

EXTRAIT  
Année 2008

**REVUE**

DE DROIT INTERNATIONAL  
ET DE DROIT COMPARÉ



**BRUYLANT**  
BRUXELLES

## LE JUGE À TRAVERS LE TEMPS ET L'ESPACE

Tableaux d'une exposition sur le thème  
des grands systèmes judiciaires

PAR

ANNE-FRANÇOISE DEBRUCHE<sup>(1)</sup>

Professeure à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

Quels sont les traits saillants des grands systèmes judiciaires contemporains? Quel portrait dresser de la «justice dans le monde» à l'intention d'étudiants soucieux de s'informer à ce sujet par-delà les frontières de leur ordre juridique d'origine? Et comment présenter brièvement les différents visages de la fonction judiciaire en territoires variés: systèmes romaniste, de *common law*, d'inspiration religieuse et coutumiers? Tel était le défi qui me fut imposé à Sciences Po, Paris, à l'invitation de Guy Canivet, alors Premier président de la Cour de cassation<sup>(2)</sup>. Convenons d'emblée que l'entreprise n'était pas sans évoquer l'assaut de David contre Goliath. Compte tenu de la somme d'informations disponibles aujourd'hui à ce sujet, Montesquieu lui-même se découragerait sans doute d'écrire en 2008 un quelconque *Esprit des juges* en guise d'*addendum* à son célèbre *Esprit des lois*... Pour

(1) Anne-Francoise.Debruche@uottawa.ca. L'auteur remercie ses collègues les professeurs Muriel Paradelle, Alain-François Bisson, David Robitaille, Sophie Thériault et Charles-Maxime Panaccio, ainsi que les professeurs Jacques Herbots (K.U. Leuven) et Robert Jacob (C.N.R.S.) pour leurs explications et leurs précieuses références; toute erreur est imputable à l'auteur exclusivement.

(2) La présente contribution repose sur le texte annoté (sans prétention aucune à l'exhaustivité, tout particulièrement en référence à la littérature comparative proprement dite) d'une conférence prononcée à Sciences Po, Paris, le 26 février 2007, à l'invitation de Guy Canivet dans le cadre du cours «Les grands enjeux de la justice — La justice dans le monde et le monde de la justice».

contourner l'obstacle né de la masse de données existantes, je vous propose de dresser des juges un portrait sur le mode impressionniste à partir de diverses figures prélevées à travers le temps et l'espace. En somme, à la manière de Moussorgski, nous entreprendrons de faire le tour des dix *Tableaux d'une exposition* consacrée au juge dans le monde : juges-interprètes, juges-nomothètes, juges-Janus, juges-arbitres, juges-spectateurs, juges-acteurs, juges sans épée, juges-administrateurs, juges-associés et juges-rois — chacun de ces portraits nous donnera l'occasion de réfléchir, de comparer et de mieux comprendre certaines facettes du phénomène judiciaire.

Avant toute chose, et en relation avec la toile de fond de l'exposition, il convient de relever que le juge est au droit ce que les grands systèmes judiciaires sont aux grands systèmes juridiques : il est difficile d'évoquer l'un sans l'autre. La carte du monde élaborée par le centre d'études «Juriglobe» de la section de droit civil de l'Université d'Ottawa se fait l'écho de la classification et de la répartition traditionnelles des grands systèmes juridiques<sup>(3)</sup>. On peut brièvement en résumer la teneur comme suit. Les systèmes de *common law* se composent du droit anglais et des ordres juridiques nationaux apparentés à celui-ci par voie de conquête ou de colonisation (l'Australie, la Nouvelle-Zélande, les États-Unis, etc.). Les systèmes romanistes (ainsi dénommés parce qu'ils sont les héritiers de l'esprit du droit romain), aussi appelés systèmes de «droit civil» (*civil law systems* : il s'agit là d'une traduction de l'anglais) comportent une branche française et une branche allemande, respectivement issues du Code civil français et du B.G.B. allemand par conquête, emprunt ou imitation. À côté de ces deux grands systèmes nés de part et d'autre de la Manche, les comparatistes distinguent encore les systèmes d'inspiration religieuse (comme le droit islamique, juif/talmudique ou hindou) et les systèmes dits «coutumiers» (ou non-écrits). Aucun de ces quatre grands systèmes n'est mutuellement exclusif, et c'est ce qui explique le développement des systèmes «mixtes», qui mêlent les caractéristiques

(3) Cette carte trilingue, au même titre que la classification qui l'accompagne, est disponible en ligne à l'adresse : <http://www.uottawa.ca/world-legal-systems>.

de deux ou plusieurs grands systèmes en un cocktail souvent unique<sup>(4)</sup>.

Conformément au «mandat» qui était le mien, l'angle d'approche retenu pour ces portraits judiciaires s'appuie sur le juge et sa double fonction : dire le droit et trancher les litiges<sup>(5)</sup>. J'aborderai donc dans un premier temps le lien unissant le juge à la règle qu'il énonce, interprète ou met en œuvre (I) et dans un second temps, les modes de résolution des conflits que le juge est appelé à apaiser (II).

#### I. — LE JUGE ET LE DROIT ENTRE INTERPRÉTATION ET CRÉATION DE LA RÈGLE

Quelle est la nature du lien unissant le juge à la norme juridique dont la mise en œuvre doit en principe conduire à la résolution du conflit porté devant lui? Nulle réponse en forme de plain-chant grégorien à cette question complexe, mais plutôt une polyphonie reflétant la diversité des systèmes juridiques dont participent les multiples juges considérés. Entre les juges-interprètes qui reçoivent la norme de l'extérieur (A) et les juges-nomothètes qui la créent de l'intérieur (B), d'autres juges évoquent le dieu romain Janus en raison du double visage que la mixité de leur tradition juridique leur impose (C).

##### A. — *Le juge-interprète* *Le droit de l'extérieur*

Premier portrait de l'exposition, le portrait des juges romanistes les dépeint comme des juges-interprètes dans la mesure où ils ne sont pas, officiellement, considérés comme créateurs de droit. En France par exemple, la nouvelle hiérarchie des sources du droit au sortir de la révolution impliquait la subordination de la jurispru-

(4) Voir entre autres L. PERRET et A.-F. BISSON (dir.), *Les systèmes juridiques dans le monde — World Legal Systems*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000; R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002.

(5) Pour paraphraser le titre de la thèse de Dominique D'AMBRA : *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, L.G.D.J., 1994.

dence à la loi. Les excès des Parlements de l'Ancien Régime avaient conduit par réaction, dans l'ordre nouveau, à un légicentrisme où le juge n'aurait dû être, pour reprendre les mots de Montesquieu, que «la bouche qui prononce les paroles de la loi; un être inanimé qui n'en peut modérer ni la force, ni la vigueur»<sup>(6)</sup>. En pratique bien sûr, les «êtres inanimés» furent prompts à recouvrer leurs sens. L'anathème jeté sur le «droit des juges» explique certes le visage que les cours présentent dans leur argumentation formelle — ce qu'un comparatiste américain francophile, Mitchell Lasser, appelle leur «portrait officiel»<sup>(7)</sup>. Celui-ci cantonne les juges à l'application de la règle législative et souligne leur déférence à l'égard du législateur, auquel il ne conviendrait pas de se substituer<sup>(8)</sup>. Mais les juges français ne sont pas pour autant de simples «esclaves de la loi» (ce sont les termes peu flatteurs d'une circulaire de 1791, cette fois<sup>(9)</sup>). Grâce à l'obligation qui leur est faite d'éviter tout déni de justice<sup>(10)</sup>, ils ont su revaloriser leur pouvoir d'interprétation au point d'émettre des normes de leur cru dans les interstices (dans l'ombre) des lois qu'ils sont chargés d'appliquer. Ce «portrait officieux»<sup>(11)</sup> des juges, accolé à leur «portrait officiel», explique le statut ambivalent de la jurisprudence à titre de source du droit dans les systèmes français et apparentés<sup>(12)</sup>. Il permet également de mieux comprendre la

(6) *De l'esprit des lois*, Livre XI, chap. VI.

