

Juges du commerce et conseillers prud'hommes face à l'ordre judiciaire (1800-1880). La constitution de frontières judiciaires

Claire Lemercier

▶ **To cite this version:**

Claire Lemercier. Juges du commerce et conseillers prud'hommes face à l'ordre judiciaire (1800-1880). La constitution de frontières judiciaires. Hélène Michel et Laurent Willemez. La justice au risque des profanes, PUF, pp.11-27, 2007. halshs-00461826

HAL Id: halshs-00461826
https://shs.hal.science/halshs-00461826

Submitted on 5 Mar 2010

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Claire Lemercier

Juges du commerce et conseillers prud'hommes face à l'ordre judiciaire (1800-1880)
La constitution de frontières judiciaires

Lorsque la Révolution française met à bas « le gothique édifice de l'ordre judiciaire » (Pougeard-Dulimbert, an V), les membres de l'Assemblée constituante définissent ce dont ils ne veulent plus : ressorts enchevêtrés des tribunaux, décisions arbitraires, vénalité des offices, « chicane » et privilèges – en particulier les tribunaux différents selon le statut social des justiciables. Ils défendent une justice égale pour tous, sans tribunaux d'exception, et des juges qui se bornent à appliquer les lois (Badinter, 1989).

Leurs choix concrets sont moins pérennes. L'élection des juges pour un temps limité, la disparition du barreau et des facultés de droit n'ont qu'un temps. L'ordre judiciaire né entre l'an VIII et 1810, inchangé dans ses grandes lignes jusqu'en 1958, repose sur des juges nommés, inamovibles – mais régulièrement épurés –, formés par une licence en droit et un stage au barreau. Des éléments du projet révolutionnaire demeurent : codification, unité et clarté de la hiérarchie judiciaire ; il y a un droit commun et un ordre judiciaire chargé de le faire respecter à tous. Mais la question de la légitimité des juges, critiqués en particulier pour leur soumission au pouvoir, reste posée (Charle, 1994). Les programmes républicains réclament un retour à l'élection, mais la loi finalement adoptée en 1882 est vite abrogée (Poumarède, 1993). La question d'un concours d'entrée est posée à partir des années 1830, mais ce n'est qu'au début du XX^{e} siècle qu'il s'impose (Boigeol, 1989, Chauvaud, 1996). Dans le cadre des grands idéaux du droit français d'après la Révolution, la définition d'un bon juge, d'un bon jugement, d'un bon tribunal, voire d'une bonne justice restent des enjeux de débats.

Or quelques centaines de milliers de causes sont portées chaque année devant des tribunaux d'exception : les tribunaux de commerce et les conseils de prud'hommes. Leurs membres sont élus par certains citoyens seulement – « notables commerçants », patentés, ouvriers à livret... – et, si leur compétence dépend de l'objet du procès (« actes de commerce » et faillites d'un côté, affaires impliquant des ouvriers en rapport avec leur activité de l'autre, avant que la notion de contrat de travail ne naisse dans les années 1880), celui-ci définit de fait une catégorie de justiciables. Pourtant, l'instauration de tels tribunaux d'exception n'a guère été critiquée, ni lorsque les juridictions consulaires au fonctionnement essentiellement corporatif, créées en 1563, furent transformées en tribunaux de commerce en 1790, ni lorsque le premier conseil de prud'hommes fut créé à Lyon en 1806, puis l'institution généralisée en 1809.

On peut donc s'interroger sur la pérennité de ces tribunaux, qui semble aujourd'hui remise en cause par de nouvelles normes relevant de la réforme de l'État et des standards européens du procès équitable (Vauchez et Willemez, 2007). Pourquoi les critiques qui leur ont été faites dès le XIX^{e} siècle en matière de compétences juridiques n'ont-elles pas été suivies d'effets ? Poser cette question oblige à se demander quelles pouvaient être les normes de l'époque en matière de qualité de la justice. C'est en effet en partie en s'opposant aux juridictions d'exception que certains juges, avocats ou professeurs de droit ont construit un modèle de justice professionnelle. En miroir ont pu émerger des mondes sociaux de la justice non professionnelle reposant sur une déclinaison différente des principes révolutionnaires, mais aussi sur un état du droit et des relations professionnelles spécifique au XIX^{e} siècle. Étudier cette affirmation parallèle de deux modèles de justice peut aider à comprendre les

déclinaisons actuelles de leurs querelles de frontières. Pour ce faire, après avoir évoqué les ressorts des discours opposés aux juges non professionnels et les raisons de leur inefficacité en termes de réformes, nous essaierons de comprendre comment se construisent, aux frontières de l'ordre judiciaire mais certainement pas hors du droit, des mondes sociaux de la justice d'exception.

Aux frontières de l'ordre judiciaire

Lire des textes de juristes critiquant les compétences juridiques des juges du commerce est un exercice troublant : on a l'impression d'y retrouver les mêmes motifs depuis le XVI^{e} siècle. Pourtant, au-delà des permanences de la « controverse de l'équité » (Hilaire, 1998) ou de l'idée que le droit commercial deviendrait trop complexe pour être laissé aux commerçants, apparaissent des différences susceptibles de faire sens[1]. Le motif du scandale et de la corruption est absent au XIX^{e} siècle ; les prud'hommes ne sont pas concernés, alors que les deux institutions sont bien plus proches qu'aujourd'hui ; nul ne parle de crise en invoquant des statistiques, et les salves viennent plutôt de province, en tout cas pas du ministère de la Justice. Pour comprendre ces spécificités et les ressorts de ces discours, il faut repartir d'interrogations sur l'absence de remise en cause globale des justices d'exception et sur la professionnalisation des juristes eux-mêmes.

