

Le juge est-il toujours la bouche de la loi ?

*Intervention de Jean-Claude MARIN
Procureur Général près la Cour de Cassation*

*Conférence débat « Club du Châtelet »
23 novembre 2011*

Le juge est-il toujours la bouche de la loi ?

Bien évidemment, cette interrogation puise aux sources de « L'esprit des lois » de Montesquieu qui, il y a 263 ans, définissait ainsi l'office du juge :

« Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. »

L'origine de ce postulat, posé par Montesquieu dans « *De l'esprit des lois* », réside dans une vision très fermée **de la répartition des pouvoirs**, exposée par Montesquieu répartition dans laquelle l'office du juge est nécessairement limité.

Le juge est un « *être inanimé* » qui dit et applique les principes que la loi a d'ores et déjà édictés sans pouvoir les amodier ou en modifier ni le sens ni la portée.

Il s'agit, dans le droit fil des errements des parlements d'Ancien Régime de la crainte du pouvoir judiciaire, crainte qui imprègne d'ailleurs fortement les idées des **législateurs révolutionnaires**.

Leur volonté de maintenir le juge dans un rôle passif d'application stricte de la loi se traduit notamment par la mise en place du référé législatif, supprimé en 1837, obligeant les juges, dans certains cas, à



s'adresser au législateur dès lors qu'une difficulté d'interprétation se posait.

L'office du juge est également très **encadré par le Code Civil** de 1804, particulièrement par son article 5 qui dispose qu'il « *est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.* »



Mais, le juge, être inanimé, doit cependant être à même d'appliquer la loi à une situation concrète et diverse qui lui est soumise : le juge est en fait une bouche contrôlée qui s'exprime dans le cadre de la loi mais qui a, notamment en matière civile, une autre contrainte, il ne peut fixer lui-même les limites du procès.

Pour Tocqueville :

« Le premier caractère de la puissance judiciaire, chez tous les peuples, est de servir d'arbitre... le deuxième caractère de la puissance judiciaire est de se prononcer sur des cas particuliers et non sur des principes généraux... le troisième caractère est de ne pouvoir agir que quand on l'appelle ou, suivant l'expression légale, quand elle est saisie. »

Ainsi, Le juge, en matière civile, doit régler un litige entre deux parties et suivant les seuls moyens qu'elles soulèvent.

Le postulat est transposable en matière pénale où la formation de jugement est contrainte par les termes de l'acte d'accusation pour les crimes ou les termes de la prévention pour les délits et contraventions.

Une fois saisi, le juge doit se prononcer sur le cas particuliers qui lui est soumis et non édicter des principes généraux valables erga omnes, ce qui explique le principe de l'autorité relative de la chose jugée et l'impossibilité pour le juge de se saisir d'office.

Cette limitation de l'auto saisine est de plus en plus fréquente comme le démontre la suppression de la saisine d'office du juge des tutelles ou du juge commercial dans le cadre de l'engagement de sanctions dites commerciales et, ce, sous l'influence des standards du procès équitable tels que posés par la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui impose une séparation nette entre les autorités de poursuite et celle de jugement.

Cet **encadrement** de l'office du juge est particulièrement vérifié **dans les pays de tradition de droit écrit**, par opposition aux juges des



pays de Common law que Gladstone, dans “*Commentaries on the laws of England*”, définit comme un « oracle vivant de la loi » plutôt que d’une « bouche de la loi ».

Cela induit une démarche totalement différente.

Dans les pays de droit écrit : le raisonnement se construit par syllogismes et la solution est déductive.

La différence se marque surtout par l’obligation de motivation, qui n’existe pas dans les pays de tradition de common law.

A l’inverse, dans les pays de droit écrit en général et en France en particulier, la formulation d’une opinion dissidente n’est pas admise.

Cet encadrement a pour premier effet que la **jurisprudence n’a, en principe, pas valeur normative ou doctrinale**

Cet enfermement de l’office du juge a pour autre effet de placer son interprétation sous le contrôle de la Cour de cassation qui participe à l’unification de l’interprétation faite par les juges du fond :

« En droit français, la cassation n’est pas au service des plaideurs, au premier chef, mais au service de la loi » énonce Frédéric Zenati-Castaing.