(7) M. de S.-O.-l'E. LASSER, «Autoportraits judiciaires : le discours interne et externe de la Cour de cassation», in *Langages de justice*, Les Cahiers de l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice, Paris, Institut des Hautes Etudes sur la Justice, 1994, pp. 28-38 (et pour une version anglaise extensive, «Judicial (Self-) Portraits : Judicial Discourse in the French Legal System», *Yale L.J.*, 104, 1994-1995, pp. 1326-1410).

(8) On cite traditionnellement en ce sens les arts. 5 (interdiction des arrêts de règlement) et 1351 C. civ. (relativité de la chose jugée), ainsi que les arts. 10 et 13 du Code de l'organisation judiciaire de 1790 (interdiction pour les juges de légiférer et séparation des pouvoirs).

(9) Circulaire du 27 novembre 1791, citée par F. NIVET, «Equité et légalité», *Justices*, 1998, n° 9, p. 161.

(10) Art. 4 C. civ.

(11) M. de S.-O.-l'E. LASSER, *op. cit.*, note 7.

(12) Le statut de la jurisprudence — source du droit ou non — suscite depuis longtemps en France de vifs débats ayant pour toile de fond la définition de la norme juridique elle-même : voir par exemple, pour une analyse approfondie de la question, la thèse de M. DEVINAT, *La règle prétorienne en droit civil français*

relation du juge à la norme législative qu'il est chargé d'appliquer : sa marge de manœuvre découle essentiellement de sa créativité interprétative, non d'une norme juridique concurrente et distincte qu'il pourrait ouvertement façonner.

Les juges de droit islamique — c'est là mon deuxième exemple dans la mesure où, je le rappelle, la présente contribution comparative ne prétend nullement à l'exhaustivité —, peuvent également être assimilés à des juges-interprètes dans leur relation à la règle juridique qu'ils appliquent. La loi islamique oscille en effet, pour reprendre les termes de ma collègue Muriel Paradelle, «entre une parole révélée et une norme construite»<sup>(13)</sup>. Il s'agit d'un corps de normes d'origine divine (la *sharī'a* issue du Coran et de la Sunna) ou «doctrinales» (le *fiqh*) élaborées le plus souvent en dehors du juge, et dont la nature même ne relève pas du seul champ juridique mais aussi du domaine religieux, moral, social, etc. Face à la *sharī'a*, les juges s'apparentent à des interprètes qui s'en remettent volontiers aux *jurisprudents* spécialistes de l'étude des textes sacrés. Rares toutefois sont les systèmes de droit islamique «pur», c'est-à-dire où la *sharī'a* ne coexiste pas avec un droit étatique certes organiquement rattaché à la culture juridique islamique, mais qui s'exprime dans les formes du droit occidental (c'est le *qānūn*, dénomination qui remonte à la période ottomane, sous le califat turc)<sup>(14)</sup>. Cependant, comme le droit occidental qui s'exporte est précisément le droit d'inspiration romaniste plutôt que de *common law* (qui essaime plutôt par conquête ou assimilation), un juge évoluant dans un tel système mixte continuera d'être aux prises avec une norme juridique élaborée en dehors de lui. Je reviendrai sur ce type de système mixte après avoir examiné le tableau consacré à l'antithèse du juge-interprète : la figure du juge-nomothète.

et dans la *common law* canadienne, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, ou encore F. ZÉNATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 111-176.

(13) M. PARADELLE, dans le cadre du cours de *Fondements du droit* — DRC 1503, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2007.

(14) Au sujet de ces différentes notions, voir par exemple P. BEARMAN et al. (eds), *Encyclopédie de l'Islam*, Leiden, Brill, 1960-1998, ou encore J. SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve et Larose, 1999.

B. — *Le juge-nomothète*  
*Le droit de l'intérieur*

Le portrait du juge-législateur, ou juge-nomothète par adaptation du vocabulaire platonicien, nous montre le magistrat composant son propre droit au sein de sa juridiction. Que de telles normes d'origine judiciaire soient ou non en rivalité avec des normes d'origine législative, leur statut de source du droit n'est aucunement mis en cause : c'est précisément ce qui les distingue de la jurisprudence dans les systèmes romanistes. À titre d'illustration du lien unissant ces juges-nomothètes à leur production normative, je vous propose d'aborder brièvement le cas des juges de droit coutumier et des juges de *common law*.

1. *Les juges de droit coutumier*

Si les juridictions coutumières représentent la norme tant dans le paysage de l'ancien droit français que dans celui de la plupart des autres systèmes européens au Moyen-âge, les systèmes contemporains considérés comme de droit coutumier constituent plutôt une rareté. La classification des différents systèmes réalisée par «Juriglobe» n'en mentionne que quelques-uns, parmi lesquels Andorre et les Îles anglo-normandes (Jersey et Guernesey où passa Victor Hugo)<sup>(15)</sup>. Dans ces dernières par exemple, rattachées personnellement à la reine d'Angleterre en sa qualité de duchesse de Normandie, c'est encore la coutume normande qui s'applique et non la *common law* — à tout le moins dans les matières dans lesquelles une loi anglaise n'est pas intervenue, loi anglaise qui devrait pour ce faire mentionner explicitement qu'elle s'applique à ces îles au statut particulier<sup>(16)</sup>. On peut donc se hasarder à dire, avec toutes les précautions que requiert le peu de documentation disponible à ce sujet (une fois n'est pas coutume...), que les juges appliquent encore du droit coutumier à Jersey et Guernesey<sup>(17)</sup>.

(15) L. PERRET et A.-F. BISSON (dir.), *supra*, note 4, pp. 13.

(16) Voir en général R. LEMASURIER, *Le droit de l'île de Jersey : La loi, la coutume et l'idéologie*, Paris, A. Pédone, 1956.

(17) E. PEYROUX, «Aspects des cadres institutionnels de Guernesey», *R.I.D.C.*, 1972, p. 380. Voir également, mais au sujet de l'île anglo-normande de Sercq dont le statut est proche de celui de Jersey et Guernesey, la contribution iconoclaste de L. LE JEUNE quant à l'application de la clameur de Haro (appel

Mais si tel est bien le cas, appliquent-ils un droit formulé en-dehors d'eux (par la répétition des habitudes dans le temps, d'où le nom de «coutume») ou redisent-ils une règle d'origine judiciaire dont l'application se nuance au fil des cas décidés? C'est là le cœur du débat entourant la nature du droit coutumier, que la description de la relation des juges anglais à la *common law* va, je l'espère, me permettre d'éclairer quelque peu.

## 2. Les juges de common law

La nature de la *common law* et, partant, d'un droit qualifié de «coutumier», est indissociable de sa vénérable histoire. On peut en effet dire sans exagérer qu'il est difficile de comprendre le lien unissant la *common law* à ses juges sans en explorer les ramifications historiques. En effet, dès 1100, les monarques d'Angleterre jurent fidélité aux «*lagas et consuetudines*» (lois et coutumes) du Royaume d'Angleterre lors de leur couronnement (Elizabeth II a prêté un serment de même teneur le 2 juin 1953 : «Will you solemnly promise and swear to govern the Peoples of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Canada (...) according to their respective laws and customs?») <sup>(18)</sup>. Que sont ces «lois et coutumes» d'Angleterre que s'engage à respecter le détenteur du pouvoir royal? Selon Robert Jacob, il s'agissait essentiellement à l'origine des normes antérieures à l'arrivée des Normands, donc des lois et coutumes saxonnes dont le respect assoirait la légitimité des conquérants aux yeux des sujets conquis. Aujourd'hui, les «*lagas et consuetudines*» du Royaume d'Angleterre réfèrent à la *common law* (entendue comme une coutume générale du royaume) telle qu'elle a été énoncée et précisée par les juges royaux qui avaient pour mission de lui prêter une

public au duc de Normandie qui enclenche une sorte d'action possessoire à connotation administrative ou pénale quand on fait tort à un natif de l'île) : «Les mécanismes juridiques de protection des droits de la personne à l'île de Sercq», *Revue juridique et politique, Indépendance et coopération*, 1982, pp. 468-470. L'auteur remercie le professeur Alain-François Bisson, de la section de droit civil de l'Université d'Ottawa, pour les trois références qui précèdent.

