

ENTRE PROCÉDURE ET VERTU, LA PRUDENCE

PAR

Antoine GARAPON

Magistrat

Secrétaire Général de l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice

La fin du positivisme invite à méditer sur la fragilité du droit pour comprendre *la part prudentielle de la justice*. D'autant que c'est plus la prudence que la science du juge qui est recherchée, comme le montre, entre autres, l'exemple bioéthique. Cette inéluctable prudence n'est cependant acceptable qu'à la condition d'être elle-même justiciable d'une instance démocratique. Et donc il faudra tenter de saisir également *la part procédurale de la prudence*. La position moderne passe donc par une *attestation* et par une *contestation* de la prudence. Mais comment renouer avec l'interrogation éthique ? Sur le mode ancien, de l'idéalisme philosophique et des discours professionnels apologétiques ? Rien n'a-t-il donc changé ? Comment reprendre la question de la prudence *après* les sciences humaines sans être paralysé par un pessimisme réducteur ni sombrer dans un humanisme naïf ? Peut-on appuyer une réflexion sur la prudence non plus *contre* mais à *partir* des sciences humaines ? L'articulation de ces deux points de vue - descriptif et prescriptif - pose plus de problèmes que leur disjonction. Y a-t-il une alternative à l'ignorance réciproque ou à la fusion dangereuse ? La modernité nous oblige à dépasser les bons sentiments et les discours convenus pour reprendre cette question de manière à la fois plus *pragmatique* et plus *politique*.

La prudence judiciaire ne se conçoit pas comme une vertu en soi mais comme un usage habile de la règle. L'opposition entre la règle et la prudence doit être dédramatisée. Elle est l'intermédiaire entre la perspective déontolo-

gique de la règle et la perspective téléologique de la vertu. La prudence recherche la conciliation du droit comme règle et de la justice comme vertu¹.

I - LA PART PRUDENTIELLE DE LA JUSTICE

Le vingtième siècle nous a convaincu, s'il était encore besoin, de l'ambivalence de la règle positive. Alors que le despotisme "s'identifiait depuis Montesquieu au pouvoir affranchi des lois, le totalitarisme fonctionne à l'affirmation hyperbolique de la Loi"². La prudence fait cesser l'ambivalence constitutive de la règle positive et veille à ce que son contenu ne soit pas détourné. La fragilité du jugement judiciaire est double : elle tient, d'une part, à l'artificialité des conditions du jugement et, d'autre part, aux limites de la raison juridique elle-même. La prudence consiste, non pas à nier cette finitude du droit, mais à l'assumer et à la dépasser.

François Ewald a montré qu'il était possible de repérer historiquement ce qu'il appelle *la règle de jugement*, c'est-à-dire "non pas d'une règle qui serait énoncée par une instance, mais ce qui règle le jugement de toutes les instances, non pas quelque chose que l'on applique, mais ce à travers quoi on juge"³. On peut distinguer "la finalité courte, en vertu de laquelle juger signifie trancher, en vue de mettre fin à l'incertitude ; [de la] finalité longue, plus dissimulée sans doute, à savoir la contribution du jugement à la paix publique"⁴. La prudence consiste à voir loin, plus loin que le droit, plus loin que la procédure et à envisager la sortie de prison avant de décider la peine, la fin du placement d'un enfant avant de le mettre dans un foyer, de penser à la majorité en décidant la garde.

A) Un principe de retenue

À la différence du médecin ou de l'entrepreneur, le juge ne peut exercer son pouvoir que dans des circonstances bien déterminées, celle de la salle d'audience et au terme d'un échange d'arguments réglé par la procédure. Son contact avec la réalité est toujours médiatisé par le droit, la procédure ou le cadre rituel de la salle d'audience. Il n'a jamais affaire qu'à une réalité conventionnelle. Double fragilité qui imprime à la prudence un double mouvement de prise de conscience et d'exigence, d'abstention et d'action, de retenue et d'audace.

1. Ricoeur (P.), "Le juste entre le légal et le bon", *Lectures 1*, Paris, Seuil, 1991, pp. 176-196.

2. Bouretz (P.), *La force du droit*, 1991, Paris, Coll. Esprit, p. 9.

3. Ewald (F.), "Pour un positivisme critique : Michel Foucault et la philosophie du droit", *Droits*, P.U.F., Paris, n° 3, 1986, p. 139.