Légitimer des justices d'exception

On peut dégager trois raisons principales de ce qui semble être un accroc important aux principes républicains et à une « culture politique de la généralité » (Rosanvallon, 2004) qui refuse officiellement, entre 1791 et 1884, tout groupement professionnel, *a fortiori* tout tribunal réservé à une ou quelques professions. Aujourd'hui parfois vus comme des buttes témoin d'un passé corporatif lointain, les tribunaux de commerce et les conseils de prud'hommes renvoient en réalité à des questions ouvertes par la Révolution, tant en matière de définition d'une bonne justice que de rapports entre public et privé, État et « société civile ».

En effet, ces tribunaux réalisent certains principes promus par la Révolution. Leur caractère électif est en valorisé par les commentateurs du XIX^{e} siècle : les critiques ne portent que sur la nécessité de rapprocher le corps électoral de la population des justiciables, de contrôler les modalités du vote ou de l'accompagner d'autres garanties. Surtout, tribunaux de commerce et conseils de prud'hommes sont crédités de qualités en matière de rapidité de jugement, de taux de conciliation et de faible coût pour le justiciable et pour l'État. C'est ainsi que l'on peut comprendre que les juridictions consulaires aient survécu à la Révolution, à l'issue d'une courte discussion, puis que les conseils de prud'hommes aient été créés sur leur modèle, celui d'une justice rapide, peu chère, aux procédures simples et aux juges compétents sur les faits jugés (Lemercier, à paraître). Les tribunaux de commerce assurent d'ailleurs jusqu'en 1905 l'appel des décisions prud'homales, créant une hiérarchie en partie autonome. Cette proximité peut aujourd'hui sembler étonnante mais, dans un monde où l'industrie reposait sur des formes complexes de sous-traitance entre de très petites sociétés familiales, voire des individus, la distance entre ce que nous désignons aujourd'hui comme contrats commerciaux et contrats de travail n'était pas immense. Les compétences des deux types de tribunaux touchaient à des activités et des mondes sociaux souvent proches.

[1] Grâce à la comparaison avec la période contemporaine (Vauchez et Willemez, 2007).

Autre raison de leur acceptation comme tribunaux d'exception : leur spécialisation dans les contentieux économiques. Certes, les banqueroutes et la plupart des questions de propriété industrielle relevaient du civil ou du pénal – bien des acteurs économiques s'en plaignaient d'ailleurs –, mais les litiges liés aux lettres de change, marchés boursiers, travaux, livraisons, ventes de fonds de commerce, louage d'ouvrage et contrats d'apprentissage étaient confiés à des juges censés mieux comprendre les faits. On retrouve là une caractéristique importante du XIX^{e} siècle français : les administrations centrales ont un personnel et des moyens limités et admettent leur manque de compétences en matière de commerce et d'industrie. Tout en refusant de reconnaître officiellement les groupements professionnels, elles créent de ce fait des structures consultatives locales, aux frontières du public et du privé, qui sont légitimées non par une représentation d'intérêts qui reste niée, mais par une expertise, des « lumières » sur des « spécialités » (Lemercier, 2003). Les mêmes termes sont employés pour justifier l'existence des juridictions d'exception, qui ont d'ailleurs en partie les mêmes membres.

Cette justification comme juridictions spécialisées a encore cours aujourd'hui dans les manuels de droit. Mais elle a des ressorts supplémentaires au XIX^{e} siècle, dans un contexte de faible intervention de l'État et de rareté des lois économiques et sociales. C'est particulièrement net dans le cas des prud'hommes : ces juridictions ont d'abord pour but de maintenir une forme de discipline, d'ordre social parmi leurs justiciables – d'où l'importance de l'idée de conciliation. Il s'agit d'une institution de régulation sociale, économique et technique. Les prud'hommes ont ainsi été promus à Paris comme alternatives à des lois et des inspections pour le travail des enfants et l'apprentissage[2].

Bien que la Révolution française ait fait naître le clivage exacerbé entre « gens du public » et « gens du privé » qui est au principe de bien des remises en cause des juges non professionnels aujourd'hui[3], sa définition d'une bonne justice, élective, rapide et peu chère, par opposition à celle de l'Ancien Régime, laissait donc des moyens de légitimation aux tribunaux de commerce et aux conseils de prud'hommes. S'y ajoutèrent ensuite des choix politiques et d'administration – déléguer plutôt que créer des fonctionnaires, privilégier les prud'hommes plutôt que l'inspection du travail... – qui rendaient peu probable une remise en cause venue du gouvernement ou du Parlement.

Construire des professions juridiques

C'est donc en présence de juridictions électives dont l'existence semblait bien assurée que juges nommés, avocats et professeurs de droit se retrouvèrent en position, après une éclipse de plusieurs années pendant la Révolution, de reconstituer des identités professionnelles. Dénoncer le manque de compétences juridiques des juges du commerce ou des prud'hommes pouvait dès lors être un moyen de délimiter les frontières de l'ordre judiciaire et de mieux fonder sa propre légitimité professionnelle.

En effet, contrairement à ce qui se passait sous l'Ancien Régime, où la noblesse de robe était souvent liée au monde du négoce, avocats, juristes et surtout juges d'une part, négociants, banquiers, industriels et bien sûr ouvriers de l'autre représentent des groupes sociaux bien distincts avant les années 1880 et l'ouverture progressive du recrutement de la magistrature (Charle, 1989). Avoir une fortune personnelle est nécessaire pour financer une licence de droit et pour être nommé juge, puis promu, d'autant que la rémunération de la fonction est souvent symbolique : les juges traduisent cette situation en une éthique du

[2] Voir les actes à paraître du colloque « Histoire d'une juridiction d'exception : les prud'hommes, XIX^{e}-XX^{e} siècles », en particulier les contributions de Claire Lemercier, Igor Moullier et Pierre Vernus.

[3] Voir la contribution d'Emmanuel Lazega et Lise Mounier dans le présent ouvrage.

désintéressement qui marque leur opposition aux valeurs marchandes (Bernaudeau, 2005). Les avocats, eux, s'adaptent au nouvel ordre juridique en promouvant des incompatibilités justifiées par le désintéressement, qui incluent aussi bien les fonctions d'administrateur de société que celles d'agréé des tribunaux de commerce (Karpik, 1995). Les professeurs de droit des facultés reproduisent une formation qui laisse très peu de place au droit commercial.

