparaisse de plus en plus, ces deux facteurs – non représentativité et défaillance professionnelle – deviennent des arguments pour déplacer le débat, qui ne porte plus sur la légitimité de ce pouvoir, mais sur son contrôle.

III) LE MANAGEMENT : CONTINUER LA MODERNITÉ PAR D'AUTRES MOYENS

Comment contrôler le juge sans enfreindre le principe de son indépendance ? Pour ce faire, on ne va plus l'encadrer, comme avant, de façon coercitive, à coup de règles et de sanctions qui, elles aussi, ont perdu peu à peu leur légitimité politique. Pour contrôler le juge et assurer sa légitimité, on recourt à d'autres mécanismes, le management en est un exemple.

Le management propose en effet un contrôle du juge qui ne se voit pas, précisément parce qu'il n'est pas coercitif mais doux. En tant que tel, le management est donc redoutablement efficace pour réaliser le rêve inabouti des modernes et faire de l'office du juge un véritable non-pouvoir.

Le management judiciaire prétend non seulement rationaliser l'organisation de la justice, la rendre plus efficace, mais encore, par cette voie, contribuer à renforcer la légitimité de l'office du juge et, à travers lui, de tout l'État de droit. Seulement, l'office du juge est lui-même perçu de façon très spécifique.

À titre d'exemple, dans un article « Implications managériales de l'indépendance de la justice »⁷, Jan Mattijs aborde ainsi l'office du juge du point de vue de la gestion : « L'activité du juge consiste à prester des services (les jugements ou arrêts) qui lui sont décrits dans un cahier des charges fort complexe (l'ensemble des textes légaux et réglementaires applicables) émis par le législatif ou l'exécutif. Cette mission comporte incontestablement des caractéristiques économiques des services publics. » Partant de ce type d'approche, le management judiciaire va tenter de « sauver » la légitimité de l'office du juge en rendant, justement, le « service » plus efficient.

Pour le comprendre, il faut se rappeler qu'historiquement, en Europe, l'utilisation par les institutions publiques de ces techniques de gestion venues du privé visait précisément, après la chute du mur de Berlin, à renforcer le fonctionnement des États de droit d'Europe de l'Est. Les réformes des systèmes judiciaires adoptées à l'époque se sont inspirées du management pour sortir d'un modèle perçu comme archaïque, idéologique et hyper politisé, que les années de dictature communiste avaient fini par imposer.

Dans cette perspective, l'indépendance des fonctions publiques comme celle de la fonction judiciaire est alors garantie par leur dépolitisation au profit d'un modèle économique, perçu comme plus « naturel », standardisant l'action du juge. La standardisation de l'office du juge, en d'autres termes, vise précisément à le désacraliser et à le dépolitiser.

⁷ J. Mattijs, « Implications managériales de l'indépendance de la justice », *Pyramides*, n° 11, 2006, p. 65-102. (nouvelle NBP)

Cela poursuit également l'imaginaire moderne révolutionnaire qui, en garantissant l'indépendance de l'office du juge, cherchait en réalité à l'écartier du pouvoir, de tous les pouvoirs (y compris le sien). Dans notre système, l'indépendance du juge ne lui est en effet accordée que parce que son acte, son raisonnement et sa décision sont, dans le même temps, dépersonnalisés : ce n'est pas la personne qui juge, mais la fonction. « On craint la magistrature, dit Montesquieu, et non les magistrats. » Autrement dit, l'indépendance du juge, dans notre système, est indissociable de son contrôle. Il est indépendant parce qu'il n'est pas législateur. Il est indépendant parce qu'il n'a pas de pouvoir normatif.

Cette volonté d'éloigner l'office du juge du pouvoir débouche alors sur une série de mesures parmi lesquelles la standardisation du jugement. La standardisation trouve son apogée dans le fameux syllogisme judiciaire de Beccaria, qui permet d'effacer le rapport du juge au pouvoir et de gommer la dépendance de sa décision à l'égard de sa personnalité. Le syllogisme répond au souhait de Montesquieu de rendre les juges interchangeables entre eux, de telle sorte que la décision du juge est la même quel que soit le juge qui la rend.

Le management de la justice poursuit aujourd'hui cet effort de dépolitisation et de standardisation, même si la filiation avec les tentatives modernes d'encadrement de l'office du juge n'est pas toujours mise à jour.

C'est que le management de la justice tente de contrôler l'office du juge non pas d'en haut, à partir d'une politique judiciaire qui imposerait des règles aux magistrats, mais à partir de l'activité elle-même. Le management contrôle à partir de ces « bonnes pratiques », de ces moyennes statistiques (notamment de la productivité ou du temps écoulé), qui deviennent les standards de l'office du juge.

Comme le syllogisme judiciaire, la standardisation managériale prétend ne pas toucher au contenu des décisions mais à leur forme, le management s'intéressant davantage au processus de décision qu'à sa formulation pure et simple : ce qui compte, c'est le délai d'attente, l'attitude du magistrat, la transparence de la motivation, etc. Comme chez les modernes toutefois, la standardisation managériale de l'office du juge est liée au problème du contrôle du juge, et son lien avec la légitimité de la justice. Même si la méthode et le choix du modèle divergent (modèle logique chez Beccaria, modèle économique dans le management), il s'agit bien, dans les deux cas, d'imposer au juge un raisonnement non politique, un raisonnement en quelque sorte naturalisé, qui contribue à dépolitiser sa fonction et, comme telle, à la rendre légitime.

Dans cette perspective toutefois, la justice n'est plus considérée comme une représentation de l'État, ni le juge comme un délégué de sa souveraineté. La justice est considérée comme un service, l'État comme un pourvoyeur de service, le justiciable comme un client et la décision de justice comme un produit. C'est là où le management se montre particulièrement performant par

rapport à la vision plus classique de l'office du juge, en éradiquant toute considération morale. L'autorité et la légitimité de l'office du juge, ainsi que les grands principes constitutionnels qui fondent son indépendance, vont être réinterprétés d'un point de vue économique, c'est-à-dire du point de vue de leur efficacité. On dira dès lors que si l'indépendance doit accompagner la « prestation » du juge, c'est parce qu'elle relève de l'intérêt partagé de l'État, des magistrats et des justiciables.

Sur ce point, l'article de Jan Mattijs précise : « Les chercheurs en économie du droit montrent que l'indépendance des juges est bénéfique. [...] Dans toute société évoluée, l'activité juridictionnelle devra donc être isolée des conséquences pour les parties, y compris à travers leurs relais politiques éventuels. Ce constat ne fait qu'objectiver sur le plan économique une intuition sur l'opportunité de la séparation des pouvoirs présente depuis Montesquieu au moins. »

Cette approche de la justice connaît un certain succès pour diverses raisons, en particulier parce qu'elle soutient et facilite le refoulement du pouvoir lié à l'office du juge. Elle parvient à nous faire oublier le pouvoir en le rendant invisible. Pourtant, le fait que le pouvoir du juge disparaisse et ne puisse avoir d'existence publique n'implique pas que le juge n'ait, concrètement, aucun pouvoir.

Pour le rendre visible, il faudrait presque « repolitiser » la justice, c'est-à-dire à la fois la réinscrire dans le débat public et en démontrer les enjeux au-delà de la seule application des lois. C'est ce que peine à faire notre tradition, sinon par un retour du refoulé qui nous conduit aux débats caricaturaux que l'on a vus, et qui opposent passion du juge et rappel à l'ordre.

** Intervention de Julie Allard, enseignante-chercheur à l'université libre de Bruxelles, lundi 15 avril 2013 à l'IHEJ, dans le cadre du séminaire de philosophie du droit sur l'office du juge.*

L'OFFICE DU JUGE PÉNAL EN MATIÈRE DÉLICTUELLE

Par Jean Danet*

La diversification des modes de traitement des délits modifie profondément l'office du juge en matière correctionnelle, c'est-à-dire ses devoirs et ses pouvoirs, ainsi que deux des faces de cet office : garantir et trancher.

Elle porte tout d'abord un effet de spécialisation qui accentue déjà un phénomène amorcé il y a quelques décennies avec l'instauration du juge unique.

La compétence d'exception du juge unique, même élargie au fil du temps, avait créé, jusqu'en 2004 environ, un lien entre la pratique du juge unique et un contentieux de faible gravité, qui pour une grande part était composé d'infractions relativement objectivables et appelant des réponses en termes de peine assez stéréotypées par la loi ou par leur nature. Les choses ont évolué au cours des années 2004-2010 et les nombreux délits d'atteintes aux biens et aux personnes qui relèvent désormais de la compétence du juge unique rapprochent sans doute l'un et l'autre traitement.

Le juge unique comme la forme collégiale du tribunal correctionnel peuvent connaître des contentieux qui nécessitent une réflexion sur la peine, sur sa diversification, sur son individualisation. Même si le juge unique ne peut prononcer de peine d'emprisonnement ferme supérieure à cinq ans, il va de soi que ce niveau déjà élevé de *peine prononçable* implique de sa part une réflexion sur la peine justifiée contre des atteintes aux personnes ou aux biens proches de celles qui vont échoir à la formation collégiale. La différence de gravité des infractions relevant de l'une et l'autre des formes du tribunal correctionnel n'échappe à personne, mais elle est relative, et aujourd'hui le partage se fait non pas entre types d'infraction mais entre les infractions graves qui relèvent de la collégiale d'une part, et celles de gravité moyenne et de natures très diverses confiées au juge unique d'autre part.

Les deux formes du tribunal correctionnel ne se distinguent pas tant désormais par leur champ d'application que par une pratique d'audience rendue nécessairement distincte, ne serait-ce que dans la forme du délibéré. L'usage que fait le juge unique, dont le code de procédure pénale nous dit qu'il « exerce les pouvoirs conférés au président » (article 398 alinéa 3), de ses pouvoirs et la manière dont il comprend ses devoirs ne sont pas soumis au regard d'autres juges. Et cette remarque peut ne pas être anodine. Mais il demeure sous le regard du public, des conseils de la partie civile et de la défense, du parquet enfin.

Il est certain qu'au temps du juge unique cantonné principalement dans le contentieux routier au plan quantitatif, le caractère formel des infractions à juger et le fait qu'il soit seul à délibérer le conduisaient tout droit à une « barémisation un peu honteuse ». Le juge avait ses barèmes mais

n'avait pas très envie de les assumer. Le poids de l'impératif d'individualisation l'en empêchait même si celle-ci se réduisait pour l'essentiel à la question de l'aménagement de la mesure de suspension de permis de conduire qui était alors toujours possible.

La diversification de la compétence du juge unique exclut dans beaucoup de cas une pratique de barème et le juge unique a plus souvent qu'autrefois le choix de la peine, du type de peine et le souci de l'individualiser à partir de critères complexes et nombreux. Il doit le faire seul. La complexité de sa tâche s'est donc singulièrement accrue.