En effet, le contrôle exercé par la Cour de Cassation s’exerce sur deux éléments fondamentaux de la décision déférée : Contrôle pour violation de la loi et Contrôle de la motivation (cassation pour défaut de base légale).

Cet encadrement peut-il aller jusqu’à lier le juge dans son appréciation du litige ?

Le juge est-il en quelque sorte **une « bouche automate » ?**

Régulièrement, le législateur tente de limiter le pouvoir d’appréciation du juge dans l’application de la loi aux situations individuelles.



Tout le débat sur les peines dites planchers ne se rattache-t-il pas à cette tentation qui se solde, souvent, par une simple exigence de motivation renforcée.

Mais cette limitation de la liberté du juge au regard de la norme supérieure qu'est la loi s'exerce parfois par un regard extérieur et a posteriori sur l'application ou l'interprétation de la loi par le juge.

La bouche de la loi est alors en quelque sorte « contrôlée ».

Ainsi, en est-il, il me semble, du rôle joué par le parlement dans le cadre de bilans d'application de lois nouvelles ou de commissions sans oublier le rôle dévolu au défenseur des droits.

Mais le juge n'est-il pas de plus en plus une bouche interprétative et éclairée à raison du caractère souvent polysémique de la loi ?

Le fait que le juge soit la « bouche de la loi » dépend en effet amplement **de la qualité de la loi elle-même.**

Moins la loi est claire et précise, plus le juge devra, par sa jurisprudence, expliciter la norme et faire ainsi véritable œuvre de législateur à la place du législateur.

Les impératifs constitutionnels d'intelligibilité et de lisibilité de la loi devraient en principe limiter ces polysémies et, donc, le travail interprétatif du juge.

Mais est-il exagéré d'avancer qu'il peut arriver que la loi soit si peu claire et les normes si pléthoriques voire discordantes que le travail de clarification du juge devienne impérieux.

La « bouche se fait alors interprétative » et le juge devient alors un juge animé.

Du fait de l'inflation, du foisonnement des législations et de la baisse de la qualité des textes, la loi, terme générique, renvoie en fait non



seulement aux textes édictés par le législateur mais aussi aux nombreux règlements, circulaires et textes divers imposant au juge d'être **la bouche des lois au sens large du terme** ;

Mais, même une loi claire laisse place à l'interprétation et cette interprétation se situe au cœur même de l'office du juge.

Pour l'école de l'exégèse conduite par DEMOLOMBE, l'interprétation confiée au juge vise à révéler la volonté du législateur dans un respect quasi- religieux du texte à interpréter par l'utilisation de différentes méthodes, et notamment de la méthode documentaire c'est à dire en se référant aux travaux préparatoires de la loi, ainsi qu'à la tradition juridique au moment où la loi a été rédigée afin de dégager l'intention probable du législateur.

Si cette voie n'est pas fructueuse, l'interprétation du juge peut emprunter, sauf en matière pénale, la voie du raisonnement par analogie, a fortiori ou a contrario.

En somme, il s'agit de remonter aux sources auxquelles la loi a été puisée : le droit romain, les lois antérieures, les anciens auteurs afin de s'approcher le plus possible de la volonté du législateur, au moment où il a édicté la norme.

Postérieurement, à partir de la fin du XIX^e siècle et est apparue l'école de François GENY prônant **la technique scientifique** .

Pour cette école, le vieillissement des textes les rend en inadéquation avec les réalités sociales, économiques ou politiques du pays, et il ne faut pas chercher la volonté du législateur au moment où il a écrit le texte mais ce que le législateur aurait voulu dans l'état actuel des choses.

Dans cette mesure, l'interprète fait en quelque sorte œuvre de législateur et de modernisateur du droit, de manière toutefois très encadrée dès lors qu'il doit toujours fonder sa décision sur un texte.



