



HAL
open science

Jacques Krynen, *L'emprise contemporaine des juges*, t. II de: *L'État de justice*. France, XIIIe-XXe siècle, Paris: nrf, Éditions Gallimard, coll. "Bibliothèque des Histoires", 2 volumes, t. I, 2009 et t. II, 2012 (432 pp.)

Isabelle Brancourt

► **To cite this version:**

Isabelle Brancourt. Jacques Krynen, *L'emprise contemporaine des juges*, t. II de: *L'État de justice*. France, XIIIe-XXe siècle, Paris: nrf, Éditions Gallimard, coll. "Bibliothèque des Histoires", 2 volumes, t. I, 2009 et t. II, 2012 (432 pp.). *Revue historique de droit français et étranger*, 2012, pp.633-636. halshs-02913203

HAL Id: halshs-02913203

<https://shs.hal.science/halshs-02913203>

Submitted on 12 Aug 2020

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.

Compte rendu dans la *Revue historique de droit français et étranger (RHDFE)*, oct.-déc., n°4-2012 de :

Jacques Krynen, *L'emprise contemporaine des juges*, t. II de : *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*, Paris : nrf, Éditions Gallimard, coll. « Bibliothèque des Histoires », 2 volumes, t. I, 2009 et t. II, 2012 (432 pp.).

Cet ouvrage en deux volumes n'est pas un livre d'histoire ordinaire. C'est un essai. Il est inspiré par *une* idée. Il est orienté par *un* projet : ce dernier est avoué, annoncé en introduction, claironné à tous les carrefours de la pensée de l'auteur, en tous les ronds-points de l'ouvrage où le lecteur peu exercé aurait risqué de se perdre ou de se diriger par un autre chemin vers une destination sans rapport avec le propos. Pourtant c'est une histoire on ne peut plus « historique », rigoureusement chronologique et même parfaitement « chronique » - comprenez ce terme comme l'antithèse du péché mortel qui guette l'historien, l'anachronisme. Pour éviter ce dernier travers, M. Krynen, fort de son expérience, a lu et travaillé un nombre extraordinaire d'auteurs, en latin, en français, en toute langue, du Moyen Âge à nos jours. Son ouvrage est donc le fil tissé d'une lecture à l'autre de l'opinion déclarée, imprimée, publiée, de tous ceux qui ont *pensé*, avant le Professeur Krynen, « l'idée de justice ». Histoire d'une « idée », non pas histoire de « la » justice entendue au sens de pratique judiciaire : loin de toute forme d'« archéologisme » historique (soit dit sans aucune mauvaise intention pour l'Archéologie) qui l'aurait plongé dans la réalité judiciaire comme dans un immense champ de fouilles, Jacques Krynen retrace ici l'histoire, tout en le définissant, de ce qu'il a appelé « l'État de justice », titre de l'ouvrage.

Tome I : *L'idéologie de la magistrature ancienne. XIII^e-XVIII^e siècle*, Paris : Gallimard, 2009, 326 p. ISBN : 978-2-07-012497-8.

C'est la première fois qu'est défini et décrit l'« État de justice » : on a beaucoup disserté sur l'« État moderne », sa naissance, ses caractéristiques et son évolution vers l'« État administratif » (p. 37) ; on connaît la doctrine de l'« État de droit », intimement arrimée au libéralisme et à la démocratie ; on sait que des historiens de l'Ancien Régime – royal, par définition – ont cru distinguer, subtilement, de part et d'autre de 1661, une monarchie judiciaire (ou « justicière », p. 71) d'une monarchie administrative et financière. Aujourd'hui, M. Krynen nous propose un « État royal » (p. 192) qui serait *essentiellement* un « État de droit et de justice » (p. 279). Cet État fut promu, dès le Moyen Âge (p. 22), par les juristes, en particulier par ceux des parlements de Paris (dès les XIII^e-XIV^e s.) et de province (à partir de 1450). Cet « Estat » fut soutenu par la magistrature contre vents et marées, spécialement face à un « absolutisme » (p. 58, 137, 171...) qui, selon l'auteur, développe (l'auteur ne dit pas à partir de quand) son « officielle doctrine » (p. 204), son « dogme » (p. 236) à l'encontre du premier (p. 212). La progression de la démonstration est rigoureuse, chronologique et thématique, d'une conception médiévale de la souveraineté fondamentalement liée à la justice (« dette du souverain », p. 17-38) à la revendication dans les remontrances du XVIII^e siècle d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Ce dernier est fondé en « raison », sur le rôle de « dépôt des lois » (p. 245-247) que les cours « souveraines » estiment consubstantiel à leur fonction de « représentants » du roi dans ses attributions judiciaires (p. 239-279). La 1^{ère} partie traite des fondations de l'État de justice à travers les rapports qu'entretiennent le droit et la justice : à partir du XIII^e siècle, les juristes considèrent que le fondement de la justice se trouve dans le droit, dans cette « raison » juridique qu'est le droit renaissant de la Rome éternelle (droit civil et droit canon s'abreuvant à la même source). La « dette de justice » qu'a