La forme de l'audience et le rituel sont identiques à très peu de choses près dans les deux cas (juge unique et collégiale). La salle d'audience est souvent encore la même pour les deux formes du tribunal correctionnel et la démarche du juge dans l'instruction d'audience n'a pas lieu d'être différente.

Il est donc singulier de constater à quel point dans le contexte de diversification accélérée qui s'est révélé depuis 2004, la frontière entre la forme collégiale et le juge unique a pu finalement s'atténuer au regard de ce qu'elle paraissait encore être en 2000⁸. Les deux formes du tribunal correctionnel se sont d'une certaine manière rapprochées parce que leurs différences avec les autres formes de traitement sont bien plus marquées.

La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) continue de constituer une procédure discutée et, aux yeux de certains, discutable. Il est vrai que son schéma demeure troublant parce qu'il est, à certains égards, le plus proche des audiences de poursuites classiques et qu'il est, en même temps, en rupture franche avec l'office classique du juge pénal.

Il est proche des audiences classiques parce qu'il y a encore ici une audience, en tout cas un accès au juge, systématique pour le justiciable, et assorti de la présence obligatoire de la défense. Cette audience est cependant vécue par certains magistrats comme une « néo-audience ». Elle n'a souvent de publique que le nom et, disons-le, elle est virtuellement publique quand c'est le seul fait que la porte de la salle où elle se tient ne soit pas fermée qui la rend publique. En fait, le choix de tenir l'audience d'homologation dans la continuation immédiate de la première phase de la procédure pour éviter « la perte en ligne » des usagers-prévenus aboutit à tenir ces audiences à des heures qui peuvent être variables, différentes des heures de la correctionnelle classique (juge unique ou collégiale). Enfin, l'usage relativement modéré qui est fait jusqu'ici de la CRPC n'aboutit pas à créer, comme dans les circuits classiques, un public constitué des justiciables en attente. Bref, ceux des magistrats qui considèrent que rendre la justice publiquement participe de leurs devoirs et comporte une dimension pédagogique qu'ils ont la charge de remplir, perçoivent l'audience d'homologation de CRPC comme une audience *a minima*. Mais il doit être souligné que cette analyse résulte plus des *choix pratiques concrets* que du régime juridique de la CRPC lui-même.

⁸ Voir les débats suscités par cette question in L. Cadiet, L. Richer (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, Paris, PUF, 2003, p. 139-158

Il se peut aussi que l'extension du champ d'application de la CRPC à tous les délits sauf quelques exceptions, réalisée par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, modifie la donne. Si cette extension dans la pratique est suivie d'effet, des dossiers seront jugés en CRPC qui, eux, retiendront nécessairement l'attention des médias et, en certains cas, la présence de la presse pourrait donner à ces audiences d'homologation une vraie dimension publique. On observe d'ailleurs que des tribunaux acceptent des « CRPC-défèrement » là où il y a seulement cinq ans cette proposition du parquet eut été repoussée avec fermeté.

Vient ensuite le schéma retenu par le législateur pour le déroulement de cette audience qui introduit évidemment une profonde mutation de l'office du juge. Le débat judiciaire, dont le président est à la fois l'organisateur et le destinataire avec ses assesseurs quand il en a autour de lui, ce débat disparaît dès lors que la présence du parquet n'est pas obligatoire. Cet étrange choix législatif, ou plutôt ce refus d'être clair, aboutit au fait que cette présence est rare. Le débat ne peut donc avoir lieu. Mais le débat disparaît aussi si le ministère public s'abstient d'être à l'audience parce qu'il estime que le débat a eu lieu en amont entre l'accusation et la défense, dans le cabinet du procureur. Or, quand on sait à quel point la manière de tenir l'audience est consubstantielle à l'idée personnelle que le magistrat se fait de son office, il est clair que l'audience d'homologation est pour le magistrat du siège une « pauvre audience », au sens d'une audience qui ampute son office, qui l'appauvrit. D'où la colère de certains : ils dénoncent cette audience qui se limite de leur point de vue à un « d'accord, pas d'accord ».

Le juge du siège peut alors avoir le sentiment que la direction du débat lui a été retirée et avec elle le soin de garantir le caractère contradictoire du débat (mais dans la pratique, ce n'est pas toujours vérifié).

Même si le Conseil constitutionnel a rappelé à plusieurs reprises que, pour autant, le juge se doit de vérifier la qualification des faits, l'authenticité de la reconnaissance des faits, la pertinence de la peine proposée et acceptée, la réalité de cette acceptation, toutes ces opérations apparaissent davantage comme un contrôle *a posteriori*, souvent silencieux, c'est-à-dire *invisible*.

La fonction du juge de garantir le caractère contradictoire du débat n'est en tout cas plus visible. Et quand bien même le juge y procède, le fait que cela ne paraisse pas vraiment à l'audience autrement que par une ou deux questions brèves est de nature à susciter le trouble.

Enfin, c'est le principe même de l'individualisation de la peine qui a échappé au juge du siège dès lors que son office se limite à dire si la peine proposée et acceptée est de son point de vue « homologable ». Le choix du verbe « homologuer » par le législateur pour désigner l'office du juge en matière de CRPC n'est pas anodin. L'action d'homologuer renvoie, en droit français, notamment en droit civil, à une décision d'approbation d'une décision antérieure prise par un conseil de famille

ou dans un acte notarié, c'est-à-dire à un office limité au plan du contrôle de l'opportunité de l'acte. Paradoxalement, son synonyme « valider », employé par le législateur pour la composition pénale, est peut-être perçu du fait de l'acceptation du terme dans l'univers de l'entreprise, comme une action plus forte, plus essentielle.

Mais si le mot « validation » en soi peut paraître moins dévaloriser l'office du juge que celui d'homologation, dans la pratique, la validation de la composition pénale réduit presque à néant cet office. Ce qu'il est en mesure de vérifier par le dossier qui lui est transmis pour validation ressort d'une vérification très formelle, sans échange avec le justiciable, ni avec le délégué du procureur qui a proposé et recueilli l'acceptation sur les mesures sanctionnatrices. Et si en théorie le magistrat peut entendre le justiciable, dans la pratique il ne le fait jamais. La garantie qu'il apporte par sa validation se limite à vérifier que le dossier paraît permettre de retenir l'existence d'une infraction, que la personne en cause semble bien pouvoir accepter une composition pénale au regard des critères légaux et que rien ne laisse à penser qu'elle n'a pas donné son assentiment aux mesures de composition qui lui ont été proposées. Pour le reste, le juge ne tranche rien. Mais il est vrai que derrière la validation, l'exécution de ces mesures, dont le caractère pénal n'échappe à personne, ne peut donner lieu à exécution forcée, de sorte que la part de l'office du juge qui relève de garantir le justiciable contre l'arbitraire peut être atténuée.

La signature des ordonnances pénales délictuelles (OPD) ne diffère d'avec la validation de la composition pénale que sur deux points. L'un rend l'office du juge encore plus mince : le juge ne peut même pas entendre le justiciable s'il le désire. Le second, en revanche, lui restitue une part de son pouvoir de trancher, lui permettant de choisir la peine dans les limites posées par le législateur quant à la peine prononçable dans ce type de procédure. C'est ici l'existence d'une opposition possible qui peut dédouaner pour une part le juge du sentiment de trancher sans débat quand elle aboutit à penser l'OPD comme « une procédure qui fait du contradictoire à la demande ».

Cette diversification du rôle du juge produit des effets de spécialisation bien plus importants que ceux naguère générés par le juge unique. Dans beaucoup de juridictions, des magistrats du siège expérimentés concèdent bien volontiers qu'ils n'ont qu'une vue très parcellaire du contentieux délictuel car ils ne pratiquent qu'une ou, au mieux, deux types de procédure. Or, des dossiers tout à fait équivalents peuvent, à partir d'un ou deux paramètres, et parfois uniquement à partir de paramètres de gestion des flux, se trouver dirigés dans deux circuits processuels distincts.

Le juge n'a plus de lisibilité sur le traitement d'ensemble des délits, voire des délits semblables, dans sa juridiction.

Les décisions rendues en public après débat contradictoire deviennent rares. Elles ne sont qu'une petite partie immergée d'un travail que les juges du siège mènent seuls. Le reste du travail du juge n'est plus visible et le travail cloisonné des juges n'est plus lisible par eux-mêmes. Double opacité donc.

Suivre un barème discuté en amont avec le parquet, est-ce encore trancher ?

C'est aussi l'une des questions que soulèvent les nouveaux dispositifs. Le parquet, pour des raisons que l'on comprend, veut réduire au maximum les risques de voir le juge du siège refuser l'usage d'une OPD pour des dossiers qui lui ont été soumis ou refuser de valider, d'homologuer, de statuer en juge unique. De tels refus sont vécus comme des ratés, « des accidents industriels » dit joliment un procureur. Il faut donc négocier en amont le schéma d'orientation avec le siège. La pratique instaurée dans les tribunaux qui, dès avant 2004, ont souhaité développer l'usage de la composition pénale et qui fut conseillée vivement par la circulaire d'application de la loi de 2004 (Perben II) est aujourd'hui une évidence.

Il va de soi que cette pratique n'est pas pour le juge de la même nature que celle que le juge unique pouvait avoir quand des contentieux très « objectivables » et répétitifs constituaient l'essentiel de sa compétence. Le barème était un guide qu'il se donnait à lui-même et dont il n'était comptable devant personne. Il pouvait y déroger aussi souvent qu'il lui semblait nécessaire.

Le barème, comme le schéma d'orientation auquel il est intimement lié, engage le juge comme le parquet au sens où son application va concourir à une bonne administration de la justice pénale. Y déroger régulièrement, c'est remettre en cause un accord qui là encore est invisible, non public en tout cas dans beaucoup de juridictions. Il reste inconnu même pour les auxiliaires de justice que sont les avocats.

En fait, c'est bien trancher que de suivre ce barème, mais c'est trancher en suivant une démarche de rationalisation qui n'admet d'être remise en cause, écartée qu'à la marge et pour des motifs puissants tenant à la singularité des dossiers.

Or, il faut bien comprendre ici que si cette démarche peut être mal vécue, cela tient à ce que depuis très longtemps, la massification du contentieux délictuel, les pratiques d'audience et les faibles effectifs du greffe, ont exclu la motivation écrite et la rédaction d'un jugement, sauf le cas de l'appel.

Le choix d'une peine individualisée n'est rendu public et depuis longtemps que *via* sa notification orale à l'audience, en collégiale ou en juge unique, quand il y est procédé. Il peut l'être à destination du parquet, pour explication d'une peine éloignée de la « jurisprudence habituelle » du tribunal, à destination du justiciable et du public à des fins pédagogiques et didactiques. Dans les nouvelles procédures sans audience systématique, ici encore, la visibilité de l'opération d'individualisation disparaît quand bien même elle s'impose au juge à titre exceptionnel et serait acceptée du parquet.

Qu'est-ce que la personnalisation de la peine aujourd'hui ?