(18) Voir la Charte de couronnement de Henri I<sup>er</sup> telle que reproduite dans les *Statutes of the Realm*, Londres, 1810, vol. 1, aux pp. 1-2 et pour le serment d'Elizabeth II, <http://www.royal.gov.uk/output/page4105.asp>.



voix<sup>(19)</sup>. Leur relation à la *common law* dépend donc de la conception que l'on a de cette mission. S'agit-il de dire la coutume (*common law*) préexistante qui attendrait, comme le *Volksgeist* savignien, d'être formulée — c'est la théorie dite oraculaire ou déclaratoire, formulée notamment par Blackstone, où les juges sont les «oracles» de la coutume générale du royaume<sup>(20)</sup>? Ou bien s'agit-il au contraire de créer cette coutume *ex nihilo* sur la base du pouvoir normatif reconnu aux cours — c'est la théorie dite institutionnelle, qui a succédé historiquement à la première chez les auteurs<sup>(21)</sup>? Les juges se recommandent intuitivement tantôt de l'une, tantôt de l'autre. Elles ne sont du reste pas incompatibles, la *common law* étant susceptible de se trouver simultanément dans la trame des décisions judiciaires individuelles et dans le savoir commun aux professionnels du droit (c'est la théorie des «deux corps de la *common law*» de l'historien Brian Simpson<sup>(22)</sup>).

En tout état de cause, le serment du sacre consacre un rapport de force triangulaire où le juge est investi d'un lien privilégié à la norme coutumière (la *common law*), par rapport à laquelle le monarque même est placé en position de subordination. Quoi d'étonnant à ce que par la suite, le développement de la *common law* se soit accompagné d'un indéniable protectionnisme des juges à son égard? Qu'ils l'aient ostensiblement considérée comme un «bienfait» dont les sujets de droit ne pouvaient être privés en dépit de toute la volonté législative explicite imaginable en ce sens? Et bien sûr, qu'ils se soient accordé le pouvoir d'interpréter restrictivement le cas échéant les dispositions législatives réduisant le champ d'application de la *common law*?<sup>(23)</sup> Les juges anglais, amé-

(19) L'explication est empruntée au cours «Introduction au droit comparé» que dispensait le professeur Robert Jacob (également directeur de recherche au C.N.R.S., Paris) en deuxième candidature à l'Université de Liège, Belgique en 2000-2004.

(20) W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765-1769, vol. 1, p. 69.

(21) J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1968 et en général M. DEVINAT, *supra*, note 12, pp. 101-173.

(22) A.W.B. SIMPSON, *The Law's Two Bodies*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

(23) Pour une illustration très parlante, en relation avec le développement du contrôle judiciaire sur les tribunaux administratifs, voir Lord DENNING, *The Discipline of Law*, London, Butterworths, 1979, pp. 61-109.

ricains, canadiens, australiens, etc. sont donc les créateurs (ou la voix) de leur propre droit, qui entretient un rapport de rivalité avec la norme d'origine législative. Nous sommes loin ici du modèle romaniste où la jurisprudence n'est pas formellement source de droit, et où la créativité judiciaire s'exprime essentiellement sur le mode de l'interprétation.

C. — *Le juge-Janus*

*Le double visage de la mixité*

Qu'advient-il lorsque ces modèles si différents se mélangent? Lorsque *common law* et droit romaniste s'entremêlent au sein d'un système mixte, ou que «droit civil» et droit islamique s'entrecroisent? À titre d'illustration, et avant de passer à la seconde partie de cet exposé, le dyptique qui suit figurera le juge québécois (pour la mixité droit romaniste/*common law*) et le juge égyptien (pour la mixité «droit civil»/droit islamique).

1. *L'alliance du «droit civil» et de la common law*

Le juge québécois, en premier lieu, évolue au sein d'un système mixte dont le droit privé est d'essence romaniste. Le nouveau Code civil du Québec (1994) prolonge et régénère le Code civil du Bas-Canada, dont l'adoption en 1866 marquait la réception du code civil français par voie d'emprunt. Par contre, le droit public est de *common law* par son contenu et sa méthodologie<sup>(24)</sup>. Ce droit public est plus ou moins uniforme dans l'ensemble du Canada, grâce à l'action uniformisatrice de la Cour suprême placée à l'échelon ultime de la pyramide judiciaire fédérale. Les juges québécois jonglent donc journallement avec deux méthodologies distinctes : celle du droit romaniste pour leur droit privé et tout particulièrement leur droit civil, et celle de la *common law* pour le droit public. Or, ainsi que nous l'avons observé, la relation qui unit les juges à la norme d'origine judiciaire dans les systèmes romanistes et dans ceux de *common law* est loin d'être identique.

(24) La limitation de l'identité juridique spécifique de la province du Québec au seul droit privé résulte de l'effet combiné de la Proclamation royale de 1763 et de l'Acte de Québec en 1774 (SHORTT & DOUGHTY, *Documents Relating to the Constitutional History of Canada, 1759-1791*, 2<sup>nd</sup> ed., Ottawa, King's Printer, 1918, vol. 1, pp. 163-165 et 570).

Alors que la jurisprudence n'est pas formellement source de droit dans une méthodologie romaniste, la *common law* est du droit et doit être appliquée si possible aux nouveaux cas similaires qui se présentent aux termes d'un mécanisme subtil qu'on appelle mécanisme du *stare decisis*, ou du «précédent». Ce mécanisme permet d'extraire la «raison juridique» (*ratio decidendi*) des cas jugés antérieurement (les «précédents») pour l'appliquer au cas à décider aujourd'hui<sup>(25)</sup>. Bref, deux méthodologies distinctes et deux attitudes opposées face aux décisions antérieures. Idéalement, le juge québécois devrait respecter tantôt l'une, tantôt l'autre en fonction du domaine dans lequel il doit décider. S'il s'agit d'une cause en droit civil, il devrait se référer à la loi et au Code civil plutôt qu'à la jurisprudence<sup>(26)</sup>. Par contre, s'il se trouve confronté à un problème de droit public, il devra traiter la *common law* sur le même pied que la loi. En pratique, la technique du précédent (et donc, le traitement de la jurisprudence comme une source de droit) gagne du terrain en droit civil québécois<sup>(27)</sup>. Les causes en sont multiples, de l'influence de la Cour suprême du Canada (qui applique spontanément la technique du *stare decisis* aux causes de droit civil québécois) à la tentation pour les juges d'accroître leur pouvoir normatif. Au final, le résultat de la mixité québécoise implique donc une mutation de la relation du juge québécois à la norme d'origine judiciaire (la jurisprudence) et, corrélativement, à la loi. Il s'éloigne de la tradition romaniste pour se rapprocher davantage

(25) Pour une description «pédagogique» du mécanisme, voir par exemple D. POIRIER et A.-F. DEBRUCHE, *Introduction générale à la common law*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant et Cowansville, Yvon Blais, 2005, pp. 359-435.

(26) Par exemple *Eclipse Bescorn Ltd. c. Soudures d'Auteuil inc.*, [2000] R.J.Q. 855 (C.A.) et tout récemment *Groupe Sutton ImmoBilia inc. c. Ibrahim*, [2007] R.J.Q. 715 (C.Q.). Voir aussi notamment, à ce sujet, A. MAYRAND, «L'autorité du précédent judiciaire en droit québécois», *Thémis*, 10, 1959-1960, pp. 69-77; N. BERNIER, «L'autorité du précédent judiciaire à la Cour d'appel du Québec», *R.J.T.*, 1971, pp. 535-561; N.J. MAZEN, «Le juge civil québécois», *R.D.I.C.*, 1982, pp. 394-399 et A. POPOVICI, «Dans quelle mesure la jurisprudence et la doctrine sont-elles source de droit au Québec?», *R.J.T.*, 1973, pp. 189-199.