contracté le roi à l'égard de ses sujets, répond à son caractère « souverain » : très tôt, explique Jacques Krynen, le roi est défini comme le « souverain », d'abord au sens de plus haute juridiction temporelle dans son royaume – après Dieu. Ce ministère de justice va rapidement être conçu comme devant impérativement passer par « le droit », donc par le canal de l'expertise en droit (p. 40, *sq.*). Certes le roi de justice (saint Louis sous son chêne) conserve le privilège de dire le juste et l'injuste, mais dès le début du XIV^e siècle, les auteurs le soumettent à la nécessité de juger « en conseil », c'est-à-dire par l'intermédiaire de ses juges. Cette dernière assertion permet à M. Krynen de poser le problème de la « justice retenue » du roi et des délicats rapports entre l'administration de la justice et la prétention royale à en « retenir » l'exercice, au moins partiel. De la « représentation » de ce devoir de justice du roi (XIV^e siècle) à une certaine forme de dépossession de la souveraineté (XVIII^e siècle), la magistrature a procédé logiquement. Un virage essentiel, cependant, s'est produit à la fin du XVI^e siècle dans la définition de la souveraineté : à partir de Jean Bodin, principalement, cette dernière se définit en terme de pouvoir législatif. Insensiblement alors, l'État de justice s'est dressé contre les personnes successives des rois de chair, au nom de l'impassibilité juridique de l'institution royale.

La 2^e partie envisage la doctrine de la magistrature sous l'angle des rapports entre la justice rendue et les lois. L'un des pivots de la confrontation entre la magistrature et le pouvoir politique des rois a été la « querelle de l'interprétation » (p. 139-190), c'est-à-dire de la marge de liberté laissée aux juges dans l'application des lois. On touche ici à la délicate et récurrente question de l'équité de la décision de justice et de la déontologie de l'institution judiciaire, donc de la responsabilité du juge. Pouvaient-ils juger les juges ? Si oui, l'autorité qui disposait de ce pouvoir était-elle le législateur ? Jamais la Monarchie n'est parvenue entièrement à résoudre cette question. Pour cette raison (en partie), elle est morte. Et pourtant, M. Krynen rend finalement raison de l'accusation faite à la magistrature d'avoir voulu accaparer le pouvoir législatif, ou une partie de ce dernier, et de ce qui aurait été la même chose, d'une usurpation du pouvoir du roi : les remontrances, selon l'auteur, démontrent que jamais les grands juges n'ont prétendu retirer au souverain son droit de proposer et de faire la loi ; ils n'ont pas prétendu au pouvoir législatif, mais en un temps où la distinction des pouvoirs (Montesquieu) devenait le mode de pensée presque unanime, ils ont trouvé dans leur histoire, doctrinale, les forces de leur indépendance et de leur constance : l'inébranlable courage de l'affirmation de l'antériorité de « la justice » sur « l'administration », de l'éminence de leur autorité. Prééminence de l'État de justice !

La question de l'incidence du statut de l'office des juges sous l'Ancien Régime dans leur attitude face au pouvoir est cependant restée en suspens. Le tournant des années 1600 aurait peut-être pris une autre signification : dès lors que la souveraineté n'était plus comprise qu'en terme de pouvoir, non de juridiction, elle n'était plus communicable ; les grands juges qui se disaient « souverains » entraient en compétition avec le roi. Leur ralliement au monarque Bourbon, à qui ils furent les premiers à reconnaître le caractère « absolu », ne tint-il pas au subtil et discret échange de bons précédés qui accompagne, au fond, le renforcement de la vénalité et la patrimonialisation de l'office à partir de 1604 ? Les sources de cette étude, en effet, sont immenses, impeccablement analysées, mais une certaine étanchéité entre la bibliographie des juristes et celle, toute récente, des historiens (anglo-saxons, entre autres), empêche M. Krynen de procéder à la confrontation de cette idéologie si remarquablement exposée avec la réalité de la vie politique et judiciaire du royaume, surtout à l'époque moderne. Mais tel n'était pas du tout l'objectif de l'auteur.