Le juge peut avoir la nostalgie de l'audience, parfois, en sentant bien qu'il la mythifie. Mais cette nostalgie lui sert à dire la formidable accélération qu'il ressent et le fait que la productivité que l'on

attend de lui le place en situation de ne pas pouvoir exploiter tout ce qui devrait et pourrait nourrir sa réflexion, en particulier sur la peine.

Le trouble est ici double encore. Il porte sur la maigreur des éléments dont il dispose pour personnaliser la peine et sur la faiblesse des informations sur la peine qu'il pourrait prononcer.

Les rapports pré-sentenciels sont trop fréquemment squelettiques, faits par les services qui en ont la charge dans l'extrême urgence, et ne reposent souvent que sur les déclarations du prévenu, autant dire rien de fiable. Les données recueillies par la police ou la gendarmerie sont loin d'être toujours claires et rarement riches. Les informations sur les revenus sont loin d'être fiables (doivent-elles inclure les prestations sociales ?). La défense n'est pas obligatoire en correctionnelle, on ne peut donc compter sur elle pour apporter au moins les éléments en sa faveur. Quant à l'exploration des problématiques d'addiction, elle est rare alors même que chacun sait à quel point elles sont prégnantes dans le public des prévenus.

La justice correctionnelle a un bandeau sur les yeux, mais ce n'est pas celui du symbole de la justice qui doit être impartiale et égale pour tous, c'est celui d'une justice impuissante à bien observer ceux qu'elle juge, à peser ce que sont leurs vies et ce qui peut concourir aux passages à l'acte. Plutôt qu'aveugle, disons que la justice n'y voit pas clair.

Or, le sentiment prévaut, et il n'est pas faux, qu'elle pourrait en savoir beaucoup plus, et même qu'elle le devrait. Qu'on en a les moyens techniques.

La justice ne sait pas encore (cela vient, nous dit-on, mais...) si le prévenu est poursuivi ailleurs, elle ne sait même pas parfois qu'il vient de faire l'objet de poursuites dans le tribunal même où l'on juge. Elle ne sait pas qu'elle est peut-être (sous réserve des décisions à venir sur la culpabilité, certes, mais il est beaucoup de cas où l'intéressé ne nie rien) dans une situation où les faits compulsifs d'un jeune adulte auraient intérêt à être appréhendés dans leur ensemble pour construire une peine cohérente et à propos de laquelle on débattrait vraiment. Au lieu de quoi elle s'en va, distribuant des petites peines avec sursis dont l'incohérence et la contre-productivité éclateront un jour ou l'autre, à la faveur d'une révocation automatique qui interviendra au plus mauvais moment.

Le juge est embarrassé des informations qui sont au dossier, et exploitées parfois par le parquet, en provenance de la police sur une activité délictueuse. Il est embarrassé sur la crédibilité qui peut s'attacher à des signalements dans des fichiers de police quand on sait leur faible fiabilité (au-delà même donc de la question de la présomption d'innocence) et qui pourtant révèlent des éléments de violence chez celui qu'il juge. De leur côté, les élus, les policiers ont le sentiment que la justice travaille comme une taupe, chaque décision faisant figure d'un petit cône signalant son activité quasi souterraine et myope, quand ils ont quant à eux sous les yeux une activité délinquante continue qui supposerait, selon eux, d'être pensée dans son ensemble, son économie générale et toutes ses dimensions.

Le juge est tout aussi mal quand il sait que, faute de savoir ce qui est disponible en termes de prise en charge, il va en être réduit à prononcer des peines virtuelles de jour-amende qui ne seront jamais exécutées, ou des peines de prison qui, elles, ne seront pas toujours si virtuelles que cela. Il sait bien qu'après tout, une autre peine que la prison serait possible même pour ce SDF, mais que faute de savoir comment on pourrait monter une peine et une prise en charge qui feraient sens, il en reviendra aux bons vieux classiques.

Le juge comprend bien que prononcer une peine de prison ferme et l'instant d'après dire qu'il l'aménage, à supposer même qu'il ait les informations pour le faire, ne fait pas sens. Que ce n'est pas une manière de trancher qui soit lisible. Dès lors ne faut-il pas s'étonner du refus opposé par beaucoup de prononcer des aménagements *ab initio*.

La séquence sententielle qui devrait être essentielle devient un « pauvre passage obligé » en attendant que l'aval prenne, du moins on l'espère, les choses en main. Le juge peut avoir le sentiment de ne pouvoir mettre dans la balance, du moins sur la question de la peine, les éléments qu'il est là pour peser. Il peut avoir le sentiment d'être armé d'un glaive qui ne parvient plus à trancher. Il ne sait plus trop s'il doit s'en réjouir (« au moins, je ne casse rien ») ou s'il doit le déplorer.

Malgré tout cela, l'idée prévaut que l'on ne peut tout juger selon le rituel ancien. L'idée en effet s'impose à beaucoup que l'on ne peut guère se passer de la composition pénale, de l'OPD ou de la CRPC, dès lors que le principe d'une réponse pénale systématique est posé.

L'espoir de voir un équilibre pérenne de l'orientation s'installer demeure chez certains au parquet comme au siège, un équilibre qui permette au moins de ne pas voir les conditions d'examen des affaires importantes, celles qui doivent « passer à l'audience », se dégrader.

Il s'agirait donc d'accepter un redéploiement de l'office du juge qui est bien réel, si l'on veut bien avoir en tête l'aspect quantitatif des choses. Là où il y a quinze ans de très nombreux délits étaient classés sans suite, là où tous ceux qui étaient poursuivis passaient en audience dans des conditions qui relevaient de l'abattage, on peut considérer qu'il faut pour systématiser la réponse pénale, hiérarchiser la forme de la réponse et moduler l'office du juge. Et il est vrai qu'au total, toutes formes de poursuites confondues, le juge a vu son activité croître (+22 % entre 2000 et 2010), plus encore si l'on veut bien ajouter les compositions pénales mais dans un office modulé.

Reste que l'équilibre est éminemment fragile. Couplé avec le principe de la systématisation de la réponse pénale, l'idée d'une graduation des réponses données à chaque récidiviste, voire aux réitérants, l'exclusion de procédures rapides (OPD) pourraient bien signifier assez vite un nouvel encombrement géant des audiences.

Comment alors penser un redéploiement pérenne de l'office du juge correctionnel ? Et en même temps sa restauration là où elle doit l'être.

L'office du juge est bouleversé et pas seulement par le fait qu'il ne peut en CRPC choisir la peine. Il l'est bien plus profondément par la réduction à une infime minorité de dossiers de la délibération en collégialité, par le dialogue collectif (siège et parquet) autour de l'orientation acceptable de tel ou tel type de dossier dans tel circuit, par le partage avec le ministère public de barèmes sur les peines prononcées par OPD, par le contenu même des dossiers en termes de personnalité, par l'idée à l'évidence si troublante pour la plupart des magistrats rencontrés de prononcer un aménagement d'une peine que l'on vient tout juste de prononcer.

Plusieurs pistes de l'ordre de la gestion des flux. On peut remettre en cause le choix de politique criminelle de donner une réponse systématique à toute affaire poursuivable. On peut ensuite remettre en cause le principe d'une graduation des réponses et d'un régime unique de la notion de récidive et ses conséquences en termes d'exclusion de certains choix processuels.

La correctionnalisation par délestage des cours d'assises est une pratique malsaine. La cour d'assises a été allégée d'une partie du jury. Elle est moins lourde à réunir, moins chère aussi. Est-il sain de voir renvoyer en correctionnelle des affaires graves qui exigeraient le temps d'un procès d'assises ? Et ceci au seul motif que le temps entre la fin de l'instruction et le passage aux assises est si long que toutes les parties préfèrent un procès proche et rapide au plan de l'audience plutôt que d'attendre ?

La justice délictuelle a vu son rôle encombré au fil des décennies par toutes sortes de délits formels, de délits-obstacles qui ressortent bien davantage de l'indiscipline sociale que de la délinquance délibérée. Le législateur a transformé en délits un nombre très important de contraventions. Le rôle correctionnel s'est chargé au détriment des tribunaux de police qui se sont vidés de leur contentieux. Le déséquilibre est désormais flagrant. Soit on met fin à la classification tripartite, mais alors il faut penser la diversité de la classe des « délits » subsistante et l'office du juge avec, soit on rééquilibre l'ensemble.

Or, une contraventionnalisation massive de ces contentieux (ou devrait-on dire une « re-contraventionnalisation » massive) supposerait que l'on repense les peines contraventionnelles, qu'on leur donne un autre contenu que les seules amendes ou les quelques peines prévues à l'article 131-14 du code pénal. En revanche, on pourrait imaginer que certaines des procédures rapides puissent trouver là à se déployer d'une manière plus logique qu'en matière de délits et en concurrence à la collégiale.

Mais tout ceci n'est encore que de la gestion des flux. S'attaquer à repenser plus en profondeur l'office du juge au pénal, particulièrement pour les délits, suppose d'affronter les difficultés rencontrées plus haut et notamment celles tenant aux effets de la spécialisation,

de l'isolement du juge dans un circuit processuel, de la visibilité de son office, de sa lisibilité à l'intérieur et à l'extérieur de l'institution.

L'observateur peut alors s'interroger et formuler ainsi qu'il suit quelques questions destinées à faire avancer la réflexion collective.

Faut-il repenser l'office du juge, ses pouvoirs et ses devoirs, en intégrant la rationalité sociale qui s'est imposée autour d'une justice sommée d'être lisible plutôt que de donner à voir une symbolique de la puissance ? « Les modes nouveaux de traitement des délits relèvent plutôt de la logique de sécurité. Le pouvoir de punir ne se fonde plus sur les mêmes valeurs, les objectifs qu'ils visent ne sont pas les mêmes, les cibles elles-mêmes ont changé. Il s'agit moins de corriger les âmes par une discipline des corps, après qu'à l'audience la Justice a montré sa puissance et affirmé son caractère sinon religieux du moins sacré, que de réguler les écarts à la norme d'une *population* au sens foucauldien du terme, faite autant « d'individus par excès », selon l'expression de Robert Castel que de désaffiliés...

Cette activité requiert moins d'être accompagnée de la force de symboles anciens que de signes qui assurent à la société, aux politiques et aux délinquants que la justice est efficace dans sa régulation de délits. Mais nul ne vient à rêver que son intervention les fasse disparaître. Faut-il alors s'étonner que cette gestion de masse soit d'abord rendue visible par les chiffres et que la communication régulière, « protocolisée », de ces chiffres, de ces délais, de ces peines soit le message important. Ne sont-ils pas les signes nouveaux du gouvernement de la justice enserrés dans de nouveaux rituels ? Ne sont-ils pas aussi des symboles, au sens où ils pèsent bien plus que leur sens concret, exprimant les valeurs d'une justice devenue autant service public que pouvoir ?⁹ »

Or, si le parquet s'est largement engagé dans cette voie, le juge du siège devient muet en tout cas inaudible, invisible, myope, isolé. À partir de là, l'office du juge peut-il n'être pensé qu'au seul niveau de chaque litige au singulier ? Quand le juge est isolé dans un type de procédure, quand la collégialité est si rare, quand la publicité réelle de l'audience devient l'exception, ne faut-il pas penser l'échange et la communication du juge pénal ?