(27) Voir notamment A. POPOVICI, *supra*, note 26, pp. 191-193; A. MAYRAND, «Le recours aux précédents comme moyen d'interprétation du nouveau Code civil», in *Le nouveau Code civil — Interprétation et application*, Les Journées Maximilien-Caron 1992, Montréal, Thémis, 1993, pp. 253-258, et déjà F.P. WALTON, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, trad. M. Tancelin, Toronto, Butterworths, 1980 (rééd. de 1907), pp. 104-112.

de la tradition de *common law* — de juge-interprète, il devient juge-nomothète.

## 2. L'alliance du « droit civil » et du droit islamique

J'en viens à présent à mon exemple de mixité égyptienne, le système égyptien mêlant le droit islamique à un droit étatique de type romaniste axé sur les codes (le *qûrûn*). La facture romaniste de ce droit codifié, fût-il inspiré dans son contenu par la culture juridique islamique ambiante, peut donner à penser au juriste occidental qu'il se trouve en terrain connu et que le juge égyptien va se comporter comme un juge romaniste respectueux de la loi. Rien de moins vrai. Ainsi, dans l'affaire Abu Zayd portée devant la Cour d'appel du Caire en 1995, un professeur de philosophie était accusé d'apostasie — le fait de renier une religion parfaite, l'Islam — pour avoir porté atteinte cette religion dans ses écrits (notamment en prônant l'évolution des droits de la femme). Or, si l'apostasie est un crime majeur en droit islamique, elle ne l'était pas en droit pénal égyptien. D'inspiration française, celui-ci n'intégrait pas l'apostasie dans la liste de ses infractions. En dépit du principe de légalité des délits et des peines et du silence du code pénal, le professeur fut néanmoins déclaré coupable d'apostasie par application du droit islamique<sup>(28)</sup>. L'illustration est intéressante en ce qu'elle montre un changement de registre inattendu dans le com-

(28) Et paradoxalement, dans le cadre d'un litige initialement porté devant les juridictions civiles : les requérants (un groupe d'intellectuels extrémistes prônant une vision dure de l'Islam) réclamaient le divorce du professeur Abu Zayd en raison de l'apostasie dont ils l'accusaient. La Cour d'appel du Caire leur donna raison et sa décision fut maintenue par la Cour de cassation égyptienne le 5 août 1996. Il s'agissait donc d'une action formellement rattachée au droit de la famille et du divorce (sans que l'épouse concernée ait voix au chapitre), lui-même particulièrement réceptif aux préceptes islamiques, et le motif de divorce allégué permettait au droit pénal islamique d'y faire irruption de manière indirecte. La sanction de l'apostasie ainsi constatée juridiquement par la cour ne relevait pas de la sphère étatique, mais appartenait à tout musulman habilité à exécuter l'apostat conformément aux principes du droit islamique : B. DUPRET et J.-N. FERRIÉ, «Participer au pouvoir, c'est édicter la norme : sur l'affaire Abu Zayd (Egypte, 1992-1996)», *Revue française de science politique*, 1997, pp. 762-775 et M. S. BERGER, «Apostasy and Public Policy in Contemporary Egypt: An Evaluation of Recent Cases of Egypt's Highest Courts», *Human Rights Quarterly*, 25, 2003, pp. 720-740.

portement du juge égyptien face à la norme applicable. Face à l'un des grands crimes sanctionnés par le droit pénal islamique, ce juge que l'on attendait romaniste face à la loi d'origine étatique n'hésite pas à mettre celle-ci de côté pour faire prévaloir un droit en principe inapplicable en l'espèce. Il demeure juge-interprète, mais bénéficie de la faculté inattendue d'introduire des normes exogènes dans un champ juridique pourtant préalablement circonscrit<sup>(29)</sup>.

Ainsi, la gradation dans la relation du juge à la norme — du juge-interprète au juge nomothète — comporte de multiples zones grises en fonction du métissage des systèmes auxquels les cours se rattachent.

## II. — LE JUGE ET LE CONFLIT ENTRE ARBITRAGE ET RÉOLUTION PAR VOIE D'AUTORITÉ

Qu'en est-il à présent de la structure institutionnelle et procédurale au sein de laquelle se déploie la relation du juge aux règles de droit? Le magistrat y œuvre-t-il comme un arbitre, ou comme une figure d'autorité aux décisions incontestables? Ce sera le propos de cette seconde partie, dans laquelle je traiterai respectivement des logiques procédurales (A), de la répartition des litiges entre juridictions (B) et enfin de la représentation des juges (C).

### A. — *Les logiques procédurales* *Une échelle progressive*

Les logiques procédurales encadrant l'action des cours de justice varient considérablement dans l'espace. Historiquement, la procédure a du reste façonné le corps du droit matériel; elle le précède traditionnellement. Les modes de résolution des conflits — la procédure — représentent en effet une préoccupation préalable à l'éclosion des normes de droit substantif dans les sociétés qui s'organisent: avant même de dire le droit, on attend avant tout du juge qu'il tranche les litiges — avec ou sans le support de règles

(29) M. PARADELLE, *Des usages d'un répertoire normatif en politique étrangère. La place et le rôle de la Sharf'a islamique dans la pratique internationale des États musulmans*; Thèse de doctorat sous la direction d'A. Mahiou, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, Institut d'Études Politiques d'Aix-en-Provence, 1999, p. 191.

préétablies<sup>(30)</sup>. Ainsi, l'ordalie du Moyen-âge ne se fondait sur aucune règle juridique proprement dite pour départager les parties ou statuer sur une accusation pénale. Aux termes d'une épreuve par l'eau ou par le feu, dieu s'exprimait par la bouche des prêtres et indiquait au juge la teneur du bon jugement<sup>(31)</sup>. Dans le même ordre d'idée, les jurys qui, en *common law* anglaise médiévale, rendaient leur verdict sur la question en litige procédaient comme ils l'entendaient, à l'ombre du secret du délibéré. Comme on le voit à travers ces deux illustrations historiques, la procédure est primordiale au regard de la résolution concrète du conflit. Par ailleurs, elle ne s'embarrasse pas nécessairement de règles juridiques précises : la solution qui agréée (le juge, les parties et leurs partisans) prime alors sur la rigueur du droit mis en œuvre. C'est le cas dans les systèmes coutumiers. Mais l'assentiment des parties (et plus particulièrement du perdant) peut aussi découler du strict respect de règles procédurales préétablies : c'est le modèle qui prédomine dans les systèmes romaniste et de *common law*. Je vais dire un mot de la culture procédurale des systèmes coutumiers, en relation avec un triptyque consacré aux «juges-arbitres» (1) avant d'évoquer la procédure des systèmes romanistes et de *common law* au travers du portrait des «juges-acteurs» et de celui des «juges-spectateurs» (2).

### 1. *Les juges-arbitres*

Tournons-nous donc d'abord vers les systèmes coutumiers, où prédomine la culture de la solution négociée. Les trois volets du triptyque concerné vont être mis en relation avec la culture juridique ambiante : les tribunaux coutumiers dans le sud de l'Égypte (a), la procédure de *Tchotei* au Japon (b) et la pratique de l'ordalie au Togo (c).

(30) Au sujet de cette prépondérance de la procédure, voir par exemple R. JACOB (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, L.G.D.J., 1996.