4. Ricoeur (P.), "L'acte de juger", *Esprit*, n° 7, 1992, p. 20.

Il n'y a pas de jugement "pur", libéré des conditions physiques de sa réalisation. Le juriste envisage les problèmes de droit débarrassés de leur dimension humaine. Il faut se méfier des représentations idéales du jugement pour lesquelles la prudence entre en scène au terme d'un débat complet et bien argumenté. Plus que d'un *procès*, il s'agit d'un *processus*, plus que d'un sens déposé dans une norme qui sera appliquée à une situation, il s'agit d'une co-construction de sens. Il est donc essentiel de penser la décision finale comme le produit d'une multitude de petites décisions prises par des acteurs très divers qui ne sont d'ailleurs pas tous juges, ni même juristes. Irène Théry montre, par exemple, que ce qui est important dans les jugements de divorce, c'est la situation de fait initial, qui aura de grande chance d'être confirmée par les expertises, les décisions avant-dire droit et surtout par le temps, grand gagnant du procès⁵. D'où l'importance de s'intéresser au référé, à l'instruction, à l'expertise et à toutes ces décisions qui préparent le moment solennel et ritualisé du jugement en s'émancipant d'une vision romantique du délibéré.

Il faut donc requérir la prudence dès le début du processus judiciaire, et peut-être même surtout au début. Il faut donc cesser d'assimiler l'acte de juger "aux cas tragiques"⁶ ou aux "hard cases", largement publiés et abondamment commentés. Ils ne représentent qu'une infime minorité des affaires. Les décisions que prend le juge ordinaire, même si on peut espérer qu'elles sont fondées en droit, ne disposent pas toujours, loin s'en faut, d'un tel luxe de précautions. La prudence est-elle réservée aux délibérés des hautes juridictions ? Quid des autres décisions que prend le juge quotidiennement sous la pression du rendement et la précipitation de la permanence ? La prudence y a-t-elle encore une place ? La première démarche éthique est de faire sortir de l'ombre ces décisions que le juge prend "au débotté", au téléphone par exemple, seul, dans l'urgence ou de manière très répétitive ou automatisée. Ces décisions quotidiennes, qui concernent le plus souvent des personnes, s'avèrent à forte densité humaine : mise en détention, petites peines, mesures provisoires de garde, etc. Les juges sont ainsi tributaires de *logiques institutionnelles* qui dictent leur rôle. S'il ne faut pas faire du sujet le reproducteur passif de logiques institutionnelles, il ne faut pas non plus en sous-estimer le poids. Le parquetier doit présenter les faits dans un sens qui convient à la poursuite ; le bon juge d'instruction, au moins aux yeux du parquet voire de la hiérarchie, est celui qui instruit plus à charge qu'à décharge ; pourquoi le nier ? Ce déni, typiquement latin, ne contribue pas à assainir le débat sur la justice.

Un substitut décide de se faire présenter une personne gardée à vue plutôt que de la convoquer à une audience ultérieure. Ses raisons peuvent varier (état de ses relations avec le service de police, le souci de "marquer le coup" sans intention de demander une mise en détention préventive, voire de l'encombrement de l'audience ce jour-là). Le tribunal n'aura pourtant pas la

5. Théry (I.), *Le dé mariage, Justice et vie privée*, 1993, Paris, Odile Jacob.

6. Atienza (M.), *Tras la justicia*, Ariel, 1993, Barcelone.

même attitude à l'égard d'une personne libre deux mois après les faits que 48 heures après, de surcroît si elle comparait détenue. Les déterminismes sont ainsi également *situationnels*⁷. Le dispositif de la salle d'audience construit la figure sociale de l'accusé : tout est fait pour que la personne qui va y être jugée s'y trouve mal à son aise ne sachant pas se tenir, ne maîtrisant pas le langage juridique, n'ayant pas pu se raser et s'habiller pour les personnes déférées après 48 heures de garde à vue, et pour qu'elle apparaisse comme un incompetent social, comme un coupable potentiel⁸. Le juge doit à chaque fois combattre l'impression que produit en lui la personne déférée.