Paraît-il opportun de rassembler sous la notion de « chambre pénale délictuelle » ou de « Pôle pénal délictuel » tous les magistrats du siège affectés au pénal (sentenciel et post-sentenciel) afin de faciliter entre eux, par un dialogue institutionnalisé, la réflexion sur les choix de peine et les pratiques processuelles ? Que les juges puissent également mener une réflexion avec les juges d'application des peines et les juges des enfants paraît absolument nécessaire si l'on veut que leur activité de juge fasse sens pour ceux-là même qui l'exercent et pour les autres acteurs, comme pour les partenaires de la justice. Qu'ils puissent susciter avec l'université ou d'autres organismes de recherche au niveau régional une réflexion sur leurs pratiques et leurs effets. Que de cette réflexion puissent ressortir des évaluations plus riches que les seuls indicateurs de per-

⁹ En ce sens, A. Vauchez, « Le chiffre dans le « gouvernement de la Justice », *Revue française d'administration publique*, n° 125, 2008, p. 111-120.

formance d'aujourd'hui dont la pauvreté n'échappe à personne. Qu'ils puissent rendre public et plus visible leur office.

Paraît-il opportun d'organiser de façon plus approfondie, au sein de chaque juridiction, une conférence pénale à un rythme au moins annuel réunissant les magistrats du siège, le ministère public, les élus, les forces de sécurité, l'administration pénitentiaire comme les services de probation, le barreau, voire des associations, sur les constats faits par la police et la gendarmerie de l'évolution locale de la délinquance (en dehors de toute information nominative), le schéma d'orientation de la juridiction et les barèmes existants ? L'impartialité des magistrats du siège empêche-t-elle qu'ils échangent ou, en tout cas, qu'ils reçoivent de telles informations ? Une telle conférence pénale qu'ils devraient co-présider avec les juges d'application des peines leur permettrait de recueillir toutes les informations qui sont utiles à leur office et de nourrir leur réflexion.

La communication régulière, « protocolisée » de ces informations n'est-elle pas un enjeu important ? Ces informations ne sont-elles pas les signes nouveaux du gouvernement de la justice ?

C'est enfin sur la motivation des décisions qu'il faut travailler pour restaurer la visibilité de l'office du juge. Ne faudrait-il pas demander au juge de motiver par oral sa décision tant sur la culpabilité que sur la peine, et renvoyer les avis au BEX et au BAV avec une permanence des avocats dans le cadre de l'accès au droit ?

S'agissant des CRPC, l'office du juge ne retrouvera du sens que si le parquet est présent à l'homologation et que si l'hypothèse d'une demande d'explication du juge à toutes les parties n'est pas ruinée par avance en raison de l'absence de l'accusation. Il n'y a pas place pour que le juge exerce son office qui est de garantir les droits et les libertés s'il ne peut demander au parquet une explication sur la procédure, la qualification, l'adéquation de la peine comme il a le devoir constitutionnel de le faire. Le caractère chronophage n'est pas ici une réponse pertinente au regard des enjeux et le sera encore moins si la procédure est appelée à se développer sous l'effet de l'extension récente de son champ. Pourtant, si demain une audience entière d'homologation de CRPC se tient dans une juridiction au lieu de deux audiences de jugement classiques, et même si en amont le parquet y a passé du temps, qui peut soutenir que l'économie de temps doit prévaloir sur tout le reste ?

**Intervention de Jean Danet, enseignant-chercheur à l'université de Nantes et avocat honoraire, lundi 28 janvier 2013 à l'IHEJ, dans le cadre du séminaire Être juge aujourd'hui (confrontation de professionnels et de chercheurs sur les transformations de l'institution judiciaire).*

LA GESTION DES CONNAISSANCES AU SEIN DE LA MAGISTRATURE

Par Mehdi El Harrak*

La gestion des connaissances s'entend de l'organisation de l'ensemble des processus mis en place par une organisation pour la circulation et l'archivage des connaissances présentes en son sein. Cette organisation peut se concevoir de deux manières selon le cycle de travail de l'organisation en cause. Un cycle de travail long et constant tire un grand profit d'une approche se limitant au stockage des connaissances acquises. En revanche, les organisations ayant un cycle de travail court et mouvant – telle la justice – trouvent beaucoup d'avantages à développer une approche basée sur le travail collaboratif, sur la localisation des experts et des « sachants ». De manière générale, une gestion des connaissances performante met à disposition de tous, toutes les connaissances présentes au sein d'une organisation, que ces connaissances soient numérisées ou non, en un temps de recherche réduit au strict minimum. Il s'agit donc d'une organisation intelligente de la circulation des connaissances, en ce sens que celle-ci est coordonnée autour du travail individuel de chacun.

Atouts et lacunes du système actuel de circulation des connaissances

La circulation actuelle des connaissances au sein de la magistrature s'effectue par les échanges entre juges du siège, échanges effectués grâce à différentes listes de discussion qui sont en réalité des courriels groupés. Le groupement des courriels s'effectue par domaines du droit ou par fonctions judiciaires. C'est en 1995 qu'est apparue la première liste de discussion. Elles ne cessèrent de se développer par la suite. Seize listes sont aujourd'hui actives et utilisées quotidiennement, il en est notamment ainsi des listes *Themis* (2 270 magistrats), *Instru* (780 juges d'instruction), *Jafnet* (400 juges aux affaires familiales), *Civilnet* (440 magistrats), *Justpeine* (700 juges d'application des peines). D'un avis unanime, les magistrats ne peuvent plus se passer de cette collaboration. Selon un magistrat interrogé, « 90 % des échanges sont constitués par des problèmes de droit ». Ce pourcentage, bien qu'il puisse varier selon la liste de discussion en cause, témoigne de l'importance qualitative des échanges. Ces derniers peuvent porter tant sur des questionnements techniques inédits que faire appel à une expertise particulière. Ce système permet d'ailleurs, chaque année, aux nouvelles promotions de confier leurs interrogations aux magistrats les plus expérimentés. Il est donc fréquent qu'une question posée en fin de soirée se voit résolue, ou au moins commentée, par plusieurs messages dès le lendemain à la première heure.

Chaque liste de discussion relève d'un administrateur. Il s'agit d'un magistrat pourvu d'une compétence, d'une éthique lui permettant d'arbitrer les échanges afin que ceux-ci restent professionnels et limités aux problématiques communes. C'est essentiellement la confiance dans le pro-

fessionnalisme de cet administrateur qui encourage les magistrats à s'exprimer avec la plus grande liberté. Certains de ces administrateurs assurent une veille juridique permettant à tous les magistrats membres de la liste de discussion de recevoir les actualités jurisprudentielles et doctrinales, mais également un service de mise à disposition des documents les plus fréquemment demandés. Ces deux services ne sont cependant pas étendus à l'ensemble des listes de discussion et reposent sur une participation volontaire, bénévole et exceptionnelle. Ceux qui en bénéficient en tirent un grand profit dans leur travail. Cette condition de fonctionnement des listes qu'est la confiance en l'administrateur se retrouve d'ailleurs au sein de toutes les communautés professionnelles. Dans son *Manuel du Knowledge Management*¹⁰, Jean-Yves Prax expose les conditions de fonctionnement des communautés de pratiques professionnelles : appartenance à un métier, capacité d'échanger et *leadership* coopté pour sa compétence. Cette dernière est une condition d'existence et d'utilisation des communautés de pratiques tant l'expression libre serait inconcevable sans une confiance totale dans l'administrateur. Ces listes de discussion forment de véritables communautés de travail qui encouragent la mise en commun de réflexions de haut niveau et d'expertises développées au fil des années, et un partage efficace de l'information.

Actuellement, la circulation simultanée des connaissances et de l'information au sein de ces communautés arrive cependant à saturation.

D'abord, le nombre de messages quotidiennement échangés rend le système inintelligible, parfois inefficace. L'échange par courriels groupés ne permettant aucun classement, qu'il soit par importance ou par thème, les différentes questions posées se trouvent mélangées aux réponses respectives. Plus d'une cinquantaine de messages peuvent être reçus par un magistrat membre d'une liste alors qu'il ne serait directement concerné ou intéressé que par quelques-uns. Le système de courriels groupés n'est certainement plus adapté au regard du nombre de messages échangés. Son archaïsme risque désormais d'affecter le travail collaboratif des magistrats. Certains magistrats ne disposent, en effet, plus du temps nécessaire pour consulter la totalité des messages échangés, étape indispensable pour prendre connaissance des messages nécessitant leur expertise.

Ensuite, il n'existe pas de système de classement efficace permettant sans perte de temps aux magistrats de juger de leur utilité ou de leur intérêt dès qu'une question vient à être posée. Compte tenu du caractère urgent ou particulièrement important de certaines affaires, les requêtes s'y rapportant nécessitent une attention plus soutenue. Or, les magistrats ne disposent pas de la possibilité de créer des sous-catégories d'intérêt au sein des listes, ni de signaler l'urgence ou l'importance de certaines de leurs demandes. Des questions techniques de la plus haute importance se trouvent dès lors énoncées comme de simples questions pratiques.

Par ailleurs, faute d'outil informatique, l'archivage des connaissances est inexistant. Cela, alors que certains fichiers nécessitent d'être en permanence à la disposition des magistrats, telles les trames de jugement, les listes d'experts judiciaires ou encore une sélection des messages échangés de façon récurrente sur les listes de discussion. Ce type de fichiers n'est à la disposition que de quelques magistrats qui les communiquent ensuite, dès que la demande leur est faite. Les magistrats

¹⁰ J.-Y. Prax, *Le Manuel du Knowledge Management*, Paris, Dunod, coll. « Stratégie Management », 2003.

ne disposent donc que d'un accès indirect à des fichiers dont l'utilisation peut s'avérer quotidienne. De même, certains documents, notamment les articles de doctrine les plus pertinents, mériteraient d'être mis à la disposition de tous. Faute d'un système d'archivage conséquent, ce partage d'information n'est pas possible. Sur ce point, un exemple est particulièrement révélateur : le tribunal de grande instance de Metz dispose d'une traduction du code civil turc qui n'a pu être mise à la disposition de tous, faute d'un système d'archivage national.

Enfin, l'accès aux articles de doctrines étant long et complexe, cela le rend quasi impossible compte tenu de l'emploi du temps des magistrats. Un outil informatique performant permettrait aux magistrats de pouvoir sélectionner eux-mêmes ce qu'ils souhaitent recevoir sans qu'ils n'aient plus à le chercher par un système d'abonnement personnalisé. C'est là une possibilité non négligeable de gain de temps qui ne peut être exploitée par le système actuel.