Ainsi, des juristes qui ne fréquentent guère les négociants et industriels peuvent penser sincèrement, ou avoir intérêt à convaincre un public, qu'ils sont moins intéressés, plus impartiaux et surtout plus compétents que les juges du commerce et les prud'hommes. Plus précisément, c'est en rejetant ces derniers hors de l'ordre judiciaire, en les présentant comme des juges à éduquer ou comme des non-juges, décrits avec un mépris bienveillant, qu'ils peuvent légitimer leur propre position de professionnels du droit. Cette légitimation se fait au nom de la loi, comme l'impose le légicentrisme issu de la Révolution. Les critiques des tribunaux de commerce débouchent en général sur l'idée d'introduire en leur sein un « organe », « interprète » ou « avocat » de la loi : c'est ainsi qu'est décrit ce qu'on appellerait aujourd'hui un juge professionnel.

En 1847, la *Revue de droit français et étranger* publie un article qui s'ouvre ainsi (Greffier, 1847) :

> « Bien des fois, en voyant devant une Cour royale les avocats des parties intimées obligés de cacher pour ainsi dire au plus profond de leurs dossiers les jugements rendus par les tribunaux de commerce, pour se livrer à une recherche de moyens plus puisssants, plus juridiques que les moyens exposés dans le jugement frappé d'appel, et dont ils n'osaient pas même se prévaloir, nous nous sommes demandé à quelle cause il fallait attribuer ces incroyables interprétations de textes de loi, ces erreurs qui frappent au premier abord l'esprit le moins pénétré des principes du droit. »

Il est donc question non seulement d'interprétations abusives des lois, mais aussi d'inconvénients pour les parties et d'encombrement des cours d'appel. Cependant, les éditeurs de la revue ont agrémenté l'article de notes qui en limitent la portée, soulignant en particulier que le taux d'infirmation en appel des jugements des tribunaux de commerce est plus faible que pour les tribunaux civils. Ce type de statistiques est régulièrement invoqué pour contrer les arguments qui relèvent de la gestion de la justice ou invoquent l'insatisfaction des justiciables.

Seul demeure donc le registre de la défense de la loi. C'est autour de lui que le débat prend une certaine ampleur jusqu'à la fin du Second Empire. La période semble être importante pour la construction de l'identité professionnelle des juristes. En 1865, le conseil de l'Ordre des avocats généralise ses prescriptions en matière d'incompatibilités. Nombre de revues de droit se créent, les recueils de jurisprudence sont rationalisés. L'Académie de législation regroupe depuis 1851 avocats, magistrats et professeurs de droit. En 1865, elle met au concours une question sur l'« histoire critique de la juridiction consulaire en France des origines à nos jours », demandant si elle est encore « en harmonie avec la marche progressive du droit » (Genevois, 1866). Certaines conditions d'un débat sont donc présentes – même si l'Académie ne reçoit que deux réponses.

Il s'articule autour de trois réformes possibles : l'introduction d'un ministère public, pour « éduquer » les juges du commerce ; des formes de mixité, de l'ajout d'un président juriste à la transformation des commerçants en jury assistant un juge professionnel ; une formation juridique obligatoire[4]. L'idée que la suppression des tribunaux de commerce ne poserait

[4] Une solution notamment, mais pas seulement, prisée par les professeurs de droit commercial (Grar, 1831, Nouguier, 1844, Genevois, 1866, Fenet, 1868).

finalement pas de problème apparaît au détour de certains textes, mais ne semble pas constituer un objectif défendable.

Malgré quelques textes qui se répondent, aucun véritable milieu réformateur ne se constitue autour de ces questions : le pamphlet ou la proposition de réforme des tribunaux de commerce reste seulement un outil parmi d'autres pour construire une identité de juriste, mais aussi pour faire passer des revendications plus matérielles. Ainsi, les textes d'avocats dénoncent souvent le statut des agréés, défenseurs officieusement privilégiés devant les grands tribunaux. Un procureur de province explique que sa proposition de mixité permettrait de revaloriser la carrière des juges et de pallier une diminution du nombre de postes (Jacques, 1859). La posture qui construit une légitimité des professions juridiques en les opposant frontalement aux profanes des tribunaux d'exception ne fait donc pas l'unanimité ; certains espèrent aussi accéder à de nouvelles activités par le biais d'une normalisation partielle de ces tribunaux.

Cependant, *in fine*, c'est bien la séparation entre deux mondes qui l'emporte, obligeant chacun à choisir sinon son camp, du moins son lieu d'activité. Une longue série de textes dénonce – alors même qu'elle n'a jamais été essayée – les périls de la mixité. Il semble acquis que juges et négociants ou industriels viennent de mondes différents et ne parlent pas le même langage : autant donc éviter des incompréhensions qui seraient sources de conflits. L'idée de demander une formation préalable ou un concours pour les juges du commerce, elle, est sans doute freinée par la conscience du faible niveau de formation des juges nommés eux-mêmes : 10 % seulement sont docteurs en droit et un excès de diplômes n'est pas forcément prisé par la hiérarchie (Royer *et al.*, 1982). Si certains tenternt d'appuyer l'idée d'une grande compétence juridique des juges ordinaires sur le dénigrement de celle des juges de commerce, ils sont guère crédibles, d'autant que les arguments de rapidité, faible coût et faible taux d'appel peuvent toujours être mobilisés en faveur de la juridiction d'exception.