Aujourd'hui la méthode d'interprétation combine les deux approches dans ce que l'on pourrait appeler une conception d'une bouche « éclairée » : Bien plus qu'un simple interprète, le juge doit donc également permettre d'adapter les textes en fonction des contingences du moment.

Mais dans ce rôle quasi-normatif du juge, n'est-il pas une difficulté que dans notre système judiciaire, le juge devienne une bouche unique et didactique pour consolider l'interprétation de la loi.

En effet, dans notre système, qui ne connaît pas la formulation d'opinions dissidentes, le juge parle **d'une seule voix**.

Les recours juridictionnels n'ont pas vocation à générer une polyphonie mais à garantir la force interprétative unique de la parole du juge.

Cette absence d'opinion dissidente, formulée éventuellement par les membres de la formation de jugement, gomme la richesse des différentes approches juridiques qui ont pu légitimement s'exprimer, même de façon minoritaire, dans l'examen de la problématique de l'application de la loi ou de la norme.

Cela me renforce dans l'idée que, s'agissant de la Cour de cassation, l'avis de l'avocat général est d'une importance toute particulière pour éclairer les débats et émettre éventuellement cette opinion dissidente qui peut, étant publiée, apporter à la communauté juridique et judiciaire ainsi qu'à la pratique, l'éclairage d'une autre analyse utile à la résolution de la question soumise au juge.

Mais sommes-nous légitimes à encore parler, dans ce rôle quasi-normatif qu'est celui du juge, de la bouche de la loi au singulier et ne devrions nous pas parler des bouches de la loi alors que, nous le savons, des juges différents peuvent en effet donner une interprétation elle-même différente voire opposée d'une même norme.



Ces problématiques ne sont pas nouvelles et étaient, jusqu'ici, essentiellement résolue par le rôle unificateur des Cour suprêmes de chaque ordre, Cour de cassation et Conseil d'Etat, et en cas de conflit positif, par le Tribunal des conflits.

Mais, l'époque moderne a vu aussi le foisonnement de nouveaux juges sous forme d'autorité administratives indépendantes, autorités de régulation se livrant également, par la mise en pratique du droit, à son interprétation, mais aussi parfois autorités juridictionnelles.

Mais bien plus que cela, notre juge, nos juges, avec le contrôle de conventionnalité et l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, doivent « parler » en prenant en compte des jurisprudences rendues par des juridictions intervenant dans le cadre d'une sorte de « hiérarchie parallèle » des normes : Conseil constitutionnel, Cour de Justice de l'Union Européenne et Cour Européenne des Droits de L'Homme.

Dès lors qu'il devient quasi normatif et soumis à des hiérarchies parallèles et supérieures de normes, le droit interprété devient plus fluctuant et pose ainsi le problème de la lisibilité et de la prévisibilité du droit.

Aussi la bouche doit se faire explicative notamment lors de ses revirements de jurisprudence, c'est-à-dire lors du changement de son interprétation de la norme applicable au litige.

Certes, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a, dans son arrêt du 9 octobre 2001, posé le principe que, je cite, « *Nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée.* » induisant ainsi qu'une jurisprudence ne saurait s'imposer au juge.

Toutefois, la CEDH a pris position sur l'exigence de motivation des revirements de jurisprudence.

Elle a, d'un côté, posé un principe similaire à celui dégagé par la Cour de cassation en affirmant, dans son arrêt Unedic c/ France du 18 décembre 2008, je cite, « *les exigences de la sécurité juridique et de*



protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas un droit acquis à une jurisprudence constante » mais a aussi, dans son *Atanasovski c. l'ancienne République Yougoslave et Macédoine* en date du 16 janvier 2010, affirmé l'obligation pour les cours suprêmes étatiques de motiver leurs revirements de jurisprudence précisant toutefois, dans l'arrêt *Boumaraf c. France* du 9 septembre 2011, que cette exigence de motivation des revirements jurisprudentiels ne s'appliquait que lorsqu'il existe une "jurisprudence bien établie".