L'outil informatique actuel ne permet plus un échange serein et fluide de l'information. Cela d'autant plus que les listes *Themis*, *Instru*, *Jafnet* ou *Forum Enfant* sont aujourd'hui en voie de disparition. Si les deux premières sont actuellement hébergées par l'université de Nancy, et les deux dernières par l'université de Metz, cet hébergement ne sera pas renouvelé lors de la fusion prochaine de ces deux universités au sein de l'université de Lorraine. Cette situation précaire, en l'absence d'hébergeur Internet unique pour les listes de discussion, démontre ses insuffisances. S'il est précaire, un hébergement au sein des universités est néanmoins garant d'une totale indépendance et contribue au rapprochement entre les étudiants en droit et le monde judiciaire. L'hébergeur Internet doit, en effet, en premier lieu, être totalement indépendant au regard des pouvoirs exécutif et législatif. Il doit également être à l'abri de toute infiltration étrangère à l'institution judiciaire, notamment de la part de journalistes ou des parties au procès. Pour ce faire, l'hébergeur Internet doit nécessairement être choisi par les magistrats afin de leur permettre de travailler en toute tranquillité d'esprit, sans méfiance, comme ce fut le cas jusqu'à présent. Ils risqueraient en effet de ne plus vouloir utiliser le réseau Internet pour leur travail collaboratif, dès lors qu'ils le jugeraient insuffisamment sécurisé ou indépendant. Ce serait là une très grande perte pour la qualité de notre justice tant le travail collaboratif de nos magistrats est de haut niveau.

Repenser la gestion des connaissances à travers un outil de travail unique

L'outil informatique permettant le travail collaboratif entre magistrats doit donc être repensé dans une optique nationale et de performance dans la gestion des connaissances. Ainsi, l'amélioration de la gestion des connaissances au sein de la magistrature se confond avec la refonte de l'outil informatique. Il s'agirait de mettre ce dernier au service du travail quotidien des magistrats en modifiant la circulation du flux d'information. Celui-ci ne se contentera plus d'exister mais sera organisé autour de l'exercice des fonctions de chaque magistrat. Selon Jean-Yves Prax, plusieurs besoins sont alors à prendre en compte : la nécessité de se connaître, d'échanger des idées et des connaissances, de travailler ensemble, d'accéder aux sources externes et enfin de cartographier le réseau d'expertise.

Permettre aux magistrats de mieux se connaître et d'échanger leurs connaissances passe par la visibilité de chacun d'entre eux. Celle-ci se conçoit en deux temps.

Il s'agit en premier lieu d'assurer la visibilité par chaque magistrat de l'ensemble des communautés formées par les listes de discussion, même s'il n'en fait pas partie. Rien n'empêche en effet les magistrats non membres d'une liste, parce que non intéressés par celle-ci, de connaître son existence. Cela aura pour principal avantage d'assurer une communication entre magistrats n'exerçant pas les mêmes fonctions. Cette visibilité peut se concevoir à travers une page d'accueil recensant l'ensemble des communautés constituées par les listes de discussion, étant entendu qu'un magistrat donné n'aura accès qu'à la seule communauté dont il est membre. Cependant, il est envisageable de permettre aux magistrats non membres d'une communauté de la solliciter si son travail le nécessite. Par exemple, un juge d'instruction peut se trouver confronté à une question complexe de droit de la famille. Ce questionnement ne devra pas ouvrir au magistrat non membre un accès à la communauté qu'il sollicite, mais simplement lui permettre de rechercher en son sein des réponses précises qui lui seront communiquées.

Ensuite, la visibilité au sein de la communauté de ses membres passe par la localisation directe des expertises. Son principe est simple : tout magistrat détenant une expérience professionnelle particulière et souhaitant la faire partager pourra le faire. En effet, la gestion de la circulation des connaissances implique leur localisation précise : l'appel à une expertise particulière se fera donc à travers ce domaine du droit, et non plus par l'envoi d'un mail à tous les magistrats. Cette méthode procède donc d'une évolution : il ne s'agit plus de chercher l'information presque au hasard, à savoir par l'envoi d'un courriel collectif, mais de connaître sa localisation. Il faut organiser le flux d'information autour de ses membres. Le travail collaboratif s'épanouira donc sous l'attention du magistrat administrateur de la communauté d'une part, et du ou des magistrats experts dans le domaine concerné d'autre part. Également, au sein des communautés, quelques sous-communautés choisies par les magistrats rendront les échanges d'ordre technique bien plus fluides et ciblés. Cette subdivision permettra un échange plus efficace puisque centré autour de l'unique domaine du droit concerné. La communauté *Listebis*, hébergée par Yahoo et regroupant les quelque 970 juges d'instances, pourrait être divisée en plusieurs sous-communautés : une communauté réservée à la tutelle, une autre au crédit à la consommation ou encore au contentieux des loyers. Les échanges dans ces communautés ou sous-communautés peuvent se concevoir sous forme d'un dialogue synchrone, en temps réel, bien plus adapté qu'une liste de courriels groupés, avec un système de signalisation mettant en évidence une importance ou une urgence particulière. Une autre fonction adjointe peut s'avérer particulièrement utile : la possibilité d'émettre une question pour la soumettre au vote de ses pairs, lorsque la question posée se contente d'une réponse affirmative ou négative.

En second lieu, la gestion de la circulation des connaissances se conçoit également à travers le renouvellement de l'accès à l'information extérieure, à savoir les articles de doctrine, la jurisprudence ou encore les déclarations de professionnels de la justice, tel le contrôleur général des lieux de privation de liberté. Le renouvellement de cet accès à l'information se conçoit à travers sa person-

nalisation d'une part, et son changement de nature d'autre part. La personnalisation consiste dans la possibilité laissée au magistrat de sélectionner les seules actualités jurisprudentielles et doctrinales qui intéressent directement son travail. Certains tribunaux étant confrontés à de nombreuses problématiques de droit international privé, l'évolution de certains droits étrangers dans la discipline concernée – essentiellement le droit de la famille – peut être jointe à ce service de veille juridique. Cette personnalisation du service de veille juridique s'entend donc par la correspondance exclusive entre les attentes des magistrats et les lettres d'information reçues. Quant au changement de nature de l'accès à ces informations, il consiste justement dans une nouvelle circulation à l'attention des magistrats. Comme pour les listes de discussion, la refonte de l'outil informatique permettrait d'organiser le flux d'information entrant, en fonction du travail de chaque magistrat. En somme, il s'agit simplement d'apporter au magistrat l'information dont il a besoin, quand il en a besoin et sans qu'il aille la chercher.

La production, puis la gestion d'une documentation interne, ne sont actuellement guère possibles. Elles passent par la mise en place d'une bibliothèque numérique dotée d'une capacité de stockage conséquente, laissée à la disposition et à la discrétion des magistrats.

En effet, nombreux sont les documents que les magistrats souhaiteraient partager avec leurs pairs, comme par exemple les trames de jugement ou les questions récurrentes et résolues au sein des communautés de discussion. Cette bibliothèque permettrait d'alléger la densité des échanges au sein des communautés, un nombre non négligeable étant actuellement consacré à la recherche de documents ou à des questions récurrentes. Ce serait alors la circulation des meilleures pratiques qui serait encouragée.

En son sein peut être aisément mis en place un outil informatique d'écriture collaborative qui permettrait aux magistrats de rédiger en commun des textes uniques à leur destination : « l'érudition constructiviste¹¹ ». Chaque magistrat pourra alors exprimer son point de vue pour construire, parfaire, affiner la connaissance d'un domaine. Cela peut s'avérer particulièrement utile, concernant notamment la pratique des juridictions.

L'ensemble de ces fonctions – communautés de discussion, service de veille juridique personnalisé et bibliothèque numérique – peut être réuni en un outil informatique unique et national. Il s'agirait d'un lieu unique de résolution des problèmes, d'information et de circulation des connaissances. Cet outil permettrait, par là même, le retour d'expérience, processus de réflexion mis en œuvre pour tirer les enseignements positifs et négatifs dans la gestion des dossiers complexes et inédits.

Certes, il ne faut pas oublier de prendre en compte la dimension humaine. Si l'outil informatique permet un partage très efficace, encore faut-il que cette volonté existe. Au sein de la magistrature, l'immense succès des listes de discussion témoigne indubitablement de l'existence de cette volonté. Un outil informatique unique avec les fonctionnalités décrites nécessiterait la présence d'administrateurs à plein temps, qui travailleraient en collaboration avec les administrateurs actuels des listes de discussion, étant donné que cette fonction doit impérativement être conservée. En effet, le

11 *Ibid.*

succès actuel des listes de discussion est principalement dû à la confiance dans l'éthique professionnelle des magistrats administrateurs : la majorité des expériences a montré que le facteur le plus important dans la vitalité d'une communauté est la qualité et l'engagement de son leader. Ce facteur devra donc être respecté lors de la refonte de l'outil informatique. Les professionnels de l'informatique devront en effet travailler en collaboration avec les administrateurs actuels des listes afin d'être au plus près de la réalité du travail collaboratif des magistrats et d'encourager l'appropriation générale de ce nouvel outil.

Enfin, la refonte de l'outil informatique pourrait déboucher sur des économies budgétaires. Selon un rapport d'information du Sénat du 10 octobre 2012¹², les frais de justice ont atteint un montant de 537 millions d'euros en 2011 (soit une progression de 41,6 % sur la période 2006-2011), et parmi les moyens préconisés pour une meilleure maîtrise des dépenses figure l'optimisation des moyens informatiques.

**Mehdi El Harrak*

Chargé de mission pour l'IHEJ

¹² Rapport *Pour une meilleure maîtrise des frais de justice* n° 31 (2012-2013) de M. Edmond Hervé fait au nom de la commission des finances du Sénat, à partir d'une enquête de la Cour des comptes sur les frais de justice, sollicitée par la commission des finances en application de l'article 58-2 de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

JUSTICE – NTIC ET OFFICE PROCESSUEL DU JUGE

Par Sarah Elkaim*

L'introduction des nouvelles technologies à la justice est en marche, à l'échelle nationale (dématérialisation d'un nombre croissant de procédures, notamment devant la cour d'appel et la Cour de cassation, réseaux professionnels sécurisés des avocats¹³, huissiers de justice et experts judiciaires) et européenne (*e-justice*¹⁴). Toutefois, loin de s'achever, elle se complexifie, du fait des difficultés rencontrées en chemin et des angoisses suscitées en certains.

À cette révolution, qui n'en est plus vraiment une, trois idées sont encore trop souvent associées, celle de l'information-communication, celle de la compression du temps (au travers, et parfois même au prétexte, des délais raisonnables) et enfin celle de l'économie de moyens.

Or, si elles sont centrales, elles ne se trouvent pourtant pas au cœur de la problématique de l'office processuel du juge qui impose, entre autres, de s'interroger sur les changements opérés, par cette introduction, dans la fonction même de juger, voire dans le processus décisionnel à proprement parler et partant dans le rapport au justiciable et le souci permanent de préservation des garanties fondamentales du procès.