Ces derniers éléments paraissent si importants dans le cas des prud'hommes, qui, avant la III^{e} République, concilient l'écrasante majorité des affaires qui viennent devant eux (Cottereau, 1997), qu'ils ne sont guère l'objet de critiques portant sur leur compétence juridique. En fait, si les juristes n'en parlent pas, c'est qu'ils ont réussi à les placer dès le départ hors de l'ordre judiciaire. Les textes de 1806 et 1809 prévoyaient des fonctions d'inspection et de statistiques qui tombèrent vite en désuétude : en pratique, les prud'hommes ne font que concilier et juger. Cependant, leur statut fait l'objet durant tout le siècle de débats concluant en général qu'ils ne sont pas assimilables à des juges. Ils portent une simple médaille et non un costume distinctif, ne sont pas installés devant la cour d'appel et relèvent du ministère du Commerce, non de la Justice. Cette position à part, en partie construite par les juristes, ne fait d'eux ni des concurrents ni des contre-modèles aussi efficaces que les juges du commerce pour définir une identité judiciaire ; la juridiction n'attire pas non plus les avocats, qui en sont alors totalement exclus mais ne paraissent pas s'en émouvoir.

Tout cela cantonne les prud'hommes dans un rôle proche de celui d'amiables compositeurs ou d'experts. Aucun des projets qui envisagent d'en faire des juges de la propriété industrielle ne voit le jour, bien que divers auteurs aient plaidé pour la constitution, parallèlement aux tribunaux de commerce, de véritables tribunaux de l'industrie dotés d'un Code. L'idée d'une institution conciliatrice, porteuse en filigrane d'ordre et de discipline, satisfait ; certainement celle d'ouvriers devenant de véritables juges est-elle aussi inconcevable. C'est donc seulement après 1870, à partir des décisions de la Cour de cassation réformant des jugements prud'homaux sur les règlements d'atelier, qu'une opposition est construite par une partie de la doctrine entre respect de la loi, en particulier du Code civil, et pratiques prud'homales – une autre partie de la doctrine radicalisant, en miroir, la défense de la conciliation et de l'équité,

voire affirmant que le Code civil n'exprime que les intérêts des capitalistes (Cottereau, 2002, Hakim, 2004).

La légitimité des juges des tribunaux ordinaires au XIX^{e} siècle n'est pas donnée d'avance : ils sont critiqués pour leur soumission au pouvoir politique ou pour leur formation, qui nécessite plus de richesse que de travail réel sur le droit. Mais elle peut s'appuyer en partie sur une critique de l'incompétence juridique des juges du commerce ou sur le fait de repousser les prud'hommes hors de l'ordre judiciaire. Pourtant rarement diplômés en droit, les juges de paix, eux, sont intégrés dans l'ordre judiciaire ordinaire : ce sont en effet des notables locaux, propriétaires plutôt que commerçants, qui relèvent des mêmes formes de nomination que les juges civils ou pénaux. C'est plutôt sur la base d'une distance sociale, traduite en conflits de valeurs et de langages, que les juges élus issus du monde de l'économie sont décrits comme extérieurs au monde judiciaire ordinaire, sans pour autant que cela aboutisse à une réforme de leurs tribunaux.

La construction de mondes sociaux de la justice non professionnelle

Si leur statut par rapport à l'ordre judiciaire peut ainsi être remis en cause, il n'en reste pas moins que les juges du commerce et les prud'hommes exercent des fonctions de jugement – une pratique qui modifie leurs compétences et infléchit leurs trajectoires individuelles. Par ailleurs, si les procédures qu'ils appliquent sont simplifiées, surtout chez les prud'hommes, elles impliquent des auxiliaires de justice : greffier ou secrétaire, huissiers, agréés. Une déclinaison classique du reproche d'incompétence envers les juges non juristes affirme d'ailleurs que ce sont ces auxiliaires qui font le jugement. Cette accusation pointe la construction de mondes sociaux de la justice spécifiques autour de ces tribunaux d'exception[5].

Ils ne peuvent pas seulement être les héritiers d'un monde consulaire de l'Ancien Régime qui était intimement lié aux corporations et à un autre état du droit et de la justice. Les ajustements par rapport à ce modèle ancien se font essentiellement sur une base locale. Cependant, lorsque se créent vers 1900 la Confédération générale des tribunaux de commerce et le Conseil supérieur de la prud'homie, ils héritent de la circulation de jurisprudences et de manuels organisée auparavant par les auxiliaires de justice et qui propageait notamment les pratiques de Paris, ou encore en matière prud'homale de Lyon ou de Rouen. C'est aussi parmi les greffiers, huissiers et auteurs de manuels que l'on peut pointer des circulations entre mondes consulaire et prud'homal : fondés en partie sur les mêmes idéaux et confrontés à un rejet similaire à la frontière de l'ordre judiciaire, les deux types de tribunaux développent des manières de juger et de se former au rôle de juge en partie comparables.

Réfléchir à la place du droit dans leurs pratiques de jugement et au profil des juristes qui choisissent de travailler dans ces juridictions d'exception peut nous permettre de dépasser leur caractérisation en termes de recours à l'équité (contre le droit) ou de non professionnalité, pour mieux comprendre leurs spécificités réelles.

Point de fait, point de droit : les pratiques de juges des contrats

Comparer les manières de juger des juges ordinaires et d'exception n'est pas simple, d'autant que l'on en sait très peu sur les premiers (Farcy, 2001). Les contemporains s'appuyaient sur les taux d'appel et d'infirmation pour comparer la qualité juridique des tribunaux. Mais nombre de petits contentieux ne sont pas susceptibles d'appel, et celui-ci implique des coûts, des délais et des procédures qui peuvent le rendre inaccessible. Pour

[5] L'application à la justice du concept de mondes sociaux est empruntée à Vauchez et Willemez, 2007.

mieux comprendre le rapport au droit des juges issus du monde économique, il faut donc se plonger dans les archives des juridictions, qui posent des problèmes classiques : lacunes et difficile articulation entre étude en masse et analyse fine de jugements. On peut pourtant proposer quelques hypothèses sur l'articulation entre application de la loi, appréciations fondées sur une expertise professionnelle et sur des choix éthiques.