Mais le juge ne devient-il pas ne bouche « créatrice » dans l'idée d'un droit vivant

Pour le doyen Carbonnier, le juge peut tout d'abord agir sur le syllogisme judiciaire en lui-même, et plus particulièrement sur ses prémisses, mais il lui est également difficile de s'abstraire de la société dans laquelle il se trouve.

La jurisprudence est le symbole vivant de cette marge d'intervention et d'adaptation du droit.

PORTALIS ne disait-il pas autre chose dans son discours préliminaire au code civil :

« La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière les principes les plus favorables au bien commun ; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre ne suffit pas ».

Dès lors, le juge doit s'ouvrir vers d'autres préoccupations que celles du seul texte légal. Son rôle est d'être la bouche du droit avant d'être la bouche de la loi.

Ainsi, la prise en compte des grands principes du droit (exigence de raison, d'équité, de cohérence ; respect des droits de la personne humaine), l'intégration des nouvelles connaissances (sociologiques, économiques, sociales...) qui fondent le principe d'effectivité du droit



consacrent l'ouverture du juge, cœur du discours préliminaire de Portalis.

Bien plus encore, dans certains cas bien particuliers, le rôle du juge peut également être de **faire œuvre de législateur** dans ce que le doyen Carbonnier appelle la jurisprudence créatrice, qui intervient alors pour combler une lacune ou un vide textuel.

En effet, l'article 4 du Code Civil interdit au juge de ne pas se prononcer « *sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* ».

Il est possible alors d'avancer avec Philippe JESTAZ que la jurisprudence « *emprunte son autorité à la loi* » et de considérer que, lorsque le législateur s'abstient de désavouer la règle jurisprudentielle, c'est qu'il l'approuve.

Comment ne pas penser à cet instant précis aux grandes créations jurisprudentielles en matière de délégation de pouvoirs, d'enrichissement sans cause, de contrat d'assurance, de responsabilité administrative, de gestation pour autrui et bien d'autres domaines encore...

Enfin, sur ce point, il n'est pas illégitime d'avancer que l'évolution du droit tend à accorder une place de plus en plus importante, voire centrale, à **la jurisprudence comme autorité du droit positif**.

Jean-Pierre Gridel souligne que « *la jurisprudence [a] transformé le droit français tel qu'issu des codifications napoléoniennes, en déplaçant vers elle le centre de gravité du droit positif* ». L'une des raisons de ce déplacement n'est autre que, précisément, la multiplication des sources de droit, qui accorde au juge un véritable rôle de gendarme dans la nébuleuse des normes juridiques.

A tel point que d'aucuns se demandent si nous n'avons pas basculé vers un « gouvernement des juges ».

Le dialogue des juges



Xavier Lagarde avance l'analyse suivante :

« On pourrait a priori penser que, plus il y a de textes, plus le juge est encadré. En réalité, c'est le phénomène inverse qui se produit : autant il y a de textes, autant il y a d'interprétations. L'inflation législative consacre le règne de l'argumentation. Et ce règne s'étend d'autant plus qu'il faut aussi compter sur le développement des sources supranationales ainsi que sur l'introduction dans le droit positif des chartes de droits fondamentaux qui, comme chacun le sait, suscitent plus de réflexions que de certitudes ».

Le rôle du juge n'est plus seulement, nous l'avons vu, d'être une bouche de la loi, il doit prendre en considération des normes de rang plus élevé et s'inscrire dans un dialogue.

Contrôle de conventionalité qui permet d'écarter l'application de la loi dans le litige, primauté du droit communautaire, jurisprudence du Conseil Constitutionnel qui a une autorité absolue, cette multiplication des sources appelle un dialogue des juges et nous savons que ce dialogue peut être parfois compliqué par la difficile articulation des différents contrôles de fondamentalité.

Le juge peut-il être la bouche de la loi lorsque les normes de références s'opposent?

Il fût un temps où les contrôles de normativité trouvaient leur pleine expression dans la rigoureuse et rassurante structure pyramidale de la hiérarchie Kelsénienne des normes.