Le deuxième volume de *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle* est un ouvrage de 432 pages, avec références infrapaginales, index et tables des matières, sans bibliographie. Une courte introduction rappelle au distrait – celui qui aurait négligé le premier épisode, celui qui se laisserait à croire que l'histoire commence en 1789 – les tenants et les aboutissants du livre paru en 2009 sur *L'idéologie de la magistrature ancienne. XIII^e-XVIII^e siècle*. Ayant rappelé les enjeux de la démonstration, l'auteur construit ainsi son livre en deux parties parfaitement symétriques : l'une sur l'émancipation du « pouvoir judiciaire » (p. 17 à 216), la seconde sur « l'État de droit », spécialement dans son rapport avec la démocratie (p. 219 à 414). Pourtant l'objet est unique : faire la preuve de la renaissance de « l'autorité » de la justice et de son antécédence sur le pouvoir politique (qu'il soit législatif ou exécutif) dans l'État contemporain, suivant la tradition de l'« idéologie » élaborée, de façon magistrale, par les juges de l'Ancien Régime pour « établir l'État ». Cette renaissance s'est concrétisée en fait dans l'élévation progressive, en trois étapes chronologiquement identifiables, de trois « justices » suprêmes : celle de la Cour de cassation, celle du Conseil d'État, celle du Conseil constitutionnel. Chacune, dans son ordre, a fait triompher le principe de la supériorité du pouvoir de celui « qui *dit* le droit », à travers ses jugements et ses « arrêts », sur le pouvoir de celui « qui *fait* le droit », par ses lois, décrets et ordonnances.

Le point de départ de cette évolution-« révolution » (au sens originel du terme) se situe à la Révolution (au sens historique du terme) : 1789 marque, en même temps que l'irruption dans le fait politique français des principes de la démocratie moderne, le ravalement de l'autorité des juges au profit de la seule souveraineté de la Loi. Dans l'opération de séparation des « pouvoirs » proclamée par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen comme la condition de la constitutionnalité d'un gouvernement, le troisième, le judiciaire, s'est trouvé crédité d'un tel degré de force potentielle – et discrédité, du même coup, par les juristes, à la mesure de la puissance acquise dans les siècles précédents par les grands juges – que l'on peut à peine parler de « pouvoir ». La « Loi » est l'*abc* de la construction sociale et, fruit de la « volonté générale », elle est ontologiquement « démocratique ». Le « Nouveau Régime » originel est entièrement légicentré, comme l'est aussi la Première République, unicamériste et suspicieuse à l'égard de l'exécutif ; il supprime, en même temps que les « institutions » judiciaires de l'Ancien – au premier chef ces Parlements pourtant si redoutables à la Monarchie ! – toute idée d'« autorité » de la justice ; il récuse toute forme de « jurisprudence » comme « interprétation » judiciaire de la loi, toute professionnalisation de la fonction de juger, déferée par élection au civil comme au criminel, tout risque de corporatisme des juges... 1790 : puissance judiciaire zéro ! De la Loi sacralisée au juge mécanisé (p. 30), il n'y eut qu'un pas. Et voilà comment « la séparation des pouvoirs [[étant] « l'assomption de la loi », le « pouvoir judiciaire » proclamé fut « l'enterrement de Thémis » (p. 34) parce qu'il l'« ostracise » (p. 57). Pourtant, même éradiquée, la bête judiciaire, se faisant toute petite, eut la vie dure. La « révolution » révolutionnaire de la justice fut donc une parenthèse – brève... La première partie du livre de Jacques Krynen est l'histoire de la (re-) croissance du pouvoir du juge. De l'« ordre judiciaire » renouvelé sous le Consulat et l'Empire, mais soumis par Bonaparte, jusqu'à la République contemporaine postérieure à 1870, les tribunaux d'appel et, surtout, la Cour de cassation n'ont cessé d'œuvrer à la reconstruction de leur « autorité ». D'organes purement techniques de la distribution d'une justice que l'on concevait comme contrôlée par le pouvoir (les variations des régimes au XIX^e siècle lui donnant tour à tour quatre ou cinq visages), les tribunaux reprirent – le plus consciemment du monde – leur rôle de « diseurs » de droit. M. Krynen déterre des auteurs oubliés, exhume les discours et les ouvrages ou trop célèbres ou trop obscurs pour être lus aujourd'hui. De Portalis à Dupin aîné et Royer-Collard, en passant par les d'Eyraud, Henrion de Pansey et Oscar de Vallée, notre auteur suit attentivement, et passionnément, « le prompt