(31) Notamment R. JACOB, «Jugement des hommes et jugement de dieu à l'aube du Moyen Âge», dans R. JACOB (dir.), *supra*, note 30, pp. 43-86.

a) *Les Maglis Al-'Urfi égyptiens*

L'exemple des *Maglis Al-'Urfi*, dans le sud de l'Égypte, permet de prendre la mesure de ce qu'est une juridiction coutumière classique. Ces tribunaux coutumiers siègent dans les communautés agricoles du sud où les liens sociaux et familiaux sont fort étroits. Ils tentent de résoudre les conflits de faible ou moyenne ampleur qui mettent en péril l'harmonie du groupe; la sanction est du reste secondaire par rapport à la nécessité de restaurer cette harmonie. Les juges sont des notables de l'endroit; l'anonymat est de règle (les noms des parties ne figurent pas dans le procès-verbal d'audience). Les décisions du tribunal, qui privilégient le résultat (la restauration du lien social) plutôt que le respect d'une quelconque procédure rigoureuse ou même de normes coutumières substantielles, requièrent l'assentiment des deux parties pour être effectives. Il s'agit donc bien d'une justice négociée où procédure et droit matériel apparaissent somme toute fort secondaires<sup>(32)</sup>.

b) *Le Tchotei japonais*

En guise de second volet, le cas du Japon est intéressant car il représente un système mixte. Le droit privé, codifié, est principalement d'inspiration allemande; le droit public et constitutionnel est de facture américaine — et le reste est de droit coutumier. En effet, particulièrement dans la sphère privée, le paysage juridique japonais se présente comme un décor en trompe-l'œil : une façade civiliste occupée par des codes, masquant un horizon coutumier habité par des règles de conduite définies par l'usage, les *giris*. À chaque type de relation sociale correspond un *giri*, qui précise l'ensemble du code de conduite devant présider aux différentes occurrences de la relation. Il y a ainsi un *giri* du père et du fils aîné, un *giri* du mari et de l'épouse, un *giri* de l'employeur et de

(32) S. BEN NAFISSA, «'The Haqq al-'Arab'. Conflict Resolution and Distinctive Features of Legal Pluralism in Contemporary Egypt», in B. DUPRET, M. BERGER and L. ZWAINI, *Legal pluralism in the Arab world*, Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1999, pp. 145-157; M. PARADELLE, «The Notion of 'Person' between Law and Practice : A Study of the Principles of Personal Responsibility and the Personal Nature of Punishment in Egyptian Criminal Law», in B. DUPRET (ed.), *Standing Trial. Law and the Person in the Modern Middle East*, London/New York, IB' Tauris, 2004, pp. 319-349.

l'employé, etc. — toujours dans le sens d'un rapport entre un inférieur et un supérieur dans l'échelle sociale. La prépondérance durable des *giris* au Japon s'accompagne d'une indéracinable méfiance à l'égard de ce que les occidentaux appellent le droit — ce droit qui est mis en œuvre par les tribunaux japonais dans les termes de codes d'inspiration romaniste. Dans la sphère du droit civil, il est considéré comme malséant de s'adresser au tribunal pour faire reconnaître son «droit», d'autant plus que le fait de perdre la face (en perdant son procès) est particulièrement honteux et ressenti fort durement. Dans ce contexte, on comprend que la plupart des litiges civils continuent à se régler en dehors des tribunaux (à titre d'exemple, moins de dix pour cent seulement des divorces sont prononcés par voie judiciaire)<sup>(33)</sup>. Mais il est intéressant également de constater que la procédure judiciaire elle-même est volontiers mise au diapason de l'esprit consensuel des *giris*. C'est le cas de la procédure de *Tchotei*, dont nous avait parlé le professeur Jacques Herbots de la K.U. Leuven lorsque nous l'avons reçu à Ottawa. Le professeur Herbots avait effectué une année sabbatique au Japon et avait eu l'occasion d'en visiter certains tribunaux. Il avait été étonné de découvrir, en arpentant un couloir, une salle ronde où les participants à la procédure étaient assis côte à côte. Renseignements pris, il s'agissait là de la procédure de *Tchotei*, sorte d'arbitrage orchestré par le juge et réunissant les parties et leurs avocats au sein même de l'organisation judiciaire de type occidental<sup>(34)</sup>. Si de telles procédures ne sont pas inconnues dans les pays occidentaux de tradition romaniste ou de *common law* (ainsi le programme de conciliation judiciaire mis en place par la juge Otis en 2002 à la Cour d'appel du Québec<sup>(35)</sup>), elles

(33) Voir par exemple, pour une présentation synthétique du droit japonais, R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *supra*, note 4, pp. 426-437 et les références citées par ces auteurs.

(34) En fait, le juge fait partie de la commission de conciliation mais s'abstient de participer physiquement aux débats. Du reste, la procédure classique (*wakai*) est elle-même ouverte à la conciliation, dans la mesure où le magistrat tente à chaque étape d'amener les parties à trouver un terrain d'entente et à abandonner l'action en justice : K.L. PORT & G.P. McALINN, *Comparative Law* — *Law and the Legal Process in Japan*, 2<sup>nd</sup> ed., Durham (N.C.), Carolina Academic Press, 2003, pp. 427-453.

(35) Art. 508.1 du Code de procédure civile et arts. 13-14 des Règles de procédure de la Cour d'appel du Québec.



n'ont pas la même toile de fond. Dans les pays occidentaux, il s'agit d'une volonté de promouvoir la culture de l'arbitrage en s'appuyant sur le prestige du magistrat qui conduit la négociation. Mais au Japon, la procédure de *Tchotei* relaie la philosophie consensuelle du système d'inspiration coutumière fondé sur les *giris* — devant laquelle le juge s'efface.

c) *L'ordalie en pays Kabiye (Togo)*

Enfin, l'ordalie en pays Kabiye a fait l'objet d'un document cinématographique remarquable à la suite des recherches anthropologiques menées par Raymond Verdier au Togo<sup>(36)</sup>. Telle que je l'ai évoquée ci-dessus, l'ordalie paraît irrémédiablement médiévale : tel n'est pourtant nécessairement pas le cas, puisqu'en on trouve encore des occurrences contemporaines en pays coutumier. Dans le document de Raymond Verdier, le litige à trancher oppose deux co-épouses, la demanderesse accusant la défenderesse de sorcellerie (une accusation grave). Le dessous des cartes est que la première est une «querelleuse» notoire, de surcroît jalouse de la seconde qu'elle cherche à discréditer. Toutefois, l'accusation est sérieuse et doit faire l'objet d'un jugement : ce sera le rôle de l'ordalie par le feu. La plus grande partie du film et du «procès» porte sur la préparation du jugement de dieu, appelé à rendre son verdict en conférant à l'une ou l'autre partie le pouvoir de remporter l'épreuve. Celle-ci consiste dans le fait de récupérer à main nue un anneau placé au fond d'un chaudron rempli d'huile bouillante. Concrètement, les notables du village coupent du petit bois pendant une bonne demi-heure et palabrent tout autant, tandis que la tension psychologique monte chez les participantes. Lorsque celle-ci est à son comble, la demanderesse est appelée à tenter l'épreuve — dont elle se désiste, laissant alors la place à la défenderesse qui récupère victorieusement l'anneau. Le dessous des cartes, à nouveau, est que la défenderesse avait reçu préalablement (et secrètement) un onguent protecteur de la part des organisateurs de l'ordalie. Ainsi, l'épreuve peut être truquée (c'était probablement le cas aussi au Moyen-âge, avec la complicité des prêtres qui en constataient la

(36) R. VERDIER, *Rituels probatoires en pays Kabiye (Togo en 1995)*. Voir également, du même auteur, *Le pays Kabiye — Cité des dieux, cité des hommes*, Paris, Karthala, 1982.

réussite), mais la concorde sociale est rétablie. Défaite publiquement par un jugement de dieu, la demanderesse n'a plus qu'à ravalier son accusation et l'harmonie sociale est restaurée (fût-ce pour un temps seulement...). On voit ici que l'aspect «négocié» du mode de résolution de conflit peut être plus ou moins forcé par la pression du groupe sur les parties, au moyen d'une «procédure» (l'ordalie) orchestrée selon des règles relativement précises. Nous ne sommes donc pas si loin, en dépit du caractère exotique de ce mode de résolution des conflits, de la procédure stricte et préétablie des systèmes romanistes et de *common law* que je vais aborder à présent.