Les déterminismes peuvent être *organisationnels*. Le juge, surtout s'il a une certaine habitude de la matière qu'il traite, ne se réfère pas directement à la règle, mais à une sorte de *surcodage* plus ou moins conscient qui joue comme un économiseur d'énergie. Ainsi pour le juge aux affaires familiales, il distinguera les divorces fiscaux, les divorces de belle-mère, les divorces pathologiques, les mauvais départs, le démon de midi, etc⁹. Au pénal, les Américains parlent de "normal crime", c'est-à-dire de la catégorie de délits que le juge est habitué à traiter et pour lesquels la peine sera prévisible avec un haut degré de probabilité. Le dernier déterminisme, et non le moindre, est *personnel*. Il est à chercher dans les affects du juge mobilisés par le contact avec des personnes en chair et en os. Pourquoi le juge n'aurait-il pas de subjectivité, de sentiments plus ou moins positifs ou négatifs face à tels justiciables, d'attraction ou de répulsion pour tels types d'affaires ? D'Aguesseau ironisait déjà sur les "arrêts de cœur" de certains juges.

La première réaction face à ces déterminismes a consisté à régler le problème en le supprimant, c'est-à-dire en s'échappant de la salle d'audience et en s'émancipant des procédures formelles. Ce fut le mouvement de la justice informelle. Mais si le rituel est oppressant pour le justiciable, son absence l'est encore plus en laissant libre cours, sous prétexte d'une plus grande authenticité, à la réforme intérieure de l'individu, comme l'a si bien perçu Michel Foucault. La prudence ne consiste pas à refuser les déterminismes mais à les assumer en acceptant la finitude du jugement judiciaire. Elle n'est pas la négation vertueuse de ces influences inévitables sur la décision du juge mais bien plutôt leur reconnaissance et leur mise à distance. Un jugement qui ne serait pas ancré quelque part (à commencer par la langue dans lequel il s'exprime) n'est qu'une illusion. "*Ce n'est pas en effet, dit Bourdieu, en refusant arbitrairement la pesanteur physique qu'on a réussi à vaincre et à conquérir l'espace... Il peut en aller de même pour la pesanteur sociale. La liberté n'est pas dans la négation magique du déterminisme mais dans la compréhension des lois du réel*"¹⁰.

7. L'expression est directement traduite de la sociologie anglaise qui parle volontiers de "situationnal rules" ou de "organizational rules".

8. Carlen (P.), *Magistrate's Justice*, 1976, Martin Robinson, Londres.

9. Choquet (L.H.) (1993).

10. Bourdieu (P.), *Le métier de sociologue*, Mouton, 1975.

Celui qui juge n'est jamais vierge de tout préjugé. Les études ne manquent pas pour montrer que le jugement judiciaire s'articule sur un jugement social préalable et le plus souvent inconnu. La prudence doit moins se concevoir comme une *progression* vers la décision mais bien plutôt comme d'abord une *régression* vers ce jugement déjà-là, à ce préjugement sinon ce préjugé. Tout écrit sollicite l'imaginaire du lecteur et le juge qui prend connaissance d'un dossier avant le jugement se représente les faits à sa manière : il ne verra pourtant jamais la personne qu'il avait imaginée. D'où la suspicion à l'égard des décisions prises sans avoir vu les personnes et cette règle d'or — pour le parquet notamment — de toujours entendre les intéressés avant de se faire une religion. Peut-on reprocher à un juge d'instruction de privilégier spontanément une piste au détriment d'autres ? Certainement pas parce que la recherche de la vérité a besoin d'être amorcée par des hypothèses. Partant, l'intuition du juge n'est pas condamnable. Elle le devient si le juge refuse de changer d'opinion, ce qui lui demande de passer par dessus son amour propre. Sans intuition, pas de bon juge d'instruction ; mais avec seulement des intuitions, toujours pas de bon juge d'instruction !

Le procès est un univers de fiction et de pressions, de manipulations légitimes : le juge doit à la fois y résister et savoir y succomber : voilà toute la difficulté de la tâche. Un bon magistrat doit préparer ses dossiers avant l'audience mais la prudence l'invite à se garder de *tout* décider avant dans son for intérieur et de priver ainsi l'audience de tout suspense. La prudence commande de ne pas se laisser séduire par les effets de manche, mais elle demande également de se laisser convaincre ! La prudence que confère au juge son expérience le rend paradoxalement plus vierge qu'un débutant ou qu'un juge non professionnel. Il est ainsi paradoxalement moins difficile pour le juge de prendre une décision que d'en changer !