À propos des prud'hommes du XIX^{e} siècle, Alain Cottereau souligne l'importance de pratiques difficiles à attester, comme le fait que le secrétaire suggère à un demandeur de renoncer lorsqu'un point de droit applicable de façon évidente ne lui laisse aucune chance (Cottereau, 1997). De façon inverse, mais tout aussi mécanique, le tribunal de commerce de Paris est confronté à des dizaines de milliers d'affaires par an (80 à 90 % des jugements quotidiens) qui concernent des billets ou lettres de change impayés, pour lesquels le demandeur dispose d'un titre dûment enregistré et le défendeur, qui fait défaut, est condamné. Ici, la connaissance de quelques articles du Code de commerce, du Code civil et du Code de procédure civile est nécessaire et suffisante : il n'est question ni d'équité ni de technique juridique. Cela dit, en veillant avant tout à l'exécution des contrats, les juges promeuvent aussi une vision de l'économie, fondé sur un tissu de relations plutôt que sur un modèle d'entreprise (Buzzi, à paraître). Leur activité professionnelle leur donne une bonne connaissance préalable de ce droit des contrats. Les juges du commerce, en particulier, ne sont pas ces juges de la boutique d'avant le droit des affaires mondialisé que l'on imagine aujourd'hui ; ils sont aussi confrontés à des litiges internationaux, ou encore à des opérations de bourse pas toujours prévues par le droit écrit.

C'est dans ce type de cas que l'on retrouve des jugements aussi riches en registres argumentatifs que ceux qu'a commentés Alain Cottereau pour les prud'hommes (Cottereau, 1987). Par exemple, le 15 novembre 1843, dans une affaire opposant l'administrateur de la succession d'un agent de change à un client de ce dernier, le tribunal de commerce de Paris invoque à la fois un arrêt de la Cour de cassation (et les règlements d'Ancien Régime qu'il cite), un usage, dont il nie toutefois l'applicabilité parce qu'il est contraire au « droit commun », des éléments factuels issus de l'enquête déléguée à un « arbitre rapporteur », l'idée que l'agent de change était obligé de bonne foi de réaliser des marchés à terme (alors prohibés), et des considérations plus générales :

> « attendu que l'influence salutaire de ces opérations a été consacrée par l'expérience du passé ; que les annuler n'aurait d'autre but que d'entraver les transactions commerciales et de fournir aux gens de mauvaise foi ou à leurs ayant cause, l'occasion de s'affranchir de leurs engagements lorsqu'ils sont onéreux »[6]

Les connaissances juridiques sont donc mêlées et même mises au service d'une éthique des affaires que le tribunal cherche à promouvoir par sa jurisprudence, souvent avec succès, comme quand il accorde des délais de paiement aux débiteurs dont la présence semble prouver la bonne foi ou innove en matière de faillites. Recourir à des arguments juridiques précis s'avère aussi nécessaire quand (dans 5 à 10 % des cas) la compétence du tribunal est contestée, et parce que des agréés assistent les parties : certains juges du commerce reconnaissent qu'ils ont beaucoup appris à l'écoute des plaidoiries (Devinck, 1867).

Mais pour que l'on puisse s'interroger sur les connaissances en droit des juges et la façon dont ils les acquièrent, encore faut-il qu'un droit écrit existe, avec un accord minimal sur son contenu. La place concédée aux juridictions d'exception, comme la manière dont se développent autour d'elles des mondes sociaux particuliers, sont intimement liées à cet état du droit.

[6] Arch. dép. Paris, D2U3 2074, n° 36.

Les prud'hommes du XIX[e] siècle sont de ce point de vue dans une situation particulière, puisqu'ils ne s'appuient pas sur un Code propre. Les lois spécifiques au travail et à l'industrie, s'ajoutant à quelques articles du Code civil, sont laconiques. La loi de 1851 sur l'apprentissage est d'ailleurs pour l'essentiel issue de la jurisprudence prud'homale. Celle-ci se développe certes dans le cadre posé par le Code civil : même *L'Écho de la fabrique*, qui incite les prud'hommes de Lyon à la créativité jurisprudentielle, admet que, lorsque les conventions sont explicites, il faut les faire appliquer[7]. Cependant, des marges d'action demeurent : renégociation du contrat en conciliation, ou, lorsque l'acte n'est pas notarié, voire purement oral, évaluation des « circonstances » par des témoignages et des visites. On retrouve dans les réunions internes au conseil des prud'hommes des métaux parisien en 1845-1854 la volonté à la fois de discuter collectivement d'une jurisprudence et de respecter scrupuleusement cette variété des situations[8]. Il s'agit moins d'appliquer des usages de métier immémoriaux que de construire un consensus, toujours révisable, sur des bonnes pratiques.

Si les tribunaux de commerce peuvent, eux, s'appuyer sur un Code dédié, leur situation n'est pas, en pratique, si différente. Tôt critiqué par les juristes et « décodifié » par des lois indépendantes, le Code de commerce pose aussi des problèmes d'articulation avec le Code civil. Sa longue élaboration (Paschel, 1993) a laissé les rédacteurs du Code civil dans l'incertitude sur ce qu'il allait contenir, d'où des lacunes, répétitions, voire contradictions. Le fait qu'en cas de silence du Code de commerce, il faille recourir en premier lieu au Code civil fait débat tout au long du siècle. L'émergence très progressive de la doctrine et de la jurisprudence, dont les rôles aujourd'hui classiques ne s'affirment vraiment qu'à la fin du siècle (Halpérin, 1989, Hakim, 2004), accentue ces incertitudes qui peuvent amener à valoriser des savoirs définis comme plus pratiques que juridiques.