## 2. Les juges-spectateurs et les juges-acteurs

Juges-spectateurs ou juges-acteurs, les juges romanistes et de *common law* évoluent dans le cadre de deux modèles procéduraux antagonistes : le modèle accusatoire côté *common law*, et le modèle inquisitoire côté romaniste. L'historique de ce dualisme, particulièrement accentué dans le domaine pénal, est justement lié à la disparition de l'ordalie en France et en Angleterre à la suite du quatrième concile de Latran en 1215. Comment trancher le litige pénal (voire civil) sans ordalie ? L'Angleterre se tourna vers le jury et la France, vers le modèle inquisitoire inspiré par le droit romain et le droit canon. Or, le rôle dévolu au juge par voie de conséquence diffère profondément de part et d'autre : le recours au jury le cantonne à un rôle secondaire (un rôle de «spectateur»), tandis que le modèle romano-canonique le pousse à jouer un rôle actif tout au long du procès. Cette tendance générale demeure vivace dans les systèmes romanistes et de *common law*. Le juge de *common law* se comporte davantage comme un arbitre (au sens d'un arbitre de football, non au sens juridique) : il compte les points et laisse faire les parties et leurs avocats. De son côté, le juge romaniste prend une part plus active dans le déroulement de l'instance : il intervient dans la procédure, dans la nomination des experts, dans la recherche de la preuve, etc. Au niveau pénal, la distinction entre procédure accusatoire et inquisitoire se cristallise dans l'opposition entre règles et pratiques bien déterminées. C'est le domaine dans lequel elle est la plus discutée, particulièrement lorsqu'il s'agit de mettre sur pied une juridiction pénale internationale : il faut choisir un modèle plutôt que l'autre, ou accepter de bâtir une institution

composite. A titre d'illustration des ramifications techniques de la dualité, en voici quelques aspects<sup>(37)</sup>. La procédure accusatoire implique l'interrogation des témoins en cour par les avocats, alors que la procédure inquisitoire confie cette tâche au magistrat instructeur en dehors de l'audience (magistrat instructeur dont on ne trouve d'ailleurs pas l'équivalent dans le modèle accusatoire). Côté accusatoire, on insiste sur la prépondérance des preuves fournies à l'audience, spécialement les témoignages, alors que côté inquisitoire, on préfère l'écrit et les preuves obtenues en dehors de l'audience<sup>(38)</sup>. Paradoxalement, la procédure accusatoire est plus familière pour le grand public français que la procédure inquisitoire qui prévaut pourtant en droit français — c'est la conséquence de la diffusion de la culture juridique américaine au moyen de nombreuses séries télévisées. Ceci étant dit, j'aimerais terminer ma présentation des logiques procédurales en abordant brièvement le problème de l'échec partiel de cette logique dans les droits romanistes parfois peu soucieux d'effectivité des décisions judiciaires.

### 3. *Les juges sans épée*

La procédure de règlement des conflits ne peut s'arrêter à la lecture du jugement : elle doit se prolonger dans la mise en œuvre concrète de celui-ci sous peine d'être privée de sens dans son ensemble. L'écueil menace davantage les systèmes romanistes, où l'on se soucie davantage, conceptuellement, du premier aspect de la fonction juridictionnelle (dire le droit) que du second (trancher les litiges). Pierre Drai remarquait ainsi que « l'évolution, dans le temps, a fait que la balance a pris le pas sur l'épée : la science du juge, dans l'énoncé et l'application de la règle de droit, l'a emporté sur son pouvoir de commander et d'imposer »<sup>(39)</sup>. Ainsi par exem-

(37) Cette explication s'appuie sur un tableau synoptique dressé par le juge Yves-Marie Morissette de la Cour d'appel du Québec et remis au professeur Charles-Maxime Panaccio de la section de droit civil de l'Université d'Ottawa, qui l'a fort aimablement communiqué à l'auteur.

(38) Voir notamment, pour la distinction entre procédures accusatoire et inquisitoire, P. BELIVEAU et J. PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadiens et français : Étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant et Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007.

(39) P. DRAI, « L'effectivité des décisions judiciaires et les moyens de pression à la disposition du tribunal », *R.I.D.C.*, 1986, p. 511.

ple, en droit belge ou français, la règle «ouvrage public mal planté ne se détruit pas» protège les immeubles publics d'ordonnances en démolition nonobstant le fait que la construction publique litigieuse lèse le droit réel (propriété, servitude, ...) d'un particulier — il s'agit là d'une application du principe de continuité des services publics. Toutefois, le prononcé d'un jugement ordonnant la suppression de l'ouvrage n'en est pas moins justifié et inévitable<sup>(40)</sup>. Dans les systèmes de *common law* par contre, la mise en œuvre du jugement est aussi importante que le jugement lui-même. Je n'en prendrai pour exemple que la sanction du non-respect d'une injonction judiciaire (positive ou négative) quelconque par la condamnation à une amende, voire à un emprisonnement : le dit judiciaire ne peut ignorer ou bafouer impunément<sup>(41)</sup>. Par conséquent, dans l'illustration de l'ouvrage public mal planté empruntée au droit belge et français, une injonction ne pourrait tout simplement pas être accordée par un juge de *common law*<sup>(42)</sup>. Qu'il en soit

(40) S. STIJNS et al., «Les obligations. Les sources (1985-1995)», *J.T.*, 1996, p. 721, n° 94; P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège et Bruxelles, Kluwer, 1993, nos 4.3 et 4.4 ainsi que les conclusions de J. VELU sous l'arrêt Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1358. C'est précisément cet arrêt qui a suscité de telles précisions, car il mettait en scène l'impossibilité d'obtenir la réparation en nature à l'encontre d'immeubles relevant du domaine public, protégés par le principe de continuité du service public. Cette immunité a été relativisée par un arrêt ultérieur (Cass., 24 avril 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 672, note P. COENRATS et D. DELVAX) : S. STIJNS et H. VUYE, «La faculté de remplacement à la lumière de l'exécution en nature et du principe de la continuité du service public», *R.G.D.C.*, 1999, p. 629, n° 22. En France, les termes du débat sont similaires : J. BARTHÉLÉMY, «Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public», *R.D.P.*, 1912, pp. 505-540; P. FOUCHARD, «L'injonction judiciaire et l'exécution en nature : éléments de droit français», *R.G.D.*, 20, 1989, pp. 47-48.

(41) Le non-respect d'une injonction est qualifié de *contempt of court* (outrage au tribunal). Comme il menace l'autorité du pouvoir judiciaire dans son ensemble, il est susceptible d'être sévèrement sanctionné dans les pays de *common law* comme le Canada ou l'Angleterre (par exemple, à ce sujet, C.J. MILLER, *Contempt of Court*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2000), mais aussi au Québec (arts. 1 et 49-54 du Code de procédure civile).

(42) *Crown Proceedings Act* 1947, s. 21, sous réserve toutefois des affaires impliquant du droit européen (*R. v. Secretary of State for Transport, Ex. p. Factortame Ltd.*, [1990] 2 A.C. 85). Les cours préfèrent alors émettre une ordonnance de nature purement déclaratoire : J.E. MARTIN, *Hanbury & Martin's*

autrement (accorder l'injonction pour qu'elle demeure lettre morte) amoindrirait l'autorité de l'ensemble des cours de *common law*. Ainsi, ces juges sont davantage sensibles que leurs homologues romanistes à l'idée que l'épée est aussi importante que la balance dans l'art de rendre la justice. Faute d'être perçus comme des juges au pouvoir tronqué — sans épée, fût-ce occasionnellement —, les magistrats de *common law* formulent leurs ordonnances d'injonction de manière à ce qu'elles soient aussi efficaces que possible<sup>(43)</sup>. À cet égard, ils sont au diapason de l'art. 6 §1 C.E.D.H. tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, pour laquelle le «droit à un tribunal» garanti par cette disposition serait illusoire si l'État ne veillait pas à la concrétisation effective des décisions judiciaires obtenues<sup>(44)</sup>.

B. — *L'attribution des litiges*  
*Une compétence polyforme*

Les systèmes de «droit civil» se caractérisent, généralement, par un principe de spécialisation des institutions judiciaires. Les systèmes de *common law*, de leur côté, se distinguent par une tendance à la centralisation des compétences judiciaires entre les mains d'institutions uniques. La dichotomie est d'origine historique, mais je n'y entrerais pas. Je me contenterai de les présenter très brièvement tour à tour.

*Modern Equity*, 17<sup>th</sup> ed., London, Sweet & Maxwell, 2005, p. 772. Et pour le Canada, voir *P.G. Canada c. Tremblay*, [1999] R.J.Q. 1601 (C.A.) et H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002, p. 705.