Jusqu'à quel point le juge doit-il faire confiance aux justiciables ? Les croire sur parole serait un manquement à la prudence la plus élémentaire. Ne jamais leur faire confiance ne serait pas le fait d'un bon juge non plus. Prenons garde à ne pas aseptiser la relation judiciaire sous prétexte de la purifier. La justice passe par un dialogue entre juge et justiciable que nous revendiquons dans notre culture juridique continentale. Le juge ne doit pas refuser ses affects mais tenter de les maîtriser pour en faire un usage professionnel : c'est peut-être la marque du professionnalisme. On attend du juge non pas une indifférence totale, mais une attention égale à toutes les affaires et à tous les justiciables, un accueil équivalent à toutes les causes. Un juge sans sentiments ne peut être un bon juge. La prudence commence donc par un travail sur soi. Prise de conscience d'autant plus difficile que le juge est sans arrêt confronté à sa propre impuissance. On mesure à quel point la modestie du juge est mise tout au long de la procédure à rude épreuve. Juger impose sans arrêt un deuil de soi-même et un effacement devant la fonction aux antipodes de la "starisation" ambiante.

B) Un principe d'action

La prudence n'est pas que cette prise de conscience, cette délibération avec soi-même, elle est aussi ce qui doit guider le juge dans sa décision : le juge est alors non plus rapporté à lui-même mais projeté hors de lui vers la décision. La prudence qui apparaissait comme abstention, est également tournée vers l'action. Alors que la première acception du terme oblige le juge à rapprocher son regard *en deçà* de la procédure, il lui faut aussi l'éloigner *au-delà* de la procédure pour regarder l'horizon de l'affaire. Le premier chemin ramène vers le subjectif, vers une introspection, le second projette vers l'horizon politique, vers une "extraspection". Le premier mouvement de la prudence invite à se méfier de soi, le second à assumer son pouvoir.

Par rapport aux autres jugements, politique, scientifique ou médical, le jugement judiciaire est *obligé*. Le juge doit rendre une décision alors que pour d'autres, la prudence peut consister à n'en pas prendre. Dans les affaires pénales, le juge peut — et doit — refuser de condamner s'il doute : c'est l'adage *in dubio pro reo*. Il n'y a rien de pire que ces faibles peines qui cachent le trouble d'un juge qui doute mais qui n'a pas eu le courage de relaxer. Le problème de la culpabilité ne ressort pas donc de la prudence mais de la conviction. Dans les affaires civiles en revanche, le juge doit départager deux argumentations rivales. Un juge aux affaires familiales ne peut refuser de statuer sur la garde d'un enfant au motif qu'il n'a pas suffisamment d'éléments. Cette obligation de juger est une des grandes différences avec le législateur qui, lui, n'intervient que quand bon lui semble. Par exemple, en matière de bioéthique, il a tardé pendant dix ans pendant lesquels la justice a dû, elle, se prononcer et donc s'exposer à la critique.

Le droit fournit des certitudes, la prudence cultive l'incertitude. Le juge doit tenir compte de la fragilité du discours judiciaire, que ce dernier partage avec d'autres types de discours, discours politique bien entendu, mais aussi celui de l'historien. La nouveauté vient de ce qu'après que le judiciaire ait cherché dans les sciences exactes une réassurance par le biais de l'expertise, c'est à présent l'inverse qui se produit. On a vu récemment des procès retentissants où les juges ont été mis en demeure de départager des discours scientifiques en compétition : ce fut le cas de la médecine lors du procès du sang contaminé ou de l'histoire pour le procès Touvier. La justice avec ses procédures — et sa prudence — prend le relais lorsque les discours de vérité défont. Ce qui n'enlève rien à la "fragilité d'un discours qui, faute de prouver, vise néanmoins à convaincre, sans se réduire à plaire. Ce statut épistémologique est celui de *la logique du probable*, par quoi Aristote définissait "la dialectique", et à quoi il rattachait la "rhétorique", ou *l'art d'user d'arguments probables dans l'usage public de la parole*. L'assaut d'arguments est en un sens infini, dans la mesure où dans l'ordre du probable, il y a toujours place pour un "mais", sous la forme par exemple, de recours et de voies d'appel à des instances supérieures. En un autre sens, il est fini dans la mesure où le conflit s'achève dans une décision, à savoir le *jugement exercé dans une situation particulière*". Mais le juge doit juger malgré tout. Et arrêter