réveil des interprètes ». Les juges du siège, dans les cours d'appel, comme les magistrats du parquet – et pourtant ! – dès l'Empire, ont repris les termes et les mots mêmes des débats antérieurs à la Révolution : on voyait ainsi se renouveler ce qui s'était discuté si âprement entre la haute magistrature, forte de sa stature antique de « prêtre de la justice », et la Monarchie, impuissante à imposer son pouvoir exclusif de dire le droit et de soutenir son droit originel de juger en dernier ressort, souverainement. Tous, ou presque, ces juges, procureurs, avocats généraux du XIX^e siècle ont remis en selle les maximes de leurs grands ancêtres à eux : les Harlay, Molé, Lamoignon, Malesherbes, les Domat, d'Aguesseau, et autres grands noms de l'Ancien Régime, à la lecture desquels ils s'abreuvent. Pour cela on les édite, on les réédite, on publie leurs remontrances – jamais le « Parlement » n'avait eu peut-être autant d'historiens, d'adeptes, de thuriféraires... Ce faisant, ces juges renouvellent l'alliance antique de la justice et de la religion (p. 159), ils redonnent à la justice son rôle de *lex animata* et, à la loi souveraine, ils préfèrent la bonne vieille « équité » dont ils prétendent bien tenir la balance exclusivement entre leurs mains – n'en déplaisent aux pouvoirs politiques. « Quelle parousie ! » Chez certains, les bornes mêmes sont franchies, quand « l'alliance enfin réalisée de l'équité et de la loi a libéré le juge de toutes les sortes de fausses 'inspirations'. Le voici désormais ministre tranquille, prêtre souriant de la parfaite justice des lois contemporaines » (p. 165). Avec ou sans ces pudeurs qui furent autant de manœuvres prudentes, par delà les épurations, ils ont revendiqué leur indépendance. Le XX^e siècle la leur a consacrée, renforcée d'une syndicalisation particulièrement « engagée » (p. 350-375), sans laquelle la magistrature serait restée « la grande muette, le cadet des soucis de l'État » qu'elle fut longtemps (p. 368). Au sommet, trône depuis deux siècles la Cour de cassation : la hiérarchie des juridictions se trouva raffermie dès lors que, de simple « sentinelle de la loi » qu'il devait être à sa création à la fin de l'année 1790, le Tribunal [plus tard, Cour] de cassation se révéla le premier moteur de la renaissance de la « jurisprudence » (p. 182). À partir de 1837, la Cassation se vit attribuer « le dernier mot » ; elle était hissée au rôle de garant suprême d'une « uniformité de la jurisprudence » que le « Parlement » d'Ancien Régime, émietté en au moins treize cours, n'avait jamais réussi à imposer (p. 185). De progrès en progrès, la Cour de cassation finit par établir l'autorité de « sa » justice, sorte de « pouvoir législatif immanent » (p. 192), par assurer la primauté de sa « jurisprudence législative » (p. 197). Toute aussi patente sa volonté tenace de proclamer « son magistère intellectuel, en particulier sur les juges » (p. 196), de faire entériner sa capacité à rendre des « arrêts de principe » qui ne sont rien moins que des « arrêts de règlement » (p. 199), non seulement *trans legem*, mais parfois aussi *contra legem* : « La dénaturation ou l'interprétation à contresens de la règle légale y est parfois patente » (p. 200). Et M. Krynen de poser la question qui fâche : qui, alors, est législateur ? Car, à bien y regarder dans le détail, « la plupart du temps le pouvoir politique n'aperçoit guère les avancées profondes du droit jurisprudentiel » (p. 202)... Souveraine, la Cour de cassation ?

Déjà le ton est fort et la conclusion de cette première partie (p. 212-216) fait clairement le point sur l'hypothèse initiale : s'il y a eu rupture – forcée – dans le discours de la magistrature, entre l'Ancien Régime et le Nouveau, elle fut courte, jamais consentie par les intéressés. L'idéologie de la magistrature ancienne se retrouve, en des termes différents sans doute, mais presque intacte, jusque dans les actuels déploiements de la justice suprême de la Cour de cassation. La deuxième partie est l'histoire de la gestation, de la naissance et de l'épanouissement d'un autre ordre de justice : une justice intimement liée au développement de l'État administratif, sur fond de conception fondamentalement libérale des rapports entre les justiciables et les pouvoirs, d'une part, entre les pouvoirs entre eux, d'autre part. Et voici comment Jacques Krynen détecte, à travers les péripéties des tribunaux administratifs et du Conseil d'État depuis l'Empire, mais spécialement après 1872, d'un côté, à travers la progression des attributions du Conseil constitutionnel depuis 1958, de l'autre, la résurgence