S'y ajoutent des discordances entre prescriptions juridiques et pratiques des acteurs qui compliquent les questions de preuve : quand les contrats écrits ou les pièces comptables requises n'existent pas, conciliation, équité et/ou finesse technique pour l'interprétation de traces indirectes s'imposent. À Paris, les juges du commerce tendent le plus souvent à renvoyer à des « arbitres rapporteurs » les questions qui relèvent d'une expertise de métier – mais c'est leur connaissance du monde du commerce qui leur permet de les choisir (Lemercier, 2007). Dans les plus petits tribunaux de commerce et chez les prud'hommes, le recours à des experts extérieurs est plus rare. Cela appuie la légitimité de tribunaux spécialisés dont les jugements dépendent en effet souvent d'appréciations techniques : évaluation de marchandises endommagées, lecture de comptabilités et correspondances commerciales ou encore investigation sur les causes d'un naufrage[9].

Cependant, ce qui est en cause dans les jugements, ce sont souvent des interrogations moins purement techniques, plutôt liées à des interprétations d'intentions, en référence aux pratiques habituelles ou à une éthique implicite des affaires. Témoignages, serments et interprétation psychologiques entrent alors en jeu, par exemple dans une affaire de bourse qui mobilise des avocats célèbres jusqu'en Cassation et qui, à côté d'une discussion juridique serrée sur la valeur d'une des preuves, fait écrire aux juges du commerce « qu'il est impossible de supposer que de deux individus également accoutumés à combiner les résultats des opérations auxquelles ils se livrent, l'un consente à ne courir que des chances de pertes, lorsqu'à l'autre seul seraient observées celles de bénéfice. »[10]

[7] http://echo-fabrique.ens-lsh.fr/, en particulier « De la nécessité d'une jurisprudence au Conseil des prud'hommes », n° 57, 25 novembre 1832 et « Notices de jurisprudence », n° 2, 13 janvier 1833.
[8] Arch. dép. Paris, D1U10 4*.
[9] Arch. dép. Paris, D1U3 40 et D2U3 2236, 13 mars 1854.
[10] Arch. dép. Paris, D2U3 1732, 27 novembre 1813, n° 1.

Dans de tels cas, c'est une expérience générale du monde des affaires et du travail, une proximité de langage ou de raisonnement entre juges et justiciables qui est mobilisée, plus qu'une compétence technique précise. C'est surtout elle qui est au fondement de l'identité des juges du commerce et des prud'hommes. La manière dont, dans le cadre des marges de manœuvre ouvertes par l'état du droit, elle s'articule avec des connaissances plus juridiques est le produit d'une interaction entre juges et auxiliaires de justice.

Formation, manuels, auxiliaires : des interprètes entre le droit et les juges

La description du droit et du commerce comme des langues étrangères l'une à l'autre ne vient pas seulement, au XIX^e^ siècle, sous la plume de ceux qui dénoncent des projets de tribunaux mixtes. D'autres l'utilisent pour se poser en interprètes, que ce soit pour justifier l'existence des agréés – « barreau consulaire, uniquement occupé de l'étude de cette législation spéciale, habitué à se servir de la langue du commerce » (Guibert, 1841) – ou pour poser la nécessité de manuels destinés aux commerçants pour pallier « l'impossibilité de comprendre la langue du droit » (Rogron, 1836). Ceux qui ont des compétences sur les deux tableaux jouent un rôle crucial dans les mondes de la justice d'exception, qu'ils assurent en amont la formation des juges ou en aval la diffusion de leur jurisprudence.

Les juristes sont en effet loin d'être absents des tribunaux de commerce. À Toulouse, si les avocats sont longtemps écartés du groupe des agréés au profit d'anciens clercs d'avoués ou de notaires, la licence en droit et le suivi d'un cours de droit commercial sont rendus obligatoires en 1822 ; le greffiers nommé en 1846 est un ancien agent de change bachelier en droit, celui de 1854 un avocat (Capel, 1999). À Paris, certains « arbitres rapporteurs » sont d'anciens avocats ou juges suppléants de tribunaux civils, tandis que les « arbitres juges » chargés des différends entre associés sont de jeunes avocats, et le greffier nommé en 1864 un docteur en droit[11]. Le développement chez les juristes d'une éthique du désintéressement n'entraîne donc pas la désertion de ces fonctions, mais oblige plutôt à un choix entre deux mondes.

Le même type d'option est ouvert pour ceux qui enseignent ou publient des traités : commerçants, industriels, juges du commerce et prud'hommes constituent pour eux un marché. Si, au XIX^e^ siècle, on apprend en général le commerce par la pratique, c'est autour des chambres et tribunaux de commerce que se développent les premières écoles, où l'on enseigne entre autres le droit commercial, par des visites au tribunal pour l'ancêtre de l'ESCP (Lemercier, 2003). À Toulouse, c'est à la demande du tribunal et de la chambre de commerce qu'une chaire de droit commercial est établie, tenue par un avocat agréé, fils d'un greffier du tribunal. Les manuels se multiplient, des plus simples, d'une centaine de pages, contenant des modèles de contrats et raillant la littérature juridique absconse, aux plus touffus, destinés aux étudiants en droit (Franque, 1842, Rivière, 1853). Certains auteurs fabriquent un véritable Code pour les prud'hommes, avec une numérotation *ad hoc* des articles (Malpeyre, 1833). D'autres diffusent des pratiques d'organisation des tribunaux. En 1833, un des premiers guides pour juges du commerce, œuvre du secrétaire du président du tribunal de Paris, en reste à 84 pages – avec un programme de lectures complémentaires qui relève de la doctrine. Le manuel qui lui succède, souvent réédité, frise les mille pages (Gasse, 1833, Teulet et Camberlin, 1866). Il est bien sûr difficile de savoir ce que juges du commerce et prud'hommes lisaient réellement ; on peut toutefois souligner l'urgence que représente pour les premiers prud'hommes parisiens, malgré un budget très limité, l'achat de quelques Codes, de revues de jurisprudence et du traité de Pardessus sur le droit commercial[12].

[11] Arch. dép. Paris, D1U3 1 et 6.
[12] Arch. dép. Paris, D1U10 8*.