l'argumentation en prenant parti. Il n'y a rien de plus étranger à la justice que l'attribution illimitée que Kafka nous fait ressentir dans *Le Procès*. Prendre parti, c'est mettre fin à une incertitude par une *vérité conventionnelle*. Il faut s'accommoder de cette logique du probable et faire sans cesse le deuil d'une justice "totale" qui réparera tout avec une certitude absolue.

Il ne faut pas se laisser aveugler par les théories de l'*argumentation* qui font florès aujourd'hui mais qui sous-estiment une autre dimension tout aussi essentielle du jugement judiciaire : l'*évaluation*. La philosophie se concentre naturellement sur ce qui est rationnalisable mais il y a des jugements absolument hostiles à toute logique argumentative, comme les jugements évaluatifs : une peine, un préjudice, des dommages et intérêts, l'exceptionnelle dureté d'un divorce, le degré d'une nuisance sonore, etc. Il ne s'agit plus d'établir des faits mais d'apprécier souverainement : on est dans le domaine de l'évaluation de la gravité, de la recherche de la proportionnalité en matière pénale. On parle beaucoup des erreurs judiciaires — c'est-à-dire d'erreurs d'appréciation de la culpabilité — mais pratiquement jamais de la démesure dans l'attribution de la peine. Que faire d'un vrai coupable ? Combien vaut un préjudice ? Un délit ? Une faute ? La justice n'est-elle pas avant tout une logique de l'équivalence par rapport à la charité qui répond, au contraire, à une logique de la surabondance ? C'est d'ailleurs dans ce domaine que les risques d'arbitraire sont les plus importants. La variation des peines est de plus en plus mal supportée dans les pays anglo-saxons, ainsi que dans les pays de l'Europe du nord. Le Code pénal suédois, par exemple, vient de réintroduire la proportionnalité des peines qui l'emporte désormais sur le principe de l'individualisation. Ce n'est pas un hasard si c'est pour ce type de décisions que l'on a institué des tableaux d'indemnisation que l'informatique a rendu encore plus performant, ou des "Guidelines" en matière pénale, c'est-à-dire des catalogues des indications de peines qui sont décidées dans des situations identiques par les juridictions supérieures.

Le juge doit tenir compte de l'incertitude qui sera d'autant plus grande que l'on se rapproche du fait, c'est-à-dire de l'inordonné. Le juge doit se fier à des informations venant d'une partie, ou de services de police qu'il ne pourra pas vérifier. Quel juge n'a jamais connu cette sorte d'attribution intérieure qui finit par devenir obsédant ? Pour les décisions les plus terribles à prendre, le droit est rarement d'un très grand secours : mettre quelqu'un en prison, retirer un enfant à ses parents, expulser des personnes de leur logement, raccompagner quelqu'un à la frontière ne posent la plupart du temps aucune difficulté juridique (les juges seraient tellement soulagés d'en trouver !).

Jusqu'où le juge doit-il prendre en considération les conséquences de sa décision ? La prudence ne consiste-t-elle pas à ne décider que ce que l'on peut garantir notamment en matière civile et familiale ? Dans un univers formel comme le prétoire, tout paraît simple et la répercussion des décisions de justice n'apparaît pas nécessairement. Ce que décide le juge peut être immédiatement exécuté : on est dans le territoire du performatif absolu : "je décide de mettre en détention, de prononcer la nullité, de révoquer la peine, etc." Mais

les conséquences de la décision peuvent n'être pas réalistes, ni réalisables voire totalement catastrophiques. Le juge ne connaît par définition que des situations dégradées et il doit se garder de ne pas faire plus de mal qu'il n'y en a déjà. Une série de jugements du Président du Tribunal de commerce de Paris ont récemment été salués dans ce sens : il a eu la sagesse de ne pas prononcer systématiquement la faillite de grand nombre d'entreprises alors que les conditions de la loi l'y autorisaient pour ne pas faire effondrer le marché immobilier parisien déjà en crise.