Deux axes majeurs se dégagent ici : ce que l'on attendra du magistrat – ou ce que l'on attend déjà – en sus de ses fonctions et attributions traditionnelles, du fait de l'introduction de moyens techniques dans le processus judiciaire, mais aussi ce que le juge pourra en faire et la manière dont il conviendrait pour lui de s'approprier ce qui en tout état de cause devrait rester un outil, un support de la fonction traditionnelle de juger.

Appropriation et résistances

Aux termes d'une récente étude menée par Maud Verdier, Laurence Dumoulin et Christian Licoppe¹⁵ relative à l'introduction des caméras dans les prétoires, le constat d'une dualité inhérente à cette immixtion semble s'être dégagé : « Cela révèle en outre que les participants eux-mêmes associent le dispositif de visioconférence à l'activité judiciaire comme un "moyen technique" (expression souvent reprise dans les textes juridiques) placé dans une position d'extériorité et d'étrangeté par rapport à un "cœur" de l'activité judiciaire dont il resterait séparé¹⁶. »

S'agit-il ici d'une scission substantielle et systématique, qui permettrait de conclure à une méfiance générale vis-à-vis de ces nouveaux outils ? Ou plutôt d'une dualité circonstancielle qui laisserait se dessiner la possibilité d'une classification contextuelle ? Sommes-nous aujourd'hui

¹³ <http://www.ebarreau.fr/index.php>.

¹⁴ <https://e-justice.europa.eu/home.do>.

¹⁵ M. Verdier, L. Dumoulin, C. Licoppe, « Les usages de la visioconférence dans les audiences judiciaires en France : les enjeux d'un protocole de recherche basé sur l'enregistrement audiovisuel des pratiques », *Filmer le travail, chercher, montrer, démontrer*, n° 25, 2012, <http://www.ethnographiques.org.2012/>.

¹⁶ *Ibid.*

sortis de cette dualité qui reste sans doute l'obstacle le plus difficile à franchir en la matière, en dehors de toute considération technique et technicienne, et de toute logique gestionnaire ? Sous quelle forme se présente-t-elle actuellement ? Une telle configuration constitue-t-elle un terrain propice à l'intégration, ou la réintégration, de l'impératif des principes fondamentaux du procès ?

Pour revenir d'abord sur la présentation même de l'avènement des nouvelles technologies (qui ne sont plus si nouvelles d'ailleurs), il semble impossible de décrire le phénomène en parlant « d'intégration » de ces dernières, le terme même d'intégration, issu du latin *integrare*, signifiant « action de faire entrer une partie dans le tout » ; ou en « sociologie, selon Parsons, l'intégration constitue une des fonctions du système social, assurant la coordination des diverses fractions de celui-ci, pour assurer le bon fonctionnement de l'ensemble¹⁷ ». Enfin « en psychologie sociale, l'intégration s'exprime par l'ensemble des interactions entre les membres, provoquant un sentiment d'identification au groupe et à ses valeurs¹⁸ ».

Et c'est peut-être la médecine qui nous fournit la définition la plus parlante, dans le domaine neurologique, l'intégration est « la coordination de l'activité de plusieurs organes ou fonctions, réalisée par les centres nerveux¹⁹ ».

Or, l'arrivée des nouvelles technologies dans l'univers de la justice, et l'imposition de son utilisation, que ce soit relativement à la dématérialisation des actes de procédure, ou encore à la visioconférence, en matière pénale notamment, ne s'est pas faite en concertation avec ceux entre les mains de qui (magistrats, mais aussi greffiers, avocats, services de police, huissiers de justice) on mettait ce nouvel outil, peut-être un peu effrayant, au premier abord, lorsqu'il s'agit d'en faire un outil de travail et surtout un outil de mesure, imposé, sans discussion ni formation professionnelle préalable et appropriée. C'est bien pour cette première raison qu'il est impossible de parler d'intégration au sens de « faire entrer une partie dans le tout ». Le tout étant justice et la partie, l'outil technologique. Ce dernier n'est pas entré dans la justice, il s'y est imposé, au prétexte qu'il était certes nécessaire ; et pour ainsi dire, plutôt que de frapper à sa porte, il y est entré sans prévenir, un peu comme par effraction. C'est peut-être là l'origine du malaise : l'imposition, l'absence d'explications, de légitimation, de modification des programmes de formation professionnelle. Ce nouvel outil n'a pas été présenté comme un nouveau support dont le papier deviendrait idéalement et à termes l'ancêtre, mais comme le seul moyen d'aller plus vite, de dépenser moins, d'être plus efficace ; le seul moyen de rendre à présent la justice. Mais quelle justice ? Si l'on parle beaucoup d'efficacité et de gain de temps, au prétexte de l'impératif du délai raisonnable, la qualité de la justice s'en trouve bien moins au centre des préoccupations que ceux qui paraissent être devenus ses redoutables, voire dangereux concurrents.

Et puisque l'intégration à proprement parler fait défaut, l'enjeu qui commence à se dessiner est celui de la préservation des principes fondamentaux du procès, particulièrement ceux relatifs au droit à un procès équitable de l'article 6 de la CESDH, face à l'immixtion des nouvelles techno-

¹⁷ M. Grawitz, *Lexique des sciences sociales*, 7^e édition, Paris, Dalloz, 1999.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ In *Dictionnaire Petit Larousse*, <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/int%C3%A9gration/43533>.

logies²⁰. Ainsi la CEDH a-t-elle eu (et aura-t-elle sans doute de plus en plus) l'occasion de se prononcer sur cette problématique dans l'arrêt *Sakhnovsky c. Russie*²¹, dans lequel elle a conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention au motif que « la communication par visioconférence n'a pas offert la confidentialité nécessaire entre l'avocat et son client ».

Parce que les nouvelles technologies n'ont pas été intégrées à la justice, le lien imposé, qui s'est ensuite tissé entre le magistrat et l'outil – et non pas son outil, puisque les moyens de se l'approprier ne lui ont été ni suggérés ni permis – s'est construit sur un modèle de dualité : le juridique d'une part, le technique de l'autre. De la dualité, il est alors facile de basculer vers le conflit ; il ne faut surtout pas confondre les deux au risque de bousculer certains principes traditionnels : la séparation des pouvoirs d'un côté (l'avènement des nouvelles technologies vécu, à certains égards, comme une imposition de l'exécutif au judiciaire) et le principe d'indépendance de l'autre.

Néanmoins, il ne s'agit pas là d'une opposition de principe mais d'une remise en question des formes. Le corps judiciaire ne s'est pas montré tout à fait sceptique vis-à-vis des nouvelles technologies : il s'agissait alors peut-être plus de contester l'ordre donné, parce qu'il l'était en tant que tel et non parce que l'outil lui-même était indésirable. Il y a donc bien eu appropriation mais dans une sphère parallèle : celle des *mailing-list* par exemple, qui répondent à un sentiment de plus en plus partagé, mais de moins en moins pris en compte, de solitude dans l'exercice des fonctions de magistrat. Ce malaise serait-il le contrepoids d'une indépendance vécue de manière exacerbée et confondue avec la nécessité d'une avancée solitaire ? Ou ne faut-il pas plutôt y voir un phénomène social, qui touche de plus en plus de personnes, quelle que soit leur profession ? Un phénomène, qui, s'il n'a pas systématiquement pour origine le contexte professionnel, n'en reste pas moins amplifié par ce dernier. Ainsi certains magistrats se disent favorables à la mise en place de ces réseaux professionnels de manière à pouvoir échanger sur des problématiques de fond et à réfléchir ensemble à celles-ci, auxquelles d'autres ont sûrement déjà été confrontés, des dossiers présentant quelques similitudes ou à tout le moins offrant matière à comparaison ; à l'image par exemple de ce qui existe en France au sein du réseau professionnel des experts judiciaires, une sorte de forum²².

²⁰ Voir à ce sujet, Loïc Cadiet (dir.), « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies – Rapport de synthèse », *Procédures*, n° 4, avril 2010, dossier 8.

²¹ CEDH, Grande Chambre, *Sakhnovsky c. Russie*, 2 novembre 2011, n° 21272/03.

²² Le réseau au sein de la compagnie des experts en informatique, qui se veut participatif et où chacun fait bénéficier l'autre de son expérience.

• L'illusion de lien et sa réhabilitation

L'hypothèse d'une crise d'ordre socio-psychologique qui n'aurait pas épargné la profession de magistrat paraît être l'hypothèse à privilégier, ou à tout le moins, celle sur laquelle il convient de se pencher en priorité du fait de son impact qui dépasse la profession elle-même. Dans son ouvrage consacré à l'étude des « nouvelles solitudes²³ », Marie-France Hirigoyen opère-t-elle le constat suivant : « Les nouvelles pratiques managériales [...] ont produit une perte de repères qui apporte de la frustration et des souffrances... » Aussi déplore-t-elle la perte du caractère humain et spontané de l'échange²⁴, « l'échange autour de la machine à café », remplacé tantôt par « des mails sibyllins avec des formules impersonnelles ou comminatoires » ou encore par une sorte d'échange frénétique *via* les réseaux sociaux, les chats, les blogs au travers desquels, pour reprendre l'idée de l'auteur précité, on cherche à remplir « tout vide²⁵ », un espace et un temps impalpables où « [l'] on échange des informations mais [où] l'incommunicabilité est devenue la règle. Notre esprit se dilue dans l'information, et nous perdons tout esprit critique et toute sensibilité à l'autre [...] or un échange profond nécessite du temps²⁶ ».

Au travers de ces nouveaux besoins exprimés au sein de la profession, il faut donc voir l'occasion d'une réappropriation de ce lien à l'outil, mais il faut en prévoir les écueils (il ne saurait s'agir d'imposer par un moyen détourné une uniformisation des jurisprudences, un raisonnement unique) et les abus : rien ne saurait remplacer une rencontre, un échange, autour d'un sujet donné. Si le temps manque, du fait des nouveaux impératifs d'une justice qui s'est fixée des objectifs trop gestionnaires, il faut le réapprendre, le restituer, l'autoriser. Si l'on appelle la limitation de ces nouvelles techniques lorsqu'elles sont imposées pour ces mêmes raisons susvisées, il faut pouvoir l'envisager là encore.

Car en effet s'il semble que le virtuel, du fait de l'écran, opère paradoxalement une sorte de mise en sourdine de la conscience de l'autre, faisant que l'on s'oublie plus facilement virtuellement que physiquement, le magistrat n'en reste pas moins soumis à ses obligations déontologiques, à son devoir d'éthique. L'immédiateté qu'offre la communication par sms ou par Internet *via* des réseaux tels que Facebook ou encore Twitter nous ont totalement éloignés de la nécessaire notion de distance face à la prise de parole. Si l'on couple ce constat au précédent, on en arrive aisément à s'expliquer la possibilité de dérapage incontrôlé, à l'image de celui opéré par un magistrat du siège et un parquetier, au cours d'une audience d'assises, en novembre 2012²⁷. Alors même que la possibilité de permettre l'entrée au tribunal d'outils de communication fait débat, pour le simple public ou encore pour les journalistes²⁸, on fait face à une première lorsque, ce sont

²³ M.-F. Hirigoyen, *Les Nouvelles Solitudes, le paradoxe de la communication moderne*, Paris, Poche Marabout, 2013, p. 127.