Juges du commerce et prud'hommes se forment aussi « sur le tas ». Ces fonctions, très prenantes dans les plus grands tribunaux et non indemnisées, sont souvent tenues pendant peu de temps. À Paris, un tiers des juges du commerce de 1800-1870 passent deux ans ou moins au tribunal, deux tiers quatre ans ou moins. La médiane pour les prud'hommes jusqu'en 1870 est de trois ans pour les ouvriers, six pour les patrons. Dès lors, les points fixes que constituent les juges aux mandats plus longs et les auxiliaires de justice prennent une grande importance. Du côté des juges, c'est le cas notamment de Guillaume Denière : fils du premier président d'un conseil de prud'hommes parisien, licencié en droit, président du tribunal de commerce en 1860-1864, auteur d'une histoire de l'institution, il pouvait saluer un représentant des agréés comme ancien condisciple tout en étant consulté sur de nouvelles lois, aux côtés de représentants de la Cour de cassation (*Quatre années*, 1894).

De telles personnalités, qui légitiment l'institution à l'extérieur tout en défendant son identité propre, se retrouvent parmi les auxiliaires de justice. Ce sont eux qui lancent des publications spécialisées de jurisprudence au milieu du siècle (*Journal des tribunaux de commerce* à partir de 1852, *Moniteur des prud'hommes* en 1841-1847, *Journal des prud'hommes* à partir de 1848...). L'avocat François-Étienne Mollot, conseil des agents de change de Paris, plaide dans d'importantes faillites bancaires avant de se faire le principal propagandiste des prud'hommes dans les années 1840. Dans les premières années du conseil des métaux parisien, il s'invite aux réunions des conseillers et oriente leurs discussions, sur la base des jurisprudences lyonnaise et rouennaise qu'il connaît très bien. Le conseil, en retour, fait connaître ses travaux sur l'apprentissage[13]. Passé par le monde des tribunaux de commerce, puis homme-clé de la légitimation des prud'hommes, ce qui le rend célèbre, il fait partie de ces juristes, encore mal connus, qui ont choisi de s'investir au-delà de la frontière, en consolidation, de l'ordre judiciaire ordinaire.

*

Postuler une équivalence entre culture juridique et identité sociale est souvent un peu facile (Cerutti, 2002). La confrontation entre les discours de certains juristes contemporains sur les compétences des juges du commerce et des prud'hommes et ce que l'on peut reconstituer de leurs pratiques de jugement souligne que l'on ne peut pas se contenter d'opposer la loi à l'équité, ou le fait au droit. La définition d'une question « technique » – qui pourrait dès lors être renvoyée à une juridiction spéciale, voire à quelque chose d'autre qu'une juridiction – est éminemment relative, fonction de l'état du droit, des moyens de preuve, mais aussi de la distance sociale entre mondes du travail, du commerce et de la justice.

La comparaison entre la situation du XIX^{e} siècle et celle d'aujourd'hui souligne par ailleurs que, s'ils n'étaient pas alors inscrits dans un discours managérial sur la réforme de l'État, certains critères de qualité de la justice (rapidité, coût, taux de conciliation ou d'appel) ont toujours joué un grand rôle dans les suites données aux projets de réforme. Considérés comme satisfaisants de ce point de vue au XIX^{e} siècle alors qu'ils ne le sont plus aujourd'hui, tribunaux de commerce et conseils de prud'hommes ont pu ainsi se maintenir à côté d'une justice ordinaire qui se professionnalisait lentement et qui, du coup, n'avait pour ressource que de les critiquer en référence à des critères internes au droit. Or ceux-ci n'avaient pas, chez des gouvernants ou des parlementaires pourtant souvent juristes, le poids qu'ils ont acquis aujourd'hui.

C'est ainsi qu'ont pu se constituer, plutôt que des tribunaux mixtes, des mondes judiciaires à part, peuplés notamment de juristes qui avaient fait le choix de s'éloigner de l'identité

[13] Arch. dép. Paris, D1U10 4* et 8*.

professionnelle habituelle des greffiers, avocats ou professeurs de droit. Sur ce terrain comme ailleurs, la France post-révolutionnaire, en théorie hostile à toute représentation des professions, a, en exacerbant l'opposition entre mondes du public et du privé, permis à ce dernier d'acquérir ses propres institutions officielles, dans le cadre d'un compromis fondé sur une faible intervention de l'État sur les terrains économiques et sociaux. Les mondes de la justice construits alors autour des tribunaux de commerce et des conseils de prud'hommes ont pourtant survécu en s'adaptant, au XX^{e} siècle, aux syndicats et à l'État-providence ; plus récemment, ils ont résisté à des attaques fondées sur les modèles de la normalisation judiciaire ou du libéralisme anglo-saxon. Ces dernières mettent l'accent sur une division entre justice professionnelle et non professionnelle qui est vue comme intemporelle : il est donc salutaire de se souvenir que cette division a été construite, somme toute assez récemment, et qu'elle renvoie à des questions de fond sur la démocratie qui n'ont pas trouvé de solution simple depuis la Révolution.

Robert Badinter (dir.), *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989.

Vincent Bernaudeau, « Entre distinction sociale et légitimité professionnelle : l'argent et la magistrature des notables dans la France du XIX^{e} siècle », *in* Benoît Garnot, *Les juristes et l'argent. Le coût de la justice et l'argent des juges du XIV^{e} au XIX^{e} siècle*, Dijon, Université de Dijon, 2005, p. 157-167.

Anne Boigeol, « La formation des magistrats : de l'apprentissage sur le tas à l'école professionnelle », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 76-77, 1989, p. 49-64.

Stéphane Buzzi, « Le conseil des prud'hommes « métaux » à Paris (1850-1870) : acteurs, système... modèle ? », à paraître dans les actes du colloque « Histoire d'une juridiction d'exception : les prud'hommes, XIX^{e}-XX^{e} siècles ».

Serge Capel, *Histoire juridique et sociale d'une institution : le Tribunal de commerce de Toulouse, de la Révolution française à la fin du XIX^{e} siècle*, thèse de doctorat d'histoire du droit, Toulouse-I, 1999.