II - LA PART PROCÉDURALE DE LA PRUDENCE

La prudence impose au juge un double deuil : celui de la certitude du droit mais également celui de l'orgueil de sa propre prudence, c'est-à-dire de se croire source de justice, ce qui est le propre de la dérive justicière. La prudence oblige à un usage prudent de la vertu. "*Il se trouve des juges qu'une trop grande affectation de passer pour incorruptibles expose à être injustes*" disait La Bruyère. La prudence de la prudence, c'est de se lier soi-même à un formalisme qui s'apparente plutôt à l'usage, voire au rite, et qui, donnant à voir publiquement l'usage que l'on a fait de la prudence, rend possible l'examen par un tiers. A peine congédiée, la procédure est rappelée au secours de la prudence.

A) Une prudence ritualisée

La prudence est la continuation de la procédure dans le *kairos* invisible de la justice. Le juge s'applique à lui-même les règles qu'il impose aux autres, mais à la différence de la procédure juridique, personne ne pourra le vérifier. Qui pourra jamais savoir si dans le secret du délibéré, c'est le juge le plus jeune qui aura opiné le premier ? Qui saura ce qu'a dit ou n'a pas dit le président au jury dans le délibéré, s'il a parlé le dernier, s'il a même manifesté et expliqué son vote ? La prudence, c'est la procédure amputée de la publicité, c'est la prescription sans la sanction. La prudence a besoin d'une méthode. Les expressions d'*intime conviction* ou de *for intérieur* traduisent bien l'idée d'un tribunal intérieur (le for, c'est-à-dire, étymologiquement, le tribunal). Le délibéré entre les juges va prendre la forme de la procédure de l'audience mais entre les juges et à l'abri du regard du public.

Cela se vérifie à tous les échelons de la hiérarchie judiciaire. On est ainsi frappé du ritualisme qui entoure les délibérations du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, par exemple, le scrupule avec lequel est respecté l'ordre des opinions. Le juge doit se mettre à la place de l'autre, soutenir la thèse opposée à la sienne pour la mettre à l'épreuve (à la Cour de cassation, chaque conseiller rédige deux arrêts, l'un cassant, l'autre confirmant). Cette même méthode exige que dans les délibérés correctionnels, on respecte scrupuleusement l'ordre des opinants : le plus jeune magistrat d'abord, le premier assesseur et enfin le président. Il peut parfois paraître rigide d'appliquer une telle

règle à des gens qui se connaissent très bien et qui délibèrent dans une même chambre depuis des années. Au tribunal pour enfants composé du juge des enfants et de deux assesseurs non professionnels, il est capital que le juge ne donne pas en premier son avis sur la culpabilité, lui qui connaît l'enfant, le contexte social, la famille, les travailleurs sociaux, etc. De façon à ce que si les deux assesseurs estiment que le jeune prévenu n'est pas coupable, la décision soit acquise quitte à mettre le juge en minorité. Bien souvent les assesseurs pressent le juge de donner son opinion d'abord puisqu'il connaît le dossier mais il doit avoir la prudence de s'y refuser.

Le délibéré avec soi-même prend la forme d'une reconstitution *in petto* du procès : le juge se faisant tout à tour procureur et avocat avant, enfin, de se redécouvrir juge. D'ailleurs, dans cette notion d'intime conviction, il y a l'idée que le juge se convainc lui-même, comme les deux parties ont cherché à le convaincre auparavant. Le juge siégeant à juge unique, ce qui est de plus en plus le cas, doit savoir se donner du temps pour prendre une décision difficile : sortir de la salle d'audience — ce qui peut paraître incongru lorsqu'il est seul — ne serait-ce que pour se soustraire un instant aux regards de tous, ou à l'inverse, faire sortir de son bureau le prévenu et la police.