(43) Il faut notamment que l'injonction soit formulée en termes clairs (*Redland Bricks Ltd v. Morris*, [1970] A.C. 652-666; I.C.F. SPRY, *The Principles of Equitable Remedies*, 5<sup>th</sup> ed., Toronto, Carswell, 1997, pp. 374-376) et qu'il soit possible d'en surveiller le respect — ainsi, elle sera rarement accordée afin d'ordonner l'exécution continue d'une obligation de *facere* (*Gravesham Borough Council v. British Railways Board*, [1978] Ch. 379; J.E. MARTIN, *op. cit.*, note 42, pp. 779-780).

(44) Affaire *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, *J.C.P.*, 1997, II, 22949, note O. DUGRIP et F. SUDRE et en général J. VAN COMPERNOLLE, «Le droit à l'exécution : une nouvelle garantie du procès équitable», in M. STORME et G. DE LEVAL (eds.), *Le droit processuel et judiciaire européen*, Bruxelles, La Chartre, 2003, pp. 475-483.

### 1. *Le principe de spécialisation (« droit civil »)*

Le système français, que je prendrai comme archétype de système romaniste, se caractérise par l'éclatement des compétences matérielles entre différentes juridictions spécialisées. On y trouve des juridictions commerciales et prud'homales aux côtés des institutions de « droit commun » que sont les tribunaux d'instance et de grande instance; on y voit des juridictions spécialisées en droit administratif (cours administratives et Conseil d'État) et en droit constitutionnel (le Conseil constitutionnel). Un tel éclatement des compétences suscite évidemment des problèmes de répartition (la réalité se plie rarement spontanément aux catégories dessinées par le droit) et des opinions divergentes sur des sujets voisins, voire identiques<sup>(45)</sup>.

### 2. *Le principe de centralisation (common law)*

Par contraste, en Angleterre, le système de *common law* s'articule autour de la compétence centralisée de la Haute cour, de la Cour d'appel et de la Chambre des Lords<sup>(46)</sup>. Il n'existe pas d'autres juridictions de rang équivalent auxquelles auraient été attribuées des compétences spécialisées: les cours de « droit

(45) Mentionnons, parmi d'autres exemples, le rejet de la théorie de l'imprévision par la Cour de cassation en théorie générale des contrats (depuis l'affaire du *Canal de Craponne* en 1876: Civ., 8 mars 1876, *D.*, 1876, I, 193) et son accueil par le Conseil d'État en matière de contrats administratifs (depuis la décision *Gaz de Bordeaux* en 1916: *Rec. C.E.*, 1916, p. 125). Voir notamment, à ce sujet, B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », *Revue des contrats*, 2004, pp. 67-92.

(46) Ou plus exactement, l'*Appellate Committee* de la Chambre des Lords seul investi de la fonction juridictionnelle. Toutefois, il est à noter que cette compétence générale d'appel devrait être transférée en octobre 2009 à une nouvelle « Cour suprême » sise dans de nouveaux locaux: *Constitutional Reform Act 2005*, c. 4, ss. 23-60. Il s'agit essentiellement d'une réforme quant au mode de nomination des nouveaux juges siégeant en dernier degré d'appel, car la compétence de cette nouvelle juridiction suprême sera semblable à celle de l'*Appellate Committee* actuel (avec quelques extensions mineures): voir notamment A. LE SUEUR (ed.), *Building the UK's New Supreme Court — National and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2004 ou encore les réflexions désabusées de D. HOPE, *Lord of Appeal in Ordinary*, qui juge le changement de locaux coûteux et inutile (« A Phoenix From the Ashes? — Accommodating A New Supreme Court », *L.Q.R.*, 121, 2005, pp. 253-272).

commun» connaissent de tous les types de litiges : civils, pénaux, commerciaux, sociaux, administratifs, constitutionnels, ... La centralisation évite bien sûr les conflits de compétence, et accentue l'homogénéité du droit mis en œuvre. S'il existe néanmoins des «tribunaux» administratifs en droit anglais, ces derniers ne sont pas pour autant assimilés à de véritables cours de justice. Du reste, dans la mesure où leur activité est susceptible de léser les droits reconnus aux sujets anglais par la *common law*, les tribunaux administratifs sont soumis à la supervision toujours croissante des cours de «droit commun»<sup>(47)</sup>.

Au Canada, l'organisation judiciaire est similaire, à ceci près que la structure fédérale du pays dote la Cour suprême du Canada (l'équivalent de la Chambre des Lords pour l'Angleterre) d'une compétence constitutionnelle accrue qui a souvent pour effet de l'ériger en arbitre des conflits entre les autorités provinciales et l'état fédéral<sup>(48)</sup>.

Ces précisions quant à la répartition des compétences institutionnelles, centralisées en *common law* et éclatées dans les systèmes romanistes, me permettent de passer à la dernière section de mon exposé : la représentation du juge, que je traiterai sous forme de conclusion cumulative.

(47) Au sujet de l'émergence et de l'esprit de ce contrôle en Angleterre, voir en particulier Lord DENNING, *op. cit.*, note 23.

(48) Voir par exemple, parmi les «causes célèbres», *R. v. Morgenthau*, [1993] 3 S.C.R. 463 (déclaration d'anti-constitutionnalité à l'encontre d'une loi provinciale interdisant l'avortement en dehors de certains hôpitaux, car il s'agissait là d'une matière de droit criminel relevant de la compétence fédérale) et *Référence Re Sécession du Québec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (examen des conditions auxquelles le Québec pourrait faire sécession du reste du Canada, conditions non prévues par la Constitution canadienne) et en général K. SWINTON, *The Supreme Court and Canadian Federalism: The Laskin-Dickson Years*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1990. La Cour suprême a développé une nouvelle conception du fédéralisme, qualifiée de «coopératif», qui a remplacé celle fondée sur un partage plus exclusif des compétences : *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3 et E. BROUILLET, *La négation de la nation*, Sillery (Qc), Éditions du Septentrion, 2005, pp. 253-322.

C. — *La représentation du juge*  
*Un statut à géométrie variable*

Le statut du juge et la représentation de la figure judiciaire qui en découle varient considérablement en fonction du système considéré, et même à l'intérieur de chacun de ces systèmes. Nous contemplerons brièvement, dans un ordre de compétences croissant, le portrait des «juges-administrateurs» (1), des «juges-associés» (2) et des «juges-rois» (3).

1. *Les juges-administrateurs*

Certains juges n'ont de «juges» que le nom, tant ils sont assimilés en pratique à des rouages anonymes qui appliquent le droit à la manière d'un agent administratif. C'est le cas par exemple des juges des *County Courts* (Cours de comté) en Angleterre. Ces juges, qui connaissent pourtant de 96% des litiges civils introduits en première instance, sont considérés comme des «petites mains» de la *common law*. Leurs décisions ne sont pas publiées, car ils font implicitement partie d'une classe «inférieure» de la magistrature anglaise. Ils ne font qu'appliquer la *common law* : ils ne la créent pas. Ce privilège revient à la Haute cour, à la Cour d'appel et à la Chambre des Lords<sup>(49)</sup>. Encore les juges des cours de comté sont-ils des juges professionnels, ce qui n'est pas le cas d'autres classes de «juges-administrateurs» en Angleterre (comme les membres des tribunaux administratifs, ou encore la plupart des *magistrates* qui connaissent des litiges pénaux en première instance, etc.<sup>(50)</sup>).

(49) Voir les statistiques établies par le département de la Chancellerie quant au volume des litiges introduits en première instance devant les Cours de comté (*Civil Judicial Statistics*, H.M.S.O.). Et quant au rôle de second plan qui leur est attribué : A.W.B. SIMPSON, «The Survival of the Common Law System», in *Legal Theory and Legal History*, London, The Hambledon Press, 1987, pp. 388-389. De manière générale, au sujet des Cours de comté modernes, voir par exemple T. INGMAN, *The English Legal Process*, 9<sup>th</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 42-55.