²⁴ « [...] l'éclatement des collectifs de travail et les espaces libres qui existaient autrefois [...] désormais restreint au maximum », *ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Ce sentiment de perte de contrôle et d'espace sans limites a d'ailleurs été relaté par le jeune adolescent qui était parvenu à pirater le site du ministère de la Justice. Au cours de l'audience, lorsqu'on l'interrogeait sur le fait de savoir s'il avait bien conscience de ce qu'il avait fait, sa réponse tendait plutôt vers la négative, à l'école on leur avait mis les outils entre les mains, sans pour autant leur apprendre à s'en servir au sens de savoir en limiter l'utilisation à ses limites légales.

²⁸ E. Gaucher, « Twitter au tribunal », *CMC erwangaucher.com*, billet actualisé le 7 février 2012, <http://www.erwangaucher.com/article/07/02/2012/twitter-au-tribunal/743>.

justement des journalistes qui surprennent les « gazouillis », pour parler en termes d'initiés, échangés (« une centaine » au cours de trois jours d'audience, a-t-on pu lire²⁹) entre le vice-procureur de la République de Mont-de-Marsan et le magistrat assesseur. L'échange instantané de communications relatives au déroulé même du procès en cours posait problème eu égard au principe de séparation entre siège et parquet, sans parler du contenu même des éléments échangés, de type : « on a le droit de gifler un témoin ? » ou encore « bon ça y est, j'ai fait pleurer le témoin³⁰ ». Commentant ces échanges et leur retentissement possible, au-delà de la dimension disciplinaire pour les principaux intéressés, Christiane Féral-Schuhl précisait : « l'irruption de Twitter pendant l'audience peut, outre les risques d'impartialité liés à l'utilisation de cet outil, venir contrarier le devoir de réserve qui s'impose aux magistrats et jurés », soulignant que si c'est un avocat qui *livetwit* pendant l'audience, au sujet de l'audience, et de manière détaillée, « non seulement il risque de donner une image péjorative de la justice au public, mais un tel comportement peut se heurter à certains principes déontologiques. Il est aussi susceptible de constituer une diffamation³¹ ». Image qui souffre d'autant plus si ce sont des magistrats donc et qui dessert bien la cause de ceux qui travaillent aux remèdes de la perte de confiance généralisée des citoyens envers leurs institutions. Si l'on peut se réjouir d'une certaine forme de désacralisation, peut-être souhaitable voire souhaitée (le juge est un être humain comme un autre... il twite !), il serait souhaitable de ne pas franchir la ligne de la déritualisation, et préférable de ne pas sortir du schéma symbolique de la figure d'autorité incarnée par le magistrat.

À travers cet « incident » se dessine peut-être un nouveau clivage entre magistrats en fin de carrière, peut-être moins marqués par le sentiment d'isolement et de solitude ressenti et relaté par les plus jeunes, qui ont été beaucoup plus exposés à tous ces moyens techniques nouveaux d'information et de communication. Une fois ce constat établi, il ne s'agit pas de diviser davantage – ce qui reviendrait à s'inscrire dans la perspective de dualité évoquée plus haut –, mais bien de rassembler autour d'elle pour rejoindre un juste milieu et permettre une véritable intégration des technologies de l'information et de la communication à la justice : si les uns y sont plus enclins, étant par là même peut-être plus exposés, les autres devraient pouvoir également y prendre part, d'autant que ces autres ont certainement aussi un devoir de transmission envers ces uns, allant au-delà de la remise du flambeau.

S'il ne faut pas légiférer à profusion, il paraît néanmoins nécessaire de prévoir des dispositions d'adaptation. Adaptation de la formation professionnelle des magistrats et auxiliaires de justice (dès lors que l'on a accès à certaines techniques, on peut facilement oublier que les règles demeurent et que dit nouvelles techniques dit nouvelles possibilités et occasions de les enfreindre, sans forcément en être tout à fait conscients d'ailleurs, ce qui semble avoir été le cas dans l'affaire dite des magistrats landais, qui débattaient dans leurs fameux « gazouillis » de la pas si fameuse règle du « pas vu pas pris³² »), adaptation des règles et exigences déontologiques de ces mêmes professions procédant

²⁹ « Mont-de-Marsan : les magistrats tweetent et dérapent pendant un procès d'assises », *Sud-Ouest*, <http://www.sudouest.fr/2012/11/28/les-tweets-etaient-de-trop-892145-7.php>.

³⁰ *Ibid.*

³¹ « Quand Twitter s'invite dans les prétoires... », *Lepoint.fr*, publié le 7 mars 2012, http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/laurence-neuer/quand-twitter-s-invite-dans-les-pretoires-07-03-2012-1438634_56.php.

³² « Si ça se voit, je suis d'accord », répondait Proc_Gascogne (de son pseudo-twit) à fdelbano.

également de la garantie des principes fondamentaux du procès³³. Il faut donc envisager avec clarté et clairvoyance ces possibles écueils afin de mieux les encadrer et d'éviter, ou du moins de donner les moyens de, ce type de « dérapage ». Mais il s'agit encore de s'interroger sur les possibles conséquences de ces nouveaux comportements « sociaux » lorsque adoptés – et il n'est pas là question de le critiquer dans un sens ou dans un autre – par des magistrats sans forcément que ces derniers ne commettent de dérapage du type du *twit* évoqué plus haut. S'est-on déjà demandé, de l'autre côté de l'Atlantique, si un magistrat pouvait compter un avocat exerçant dans le même ressort, parmi ses amis Facebook³⁴ ?

Ces nouveaux outils, sans en envisager systématiquement l'utilisation abusive par leurs utilisateurs, pourraient ouvrir la porte à un nouveau contentieux eu égard à la fonction même de juger : ils pourraient servir d'éventuels fondements à des demandes en récusation, à une remise en cause de l'impartialité et de l'indépendance des magistrats.

L'introduction des nouvelles technologies au stade processuel, mais pas seulement, doit donc faire du juge un agent actif de cette intégration dans la mesure où elle passe par lui, par son geste, par son implication.

Dans le contexte de cette introduction, le juge peut, par les prérogatives de la conduite du procès qui lui sont confiées, et peut-être même doit, jouer un rôle actif face à cet élément nouveau, qui suppose d'être aujourd'hui intégré à son raisonnement et à sa gestuelle et qui partant dépend de sa méthode d'application et de son utilisation de l'outil.

La visioconférence, utilisée en matière pénale³⁵ notamment, de manière à éviter le transfèrement des détenus, offre en la matière un terrain d'étude propre à apprécier ce constat. Par exemple, le maniement de la télécommande peut-il relever du greffier mais également du président du tribunal qui accompagne le geste d'explications au détenu, placé à distance, afin de lui décrire les réglages auxquels il doit préalablement procéder, comme il est décrit dans l'étude précitée³⁶. À cet égard, c'est le déroulement même du procès qui est modifié, voire la manière dont le magistrat va s'adresser au détenu. Par exemple encore, tandis que d'ordinaire, dans la configuration traditionnelle du tribunal, le président était amené à élever le regard juste au-dessus de son pupitre, pour le réajuster ensuite à hauteur géographique du détenu, il le dirige maintenant vers l'écran placé en hauteur. Il ne regarde plus une personne mais un écran retranscrivant son image, nécessairement distancée et moins claire.

33 Pour exemple, l'utilisation de *twitter* dans les tribunaux anglais a fait l'objet de réglementations strictes (sous forme de guide d'utilisation, consultable à l'adresse suivante http://issuu.com/egaucher/docs/ltbc-guidance-dec-2011_-_copie) et la Cour suprême a même son propre site Internet sur lequel elle pourra ouvertement twitter de ses jugements, *UK Supreme Court will tweet about its judgement*, All Twitter, The Unofficial Twitter Resource, http://www.mediabistro.com/alltwitter/uk-supreme-court-will-tweet-about-its-judgements_b18343.

34 Voir, à ce sujet, *Can a judge be friend a lawyer on facebook ? It's complicated*, IT-lex, Technology Law, 19 février 2013, <http://it-lex.org/can-a-judge-befriend-a-lawyer-on-facebook-its-complicated/>.

35 On notera ici la différence d'approche entre la matière civile, où la faculté est laissée au juge de faire établir des enregistrements sonores, visuels ou audiovisuels, dans le cadre notamment des expertises ou témoignages (CPC, article 174), et la matière pénale (CPP, article 308), où la possibilité est bien plus encadrée et limitée au domaine de la visioconférence, elle-même strictement régie (COJ, article L.111-12).

36 M. Verdier, L. Dumoulin, C. Licoppe, « Les usages de la visioconférence ... », *op. cit.*

Introduire des caméras dans les prétoires ne relevait pas de l'évidence en France, même si l'on connaît plusieurs exceptions au principe de prohibition de filmage des audiences (à des fins de recherche, de documentaires ou encore et surtout dans le cadre de la loi Badinter du 11 juillet 1985 sur la constitution d'archives audiovisuelles), et contrairement à l'Espagne où le filmage est aujourd'hui de principe.

Cependant, cet écran placé entre le juge et le justiciable, entre le juge et le détenu, entrave-t-il la présence nécessaire de l'un et de l'autre. C'est là la mince frontière entre le virtuel (où « tout le monde est voisin³⁷ ») et le physique qui réintroduit la notion de distance. Mais la présence physique ne garantit pas forcément la « disponibilité à l'autre³⁸ », d'où la question posée du contenu de la présence à l'autre, de son rôle joué dans les valeurs relatives au procès.

DE LA PRÉSENCE À L'ÉVITEMENT

- **L'accès au juge ou le principe de présence³⁹ non formulé**

Avec l'avènement des NTIC au sein de la justice, et surtout les critiques auxquelles cela a donné lieu, notamment à l'occasion de la mise en place du système de visioconférence, s'est dégagé un principe, pourtant non formulé dans les textes, le principe de présence, que Soraya Amrani-Mekki définit comme : « une composante de la qualité et, partant, de l'efficacité du procès civil⁴⁰ ». Elle rattache, dans son étude, le principe de présence au droit d'être entendu, au sens de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. Sans entrer dans l'interprétation de ce droit et sur sa possible remise en question par le médiateur que devient alors ce mode de communication innovant, il reste possible de le questionner tout du moins au regard de la nécessité (dans le cadre de certains contentieux en tout cas) « de favoriser le contact humain entre les parties et le juge au procès⁴¹ ». Aussi convient-il de préciser que la jurisprudence de la Cour a dégagé de ce principe traditionnel une double obligation à la charge des États, négative : celle de ne pas entraver l'accès au juge, et positive, celle de le favoriser par des mesures concrètes. Eu égard à ces deux obligations, on peut alors questionner d'une part l'intermédiaire technologique comme possible obstacle entre le magistrat et le justiciable, et d'autre part comme vecteur de discrimination, dans l'hypothèse où l'alternative à cet outil disparaît⁴² et où il devient le seul moyen d'accéder au juge : or, tout le monde n'est pas doté d'un ordinateur, encore moins d'Internet, tout le monde ne sait pas s'en servir non plus.