de « l'État de justice » sous le couvert de « l'État de droit ». Après Carré de Malberg, cette doctrine de l'État de droit, acclimatée de l'étranger, est conçue dans l'intérêt du citoyen, mais devenue « incantatoire » dans les médias ces dernières décennies (p. 220), « véritable dogmatique » (p. 221), elle est l'arbre qui cache la forêt. Dans le but avoué d'une purification institutionnelle de la « République », elle élève de nouveau la justice au rang de premier des trois pouvoirs – judiciaire, législatif et exécutif – alors même que les modes de recrutement de la magistrature conservent au juge certaines des caractéristiques de l'officier d'Ancien Régime : il est inamovible, recruté par concours, tout de même, mais moulé par une « professionnalisation » complète de sa fonction. Au delà du cérémonial, au nom de qui rend-il effectivement la justice ? Au nom du Peuple français, au nom du Souverain ? Ou bien, de fait, au nom de « la Justice » dont le juge tient la balance, à l'exclusion désormais de toute référence à Dieu rejeté des textes comme des prétoires depuis la laïcisation de la République. La faute à qui ? À la loi, sans aucun doute : depuis le temps de sa souveraineté, la loi positive « a chuté de son piédestal » (p. 336). Après 1948, les cours suprêmes de notre justice française ont pris l'habitude de brandir, à côté des lois, en l'absence de loi, et même contre les lois, des « principes généraux » qui ne sont rien moins qu'« un droit non écrit » (p. 420). Sous les feux croisés de la Cour de cassation, du Conseil d'État, du Conseil constitutionnel après 1971 (surtout depuis 2008), la législation passe au crible des Droits de l'Homme, des « PFRLR », des « principes généraux du droit », etc. (p.308). Les lois, trop nombreuses, opaques pour le simple justiciable, mais « bavardes » et trop souvent « particulières » (p. 336), ont formé un « droit mou, un droit flou, un droit à l'état gazeux » (Jean Foyer, cit. p. 337), discréditant ainsi le législateur tout autant que l'exécuteur de la loi... Devant cette situation « gravissime » (p. 374), le Professeur Krynen appelle à une prise de conscience et à des solutions d'urgence.

Ces deux volumes sont donc l'histoire de l'idée que la magistrature s'est faite de la justice, donc des idées qu'elle a nourries dans l'espoir de faire prévaloir *sa* vision de la justice. Cette « idéologie » s'est développée discrètement, dès le Moyen Âge jusqu'à nos jours, nourrissant ainsi le monde des juges (surtout celui de la haute magistrature, des « grands juges ») de « prétentions » qui, sous couvert de *juris dictio*, sont éminemment « politiques, fondamentalement liées à la vie et survie des sociétés et des gouvernements. Fonction essentiellement « transcendante », la justice est le souci premier de toute société, avec sa sécurité extérieure. Quelle que soit la force de la volonté de la tenir en bride, elle se rappelle à l'attention des gouvernements comme fonction « vitale », cœur de l'État, source de vie. Cet ouvrage est donc traversé entièrement par la volonté de faire la démonstration de cet axiome. Il est en cela « politique », mais jamais « politicien ». L'auteur y engage toute l'intensité de sa conviction pour amener son lecteur, non pas à entériner sans combat, mais à réfléchir avec lui, pour sortir d'une « crise », cruciale, pour nous sauver d'un drame dont M. Krynen pressent le caractère tragiquement mortifère. Ce n'est pas un traité scolairement universitaire, c'est un manifeste magistralement efficace. S'il est parfaitement clair qu'aucun intérêt personnel, ni aucun engagement partisan ne viennent polluer les intentions de ce livre, il est non moins évident que cette « histoire de justice », grande affaire de l'humanité, spécialement en France, ne laisse absolument son auteur ni serein, ni froid. M. Krynen retrouve ici le ton et l'inspiration de ces maîtres de l'Université de Paris par lesquels il a commencé ses recherches : il est éminemment dans son rôle, avec le courage que cela implique, car il n'écrit pas pour « faire plaisir », ni même en évitant de déplaire. De fait il déplaira à beaucoup, mais au moins, faisons-lui l'honneur de le lire, intégralement, avant de le critiquer. La clarté et l'élégance générale du style, jointes à des traits d'humour ou de passion, en facilitent l'entreprise. La gravité de la question en jeu le mérite...