Au même titre que toute opinion émise dans le procès, la prudence doit être mise en scène, extériorisée, énoncée, formalisée. Cela sera le rôle du rituel de la décision. Pourquoi peut-on parler de rite ? Parce que la forme est répétée pour elle-même sans qu'il soit nécessaire de la justifier, ni possible de la transgresser. Le ritualisme fonctionne comme un protocole figé que l'on s'oblige à répéter. S'agissant d'une phase du jugement par définition secrète, elle ne peut être sanctionnée. Le rite prend ainsi le relais de la procédure dont il est le substrat anthropologique qui fournit à la prudence son décor : il aménage l'espace de la discussion, la structure, lui réserve le temps, lui impose une issue. Il dispense les juges des pressions internes à la juridiction et leur économise l'énergie d'y résister. La prudence n'est donc pas si contraire à l'idée même de procédure : elle ne prend consistance qu'en en mimant les formes. La justice se conçoit comme un emboîtement à l'infini d'instances judiciaires qui, comme des poupées gigognes, auraient toutes la même forme, à la fois contradictoire et triangulaire.

B) Prudence transparente

Ce qui départage la prudence des Parlements d'ancien régime de la prudence du juge moderne, c'est l'obligation de transparence. La prudence passe le relais à une autre vertu, la transparence sans laquelle, elle ne peut s'épanouir dans une démocratie. La légitimité du jugement moderne ne procède-t-elle pas du *donné* à voir de cette prudence qui en permet le contrôle ? Mais la transparence est-elle absolue ? Le vote dissident¹¹ par exemple, que nous ne

11. Cette procédure très répandue en pays de *common law* permet à des juges mis en minorité d'exprimer leur opinion dissidente dans une annexe du jugement.

connaissions pas en France, est un gage de transparence incontestable. Mais si la nomination des membres de la juridiction est très politique comme nombre de conseils constitutionnels dans les pays démocratiques, est-il prudent de conserver cette règle du “dissent opinion” ? Les partis ou les hommes politiques ne risquent-ils pas de reprocher à leur obligé son vote ? Le secret est préférable à la transparence dans l’intérêt même de la démocratie pour permettre à chacun des juges d’être plus libre dans la recherche de la meilleure décision.

On est là dans le domaine de l’éthique pure, c’est-à-dire dans un domaine de l’activité du juge absolument incontrôlable par la loi. Un juge espagnol insistait récemment sur la nécessité de motiver *sérieusement* les jugements. Il est toujours possible pour un juge de trouver un habillage à la décision qui “tienne la route juridiquement” et qui permette de justifier une décision prise en réalité pour d’autres motifs. C’est peut-être même prudent... au moins pour le juge qui aura la certitude de ne pas risquer la réforme en appel ou la cassation : mais est-ce un bon usage de la prudence ? Quid des parties ? Est-ce admissible dans un Etat de droit ? C’est en effet la possibilité même du débat judiciaire qui est faussée. Ne doit-il pas dire la véritable motivation dans un souci de transparence entendu dans un sens politique ? Le jugement n’est pas destiné qu’aux parties : il est rendu “au nom du peuple français” et doit donc aussi lui être destiné.

La prudence concerne enfin la manière de communiquer une décision. Que faut-il dire ? Que faut-il écrire ? Faut-il tout dire dans un jugement ? Le juge aux affaires familiales ne doit-il pas, par exemple, au moment de rédiger un jugement de divorce pour faute, avoir présent à l’esprit que cette décision sera lue dans des années par les enfants, le plus souvent au moment du décès des parents, qui découvriront la vérité judiciaire ? Parfois dire trop de choses est peut-être contre-productif. Des juges des enfants ont été réprimandés parce qu’ils en disaient trop dans leurs jugements ce qui nuisait à l’action éducative ! Dire les choses trop crûment n’est pas toujours la meilleure manière de recueillir l’adhésion de la famille.

C) Prudence réflexive

Formalisation plus ou moins rituelle et transparence ne prennent toute leur signification que par un troisième terme dont ils ne sont que la condition ou la trace : la possibilité d’un questionnement par un tiers. Revenons sur la naissance du juge occidental au XII^e siècle européen. “C’est le serment qui fait le juge” comme le rappelle Robert Jacob¹². Ce serment des juges s’inspirait de