Simona Cerutti, « "Nature des choses" et "qualité des personnes". Le Consulat de commerce de Turin au XVIII^{e} siècle », *Annales HSS*, 57-6, 2002, p. 1491-1520.

Christophe Charle, « Pour une histoire sociale des professions juridiques à l'époque contemporaine », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 76-77, 1989, p. 117-119.

Christophe Charle, « Les spécificités de la magistrature française en Europe (XIX^{e} et XX^{e} siècles) », *Crises*, 4, 1994, p. 61-68.

Frédéric Chauvaud, « La magistrature et les chemins incertains de la professionnalisation (an VIII-1958) », *in* Pierre Guillaume (dir), *La professionnalisation des classes moyennes*, Talence, MSHA, 1996, p. 37-55.

Alain Cottereau, « Justice et injustice ordinaires sur les lieux de travail d'après les audiences prud'homales (1806-1866) », *Le Mouvement social*, 141, avril-juin 1987, p. 25-59.

Alain Cottereau, « Les prud'hommes au XIX^{e} siècle : une expérience originale de pratique du droit », *Justices,* 8, octobre-décembre 1997, p. 9-21.

Alain Cottereau, « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail (France, XIX^{e} siècle) », *Annales HSS*, 6, 2002, p. 1521-1557.

Guillaume Denière, *La juridiction consulaire de Paris, 1563-1792*, Paris, Plon, 1872.

François Devinck, *Pratique commerciale et recherches historiques sur la marche du commerce et de l'industrie,* Paris, Hachette, 1867, p. 155-173.

Jean-Claude Farcy, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours*, Paris, PUF, 2001.

Constant Fenet, *Guerre aux abus. Les juges de commerce, les agréés et les arbitres-rapporteurs devant le Sénat*, Paris, Ernest Thorins, 1868.

A. Franque, *Code des prud'hommes*, Paris, Paulin, 1842.

Gasse, *Manuel des juges de commerce,* Paris, impr. Gratiot, 1833.

Ernest Genevois, *Histoire critique de la juridiction consulaire*, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1866.

Édouard Grar, *Examen critique de l'organisation et de la compétence des tribunaux de commerce,* Paris, Bachelier, 1831.

Eugène Greffier, « De l'organisation actuelle des tribunaux de commerce, et des modifications qu'elle réclame », *Revue de droit français et étranger,* t. 4, 1847, p. 773-787.

Guibert, *Recueil des règlements de la compagnie des agréés au Tribunal de commerce du département de la Seine*, Paris, Félix Locquin, 1841.

Nader Hakim, « Les premiers traités de législation industrielle et la jurisprudence : les ressources d'une influence doctrinale au Palais », *in* Jean-Pierre Le Crom (dir.), *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, Rennes, PUR, 2004, p. 29-39.
Jean-Louis Halpérin, « Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne », *in* R. Badinter (dir.), *op. cit.*, p. 225-241.
Jean Hilaire, « Grandeur ou servitude de la justice consulaire : la controverse de l'équité », *Histoire de la justice,* 11, 1998, p. 61-77.
Ferdinand Jacques, « Correspondance », *Journal du ministère public*, 1859, p. 105-109.
Lucien Karpik, *Les avocats. Entre l'État, le public et le marché, XIII^e^-XX^e^ siècle*, Paris, Gallimard, 1995.
Claire Lemercier*, Un si discret pouvoir. Aux origines de la Chambre de commerce de Paris, 1803-1853*, Paris, La Découverte, 2003.
Claire Lemercier, « The Judge, the Expert and the Arbitrator. The Strange Case of the Paris Court of Commerce (ca. 1800-ca. 1880) », *in* Christelle Rabier (ed.), *Fields of Expertise. Experts and Powers in Paris and London since 1600*, Newcastle, Cambridge Scholars Press, 2007, p. 113-142.
Claire Lemercier, « Prud'hommes et institutions du commerce à Paris, des origines à 1870 », à paraître dans les actes du colloque « Histoire d'une juridiction d'exception : les prud'hommes, XIX^e^-XX^e^ siècles », http://halshs.ccsd.cnrs.fr/halshs-00106150
Léopold Malepeyre, *Code des ouvriers*, Paris, Au bureau central, 1833.
Louis Nouguier, *Des tribunaux de commerce, des commerçants et des actes de commerce*, t. 1, Paris, N. Delamotte et cie, 1844.
Philippe Paschel, *La portée de la codification dans l'histoire du droit commercial français*, thèse d'histoire du droit, Université de Paris-II, 1993.
François Pougeard-Dulimbert, *Rapport sur la résolution relative au placement des tribunaux de commerce*, Paris, Imprimerie nationale, 23 nivôse an V.
Jacques Poumarède, « Les tribulations d'un principe républicain : l'élection des juges », *in* Jacques Lorgnier, Renée Martinage et Jean-Pierre Royer (dir.), *Justice et République(s),* Lille, Ester, 1993, p. 91-101.
Quatre années de présidence au Tribunal de Commerce de la Seine, 30 juin 1860-20 août 1864, Paris, Chaix, 1894.
H. F. Rivière, *Répétitions écrites sur le Code de commerce*, Paris, A. Maresq et E. Dujardin, 1853.
Joseph André Rogron, *Code de commerce expliqué*, Paris, impr. de Rignoux, 1836.
Pierre Rosanvallon, *Le modèle politique français. La société civile contre le jacobinisme de 1789 à nos jours*, Paris, Le Seuil, 2004.
Jean-Pierre Royer, Renée Martinage et Pierre Lecocq, *Juges et notables au XIX^e^ siècle*, Paris, PUF, 1982.
Auguste François Teulet et Eugène Camberlin, *Nouveau manuel des tribunaux de commerce,* Paris, A. Maresq aîné, 1^re^ éd. 1866.
Antoine Vauchez et Laurent Willemez, *La justice face à ses réformateurs (1980-2006),* Paris, PUF, 2007.