(50) Au sujet des tribunaux administratifs, voir notamment A.W. BRADLEY & K.D. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, Harlow (U.K.), Pearson-Longman, 2007, pp. 695-704 et pour les *magistrates's courts*, G. SLAPPER & D. KELLY, *The English Legal System*, 8<sup>th</sup> ed., Abingdon (N.Y.), Routledge-Cavendish, 2006, pp. 42-55.



## 2. Les juges-associés

Mieux lotis que ces «juges-administrateurs», les juges français sont considérés par le législateur comme ses associés dans l'application de la loi. Portalis en appelait déjà à eux dans son discours préliminaire lorsqu'il écrivait :

«Nous avons été frappés de l'opinion, si généralement répandue que, dans la rédaction d'un Code civil, quelques textes bien précis sur chaque matière peuvent suffire, et que le grand art est de tout simplifier en prévoyant tout. *Tout simplifier*, est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre. *Tout prévoir*, est un but qu'il est impossible d'atteindre. (...) Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. (...) C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application»<sup>(51)</sup>.

Si donc, ainsi que nous l'avons vu, les juges romanistes doivent officiellement ne pas se substituer au législateur, leur créativité interprétative est indispensable, concrètement, à la mise en œuvre utile des textes normatifs<sup>(52)</sup>. Cependant, leur rôle «officiel» (je réfère ici à l'image du «double portrait» de Lasser<sup>(53)</sup>) encadre étroitement leur statut. Les juges français sont relativement nombreux, et l'éclatement des compétences juridictionnelles affaiblit leur marge d'influence. Ils ne s'expriment jamais à la première personne : leur identité est subsumée dans celle de la cour qu'ils incarnent, individuellement ou collectivement. Leurs dissidences éventuelles sont artificiellement étouffées dans une inexorable unanimité, parce que la cour et la loi ne peuvent parler que d'une seule voix<sup>(54)</sup>. La forme même des arrêts de la plus haute juridiction en matière civile (la Cour de cassation) accroît ce sentiment d'unité et de dépersonnalisation<sup>(55)</sup>. Mais pour mieux comprendre

(51) P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, I, Paris, 1827, pp. 467 et 469-470.

(52) G. CANIVET et N. MOLFESSIS, «L'imagination du juge», in *Mélanges Jean Buffet — La procédure dans tous ses états*, Paris, Petites Affiches, 2004, pp. 131-147.

(53) *Supra*, note 7.

(54) Voir, pour une présentation comparée des juges français et québécois, N. MAZEN, *supra*, note 26, pp. 378-384.

(55) Avec les inévitables problèmes de communication, à l'égard du grand public et de la communauté juridique dans son ensemble, qui en résultent régu-

la spécificité du statut des juges français, rien ne vaut la comparaison avec le statut des juges de *common law*.

### 3. *Les juges-rois*

Le statut privilégié dont jouissent les juges de *common law* — qu'ils soient anglais ou canadiens (pour ne parler que ceux-là) — est proverbial : certains praticiens vont jusqu'à les qualifier de «petits rois». Ce statut s'appuie en premier lieu sur leur nombre limité, ainsi que sur le caractère pratique de leur formation : ce sont des avocats chevronnés, non des étudiants-juges formés dans une quelconque école de la magistrature calquée sur le modèle français. En outre, les juges anglo-canadiens jouissent de compétences en tous domaines du droit (privé, pénal, commercial, administratif, constitutionnel, etc.) et se considèrent comme les dépositaires de la *common law* au bénéfice des sujets de droit. La *common law* est elle-même un droit d'origine judiciaire qui concurrence la norme législative... norme qu'il revient aux juges d'appliquer : ils assurent donc la mise en œuvre des deux corps de règles. Créateurs de droit (la *common law*), les juges canadiens ajoutent à leur statut déjà enviable celui d'arbitres des querelles de pouvoir entre autorités provinciales et fédérales. Mieux encore, leur individualité s'exprime au fil de jugements nominatifs et d'opinions concurrentes ou dissidentes. Les mauvaises langues diraient même que la longueur actuelle des jugements de la Cour suprême du Canada leur donne pleinement l'occasion d'étaler leurs opinions sur mille et un sujets, dont tous n'ont pas nécessairement rapport au litige...<sup>(56)</sup> Enfin, des dispositions procédurales comme la sanction de l'outrage au tribunal permettent d'asseoir encore davantage le prestige des juges anglo-canadiens, puisque leurs ordres ne peuvent être désobéis sous peine d'amende et/ou d'emprisonnement. Il est difficile de restituer, à l'extérieur, la teneur et l'ampleur du prestige qui auréolent la fonction judiciaire en Angleterre ou au Canada (le Québec étant ici compris, puisque

lièrement. L'affaire Perruche présente de cette incommunicabilité une illustration frappante : D. SALAS, «L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu», *D.*, 2001, hors-série «Justices», pp. 14-20.

(56) Pour une étude statistique, voir D. MUTTART, *The Empirical Gap in Jurisprudence — A Comprehensive Study of the Supreme Court of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2007, p. 98.

les juges québécois jouissent du même statut que leurs homologues canadiens de *common law*)<sup>(57)</sup>. Peut-être pourrais-je conclure par une anecdote pour en suggérer davantage la nature. En 1978, le professeur Larouche de l'Université d'Ottawa se permettait, dans la *Revue du Barreau*, une critique un peu acide d'un jugement de la Cour supérieure du Québec qu'il estimait erroné<sup>(58)</sup>. Le Juge en chef de cette Cour prit la plume pour le tancer vertement dans la même revue — non sur le contenu de la critique doctrinale du professeur Larouche, mais sur le ton adopté, qu'il estimait «outrageant» et qui manquait de la déférence nécessaire pour parler d'un magistrat<sup>(59)</sup>.

Cette anecdote clôturait notre visite de l'exposition consacrée à dix tableaux du juge dans le temps et l'espace. L'exposition en tant que telle ne prétendait nullement présenter *tous* les visages du judiciaire, de la même manière qu'aucun peintre ou photographe ne peut prétendre épuiser toutes les représentations du réel dans son œuvre. À l'instar de ces artistes, l'artisan du droit comparé que je suis aspirait simplement à proposer une combinaison nouvelle de regards spécifiques, où chacun des tableaux retenus vaut surtout pour sa contribution à l'intérêt de l'ensemble de l'exposition comparative. Ce faisant, j'espère m'être approchée, fût-ce très imparfaitement, de l'idéal évoqué par André Breton : «nul ne fait, en

(57) *Supra*, note 26.

(58) A. LAROUCHE, «Responsabilité civile», *R. du B.*, 38, 1978, pp. 76-79, où l'on pouvait lire entre autres : «(.) il est difficile de bien saisir le fil conducteur du raisonnement du juge : ce fil, s'il existe, est fort bien dissimulé»; «Le raisonnement du tribunal, si à tout hasard son exposé peut être ainsi qualifié, n'est pas facile à suivre, mais ses résultats sont clairs, quoique imprévisibles. En fait, le Tribunal s'est livré à un jeu complexe de sémantique dans lequel il a 'trouvé' littéralement les idées suivantes»; «Nous ne pouvons accepter ce jeu de l'esprit qui fait dire à l'art. 1056 [C.c.B.-C.] le contraire de ce qu'il dit pourtant clairement (..)»; «Si on veut interpréter cette disposition, qu'on le fasse, mais intelligemment et sans ambages. Il n'est pas nécessaire de passer par Paris pour aller de Montréal à Québec!».

(59) J. DESCHÊNES, *R. du B.*, 38, 197, pp. 394-395 : «Ouverts à la critique, les tribunaux ont le droit de s'attendre à ce qu'elle demeure dans les limites de la politesse et ils ne sauraient accepter qu'elle se transforme en un sarcasme qui insulte à l'intelligence de celui qui en est l'objet et réfléchisse sur l'intégrité de la magistrature».

s'exprimant, mieux que s'accommoder à une possibilité de conciliation très obscure de ce qu'il savait avoir à dire avec ce que, sur le même sujet, il ne savait pas avoir à dire et que cependant il a dit»<sup>(60)</sup>.

(60) Cité par G. PICON, in «André Breton», *Le Monde*, 3 novembre 1966.