12. Dans la France du Nord comme en Angleterre ou en Normandie, le serment des jurés a donc induit une mutation radicale des rapports du juge et du procès. Jusque là, il suffisait de régler un rite : amener les parties à s’accorder sur un geste décisif, une épreuve dont la réussite ou l’échec dicterait la sentence, sans qu’il y eût à s’interroger sur la légitimité des prétentions opposées ni sur les mobiles des co-jureurs ou des témoins. Or voici qu’on attend de lui

cette phrase des écritures : *“comme vous jugez vous serez jugés”*. Le juge moderne naît et n’acquiert le droit de juger que par son serment, c’est-à-dire qu’à la condition d’être jugé lui-même par Dieu. Il devait primitivement toucher un reliquaire en jurant. Cela explique d’ailleurs la présence de la croix que le juge devait garder devant les yeux et qui va émigrer ensuite derrière son siège. On y a vu une tentative d’intimidation du justiciable alors qu’initialement elle était destinée à l’édification du juge. C’est donc en termes de *réflexivité* plus que de souveraineté qu’il faut penser la légitimité du juge. Si la souveraineté est l’exercice d’une volonté dont on n’a pas à rendre compte, l’autorité du juge doit toujours être soumise à recours. Le juge ne tire pas sa décision d’une inspiration divine, il ne juge pas *au nom* de Dieu mais *devant* Dieu. Transposé en termes modernes, le juge ne juge pas seulement au nom du peuple français mais aussi devant le peuple français.

Qui prend le relais de Dieu dans la démocratie ? Toute la question du juge démocratique est donc là dans cette réflexivité que nous ne savons organiser après le positivisme. Une prudence qui ne rencontre jamais la règle a toutes les chances de dériver. *“Le magistrat qui ne veut relever que de sa raison, se soumet sans y penser, à l’incertitude et au caprice de son tempérament. Comme la science n’est plus la règle commune des jugements, chacun se forme une règle, et, si on ose le dire, une justice conforme au caractère de son esprit”*¹³. C’est la possibilité d’un questionnement public qui distingue la règle juridique de la règle morale. Dans un Etat de droit, personne ne peut revendiquer de *“grâce d’état”*. Pas même le juge. C’est la limite des codes de bonne conduite, de l’éthique professionnelle ou autres règles déontologiques, c’est-à-dire de toutes les prescriptions sans sanctions. Les garanties d’un Etat de droit doivent s’efforcer d’être le moins tributaires des bonnes consciences individuelles. Si on se plaît à répéter que le droit repose sur l’hypothèse du *“bad man”*, c’est-à-dire de l’employé indélicat, du contractant de mauvaise foi ou du conjoint volage, un Etat de droit doit organiser ses sauvegardes sur la base du *“bad judge”* c’est-à-dire du juge paresseux, caractériel, partial, extrémiste.

Avec le Code civil, le droit français s’est enfermé dans le fantasme d’un système de légalité autosuffisante supposée pouvoir se passer de la morale de ses serviteurs. C’est le type idéal du droit rationnel tant d’un point de vue formel que matériel cher à Max Weber. L’illusion positiviste, qui a autorisé au cours de ce siècle les débordements que l’on sait, repose sur ce fantasme d’une possible économie d’un droit du droit ! Notre culture juridique et politique française redécouvre qu’il vaut mieux prendre acte de cette irréductible part de sagesse du juge que l’ignorer superbement. La règle de droit a besoin d’hommes et la République de sages. L’expérience est, en effet, l’institutrice

(suite note 12) tout autre chose... prononcer une parole de vérité qui prend exactement la place de ce qu’on appelait encore le jugement de Dieu. [Le serment] réalise une sorte de transmutation par l’éveil de sa conscience, qu’il dégage de la gangue des faiblesses humaines, des passions surtout que le jureur répudie, pour l’élever d’un coup à la hauteur du sacré, *Le serment des juges ou l’invention de la conscience judiciaire*, Jacob (R.), 1991.

13. D’Aguesseau, cité par Gorphe, p. 177.

de la sagesse : elle la guide, l'informe en permanence. Un bon syllogisme est à la portée de n'importe quel bon étudiant en droit ; en revanche, l'expérience lui fera défaut pour atteindre la décision juste. Mais ce constat ne doit pas inciter à abdiquer devant la difficulté de légiférer. La prudence est d'autant plus sollicitée que la procédure est inachevée. La prudence n'est qu'un pis aller qui doit nous encourager à perfectionner nos procédures et, faute de mieux, à cultiver la vertu des hommes.