Quitte à dégager l'existence d'un principe connexe à un principe fondamental préexistant et apprécié à l'aune de l'ère moderne, il convient de pouvoir le définir en dehors du seul contexte

³⁷ Mots prononcés par Michel Serres lors de son discours à la conférence inaugurale Paris Nouveaux Mondes, sur le thème *L'innovation et le numérique*, 29 janvier 2013, Paris.

³⁸ M.-F. Hirigoyen, *Les Nouvelles Solitudes...*, *ibid.*

³⁹ E. Jeuland, « Arbitrage en ligne et procès virtuel : pour le principe de présence », *Droit et Procédures*, 2007.

⁴⁰ S. Amrani-Mekki, « Efficacité et nouvelles technologies », in Loïc Cadet (dir.), « Le procès civil à l'épreuve des nouvelles technologies... », *op. cit.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² CJUE, 18 mars 2010, *Alassini*, aff. C-317/08.

de l'utilisation de techniques telles que la visioconférence et ce par souci tant de cohérence que d'équilibre. Qu'est-ce que le principe de présence ? Comment se traduit-il en dehors de la considération de l'introduction d'outils technologiques de communication ? En quoi peut-il se voir heurter par le vecteur de communication, l'intermédiaire que deviennent les NTIC au sein du déroulé processuel ? Puis, envisageons malgré tout l'argument qui s'érigerait en défenseur de l'idée que ce principe de présence a vu le jour en raison de l'avènement de ces techniques au stade processuel. Et posons-nous alors la question de ce modèle de développement de nouvelles interprétations de principes traditionnels fondamentaux qui permettrait d'en garantir le respect et l'intégration proprement parler juridique de ces nouveaux outils. Si l'on peut conclure au modèle analytique, il conviendrait peut-être de s'interroger sur l'unicité de ce modèle ou sur la possibilité de voir s'en développer d'autres ou tout simplement de pouvoir espérer continuer de maintenir l'essence du traditionnellement fondamental sans avoir automatiquement à se poser la question d'une nouvelle forme d'interprétation vue comme nécessaire à l'intégration susmentionnée.

Enfin, les questions s'imposent d'autant plus en ces termes que nous traversons actuellement une sorte de crise où le sentiment de solitude évoqué plus haut appelle des comportements quasi impulsifs, enclins au lien superficiel qui malgré tout rassure : on reste connectés, on a une réponse à un e-mail, à un sms, des amis sur Facebook ; en définitive, on est connu (croit-on) à défaut d'être reconnu.

- **Être présent sans être là (au sens d'être attentif, « disponible à l'autre⁴³ ») vs éviter d'être présent**

Être présent sans être là peut relever du défi ou signifier l'évitement. La mise en place de la visioconférence en donne une bonne illustration. La question de l'influence de la logique gestionnaire (type imposition de quotas pour le taux de transfèrement des détenus) sur l'approche, par le magistrat, du « choix » offert au détenu, soit de se déplacer mais risquer un traitement qui sans peut-être aller jusqu'à l'inhumain et le dégradant, n'en reste pas moins discutable à cet égard ; soit rester sur place et ne faire que quelque pas pour aller vers son jugement. Présenter de cette manière ces deux possibilités rend la réponse évidente, alors qu'il ne s'agit pas là d'un véritable choix. En effet, dans la conception de la comparution comme partie intégrante du « punitif », c'est dans la salle d'audience et face aux présents que cette logique trouve à s'exprimer, non pas dans le traitement accordé aux détenus avant d'entrer dans le tribunal, et ce par manque de moyens, de patience...

Ainsi, la manière dont est posée la question suggère, voire appelle une réponse négative de la part du détenu. Or, est-il véritablement « honnête » de le présenter comme cela lorsque la logique qui sous-tend cette question est celle des quotas. Ne conviendrait-il pas de dessiner une sorte de formulation neutre (inspirée pourquoi pas des *miranda rights* aux États-Unis) qui, elle, offrirait un véritable choix. La difficulté résidant, s'il est absolument nécessaire de le faire, de rattacher – ce qui pourrait constituer une nouvelle obligation pour le magistrat – à l'un de ses devoirs. Les notions

43 M.-F. Hirigoyen, *Les Nouvelles Solitudes...*, *ibid.*

auxquelles on pourrait le plus facilement les rapprocher sont l'impartialité et la faculté de relever d'office. Ne pourrait-on pas imaginer un discours tout simplement transparent, faisant état de cette réalité des quotas : « Nous sommes soumis à une exigence de diminution des coûts de transfèrement et à des impératifs de sécurité, qui m'obligent à vous présenter l'alternative de la visioconférence, mais vous devez rester libre de votre choix » ? Un peu comme le dentiste, qui lui aussi soumis à des impératifs de diminution du déficit de la sécurité sociale, précise à son patient qu'il préfère ne pas pratiquer de radiographie pour le moment, ayant reçu pour directive de le faire dans certains cas uniquement et non pas de manière systématique, au moindre doute.

En entrant dans cette logique gestionnaire, les professionnels ont été mis en difficulté : comment concilier ces impératifs avec d'un autre côté leurs obligations traditionnelles : professionnelles et déontologiques. On peut alors difficilement reprocher cette approche suggestive adoptée par le magistrat, mais on ne peut néanmoins pas s'en accommoder, car elle est par essence problématique.

Être présent sans être là, c'est la question posée dans l'affaire de nos magistrats landais évoquée plus haut. Une situation qui se répète déjà puisque comparable, en la forme, à un autre incident (quoique très différent), cette fois-ci à l'étranger et survenu dans le cadre du procès *Breivik*. Au cours de l'audience, l'un des magistrats avait en effet été « surpris » en pleine partie de solitaire⁴⁴. En jouant à un jeu électronique, est-on présent, est-on disponible à l'autre ? La question se pose en tout cas malgré la réponse du porte-parole du tribunal d'Oslo, pour qui « il existe différentes manières de se concentrer⁴⁵ ». Se concentrer oui mais sur quoi ? Au cours d'une audience convient-il de soutenir que l'on se concentre sur autre chose que sur les débats de manière à y être plus attentif ?

Éviter d'être présent, c'est par exemple le « faux » choix, ou plutôt le choix mal suggéré, offert par un magistrat qui propose l'audience par visioconférence au détenu et le risque que ce dernier opte pour, en raison des disfonctionnements évoqués plus haut, mais aussi pour se distancer du regard du tribunal, regard, qui lui en revanche entrait traditionnellement dans le cadre de l'aspect punitif ou du moins de l'aspect de responsabilisation et de prise de conscience au travers du regard de l'autre. Dans les deux cas, ce qui permet d'échapper à la présence à proprement parler c'est, malheureusement, l'outil technologique. Mais s'arrêter là serait faire peser sur ces nouveaux moyens des reproches qui ne lui reviennent pas. Car l'évitement, qu'il soit physique ou virtuel, est un problème de fond auquel les nouvelles technologies, en ce contexte, offre tout simplement un nouveau mode d'expression, un nouveau vecteur d'émancipation, une nouvelle toile de fond. Les NTIC ne font en ce sens qu'exacerber des problèmes de fond préexistants.

Quelles solutions face à ces questions ? Le regard vers nos voisins s'impose pour s'inspirer non pas des solutions – dont la simple transposition risquerait de produire autant d'effets secondaires si ce n'est plus que le problème originel –, mais des moyens mis en œuvre pour y parvenir. On peut aussi regarder un peu plus loin, vers le Canada par exemple qui, comme souvent dans le cadre de réforme d'envergure, privilégie l'expérimental, la mise en place de laboratoires d'analyse de terrain

⁴⁴ « Procès *Breivik* : le juge joue au solitaire pendant l'audience », *Le Nouvel Observateur*, 4 juin 2012, <http://tempsreel.nouvelobs.com/l-histoire-du-soir/20120604.OBS7464/proces-breivik-le-juge-joue-au-solitaire-pendant-l-audience.html>.

⁴⁵ *Ibid.*

et de simulations, mettant en jeu tous les types d'acteurs concernés⁴⁶. Il nous faudrait cependant ne pas craindre l'expérimental et le développer davantage en amont de ces réformes.

On peut bien sûr espérer sortir de la dualité et de la présentation systématique *via* un rapport d'opposition entre le nouveau et le traditionnel, le technique (au sens de moyens techniques) et le professionnel, voire le déontologique. Pour avancer et rester dans ce train en marche, il faudra nécessairement envisager ces aspects comme complémentaires et imbriqués, une fois les incompatibilités traitées et solutionnées.

Pour ce faire, à l'image de nos voisins belges, peut-être faut-il maintenant se saisir de la politique dite des petits pas, qui permet de mieux palier aux obstacles non envisagés et de rectifier à plus petite échelle, plutôt que d'avoir des chantiers entiers à revisiter, voire à reconstituer. Il faut aussi se souvenir de la diversité des contentieux auxquels on cherche à intégrer ces nouveaux outils, qui appellent une diversification de leurs modes d'intégration.

Pour avancer, indubitablement, accepter la nécessité d'une modification de la formation professionnelle initiale et continue des magistrats (mais pas uniquement, celle également de l'ensemble des acteurs devant être pris en compte). Ce qui suppose de ne pas faire de la logique gestionnaire la méthode d'application de cette réforme, encore moins son maître mot.

Pour ne pas se perdre, ne pas investir l'intégration des NTIC à la justice d'une mission qu'elle ne saurait porter, à savoir la résolution de préoccupations de fond, telles que le souci d'efficacité et de qualité de la justice, car cet endroit est et demeure celui du magistrat et de l'auxiliaire de justice, à qui il convient plutôt de permettre de se saisir de l'instrument et des moyens techniques comme d'un outil supplémentaire, à manier avec précautions, afin d'atteindre ces objectifs.

Ainsi, à ce stade encore embryonnaire, prétendre avoir des solutions, en termes pratiques, serait illusoire, mais l'on peut raisonnablement espérer avoir soulevé quelques bonnes questions auxquelles il convient de répondre pour que la réforme ne se faufile pas entre les failles déjà existantes du système – car qui dit faufilement, suppose le risque de faire tomber sur son passage des supports certes fragiles mais néanmoins cruciaux – pour qu'elle ne s'opère pas non plus *via* un passage en force produisant l'effet inévitable de l'écrasement du préexistant, au risque qu'il corresponde avec le fondamental, le transcendant.

* Sarah Elkaïm

Chargée de mission à l'IHEJ

⁴⁶ Tel que le Laboratoire de cyberjustice de l'université de Montréal, <http://www.laboratoiredecyberjustice.org/fr/Home/Home>.