L'émergence du contrôle de conventionalité tout d'abord, puis l'introduction, ensuite, du contrôle de constitutionnalité a posteriori ont ainsi troublé l'ordonnancement de la hiérarchie classique des normes,

Sans souscrire à la vision d'un désordre anormal qui fait trop vite oublier les formidables avancées apportées par ces nouveaux contrôles de fondamentalité en terme d'effectivité de la protection



juridictionnelle accordée aux citoyens, on ne peut nier le besoin de recherche d'une cohérence dans l'articulation de ces dispositifs car sont en cause la sécurité juridique tout autant que l'intelligibilité et la lisibilité du droit.

Depuis la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975, nous le savons, contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité suivent des chemins séparés.

Le contrôle de constitutionnalité porte sur la validité de la loi et abouti, sous les modalités fixées par le Conseil constitutionnel, à un retrait de la disposition législative tandis que le contrôle de conventionalité porte sur l'applicabilité concrète de la loi au litige sans effet direct sur sa validité.

Ainsi, les deux contrôles ne se placent pas au-dessus ou en dessous l'un de l'autre mais bien en symétrie chaque fois qu'est en cause une même norme fondamentale de référence.

La place de la Constitution au sommet de notre ordre interne ne signifie pas que la convention, qui n'intègre pas cet ordre, s'intercalerait entre la loi et la Constitution ou, à l'inverse, que la suprématie de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur la loi emporterait supériorité de la convention sur notre Constitution.

Une erreur serait ainsi de croire qu'en sortant la norme législative de l'ordre juridique ou au contraire en garantissant sa constitutionnalité, la décision constitutionnelle enrayerait nécessairement le contrôle de conventionalité qui se trouverait en quelque sorte "énucléé".

De même qu'une validation constitutionnelle ne bloque pas l'examen de la conventionalité de la même loi, la pertinence d'un examen de la conventionalité de la loi applicable au litige peut perdurer, en dépit de sa disparition pour inconstitutionnalité, pour les situations nées sous son empire.



A l'occasion de l'examen a priori de la loi organique relative à l'application des dispositions de l'article 61-1 de la constitution portant création de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a lui-même livré son analyse sur la combinaison de ces deux contrôles, dans son considérant 14 , que cite :

“Considérant, en second lieu, qu'en imposant l'examen par priorité des moyens de constitutionnalité avant les moyens tirés du défaut de conformité d'une disposition législative aux engagements internationaux de la France, le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne ; que cette priorité a pour seul effet d'imposer, en tout état de cause, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie ; qu'elle ne restreint pas la compétence de cette dernière...”

Pour le professeur Anne Levade, on « *admettra sans peine que la prise en considération croissante par le juge constitutionnel du droit européen laisse bien augurer d'une priorité harmonieusement pratiquée*”.

En dépit de leur différence de nature et des préventions prises par le Conseil constitutionnel dans l'ordre de leur examen, les deux contrôles peuvent toutefois s'entremêler, voire s'opposer, chaque fois que l'une et l'autre des institutions chargées du contrôle se livrent à une appréciation d'une même norme ou principe fondamental ou que, bien que visant des principes différents, les solutions apportées par chacune d'entre elles interviennent dans un champ juridique identique.

“La complexité du droit n'est que le miroir de celle de nos sociétés. Le droit est ainsi de plus en plus foisonnant, mouvant, instable. Le juriste, qu'il soit juge ou avocat, consacre une bonne partie de son temps à démêler l'écheveau des règles et des jurisprudences, internes ou internationales. L'introduction en France de l'exception d'inconstitutionnalité s'inscrit dans la logique de ce mouvement profond : toute norme, fût-elle législative, devient contestable,



discutable devant le juge. Le juriste est à la recherche perpétuelle d'un ordonnancement" selon la mission recherche droit et justice :

Ainsi, me semble-il, le juge n'est plus seulement le souffleur de la loi, il est l'acteur pluriel d'un droit complexe et multiple où la hiérarchie des normes a été rebattue et vers lequel les regards se retournent dans l'espoir d'un oracle clair et intelligible sur le sens de la norme.

La bouche n'a-t-elle pas pris le pouvoir ?

