

SÉANCE 4

LE RÔLE DU JUGE

I. UNE FONCTION JURIDICTIONNELLE

Le juge est, lato sensu, celui qui exerce la fonction juridictionnelle, c'est-à-dire la fonction de juger. Son rôle diffère fondamentalement de celui du législateur. Alors que le législateur intervient en amont, pour prévoir, et prévoir de façon générale, le juge intervient après coup, pour réparer, et réparer de façon particulière. Le législateur émet des normes, à suivre par tous, donc des règles de conduite. Le juge tranche des litiges.

L'exemple le plus célèbre de jugement est certainement l'exemple biblique du Roi Salomon, qui présente le rituel judiciaire, avec dans un premier temps l'idée fondamentale de parallélisme des formes. L'épisode se situe au Livre des Rois. Deux prostituées se présentent devant le Roi Salomon. La première expose les faits : les deux ont accouché, le fils de l'autre est mort, parce qu'elle s'est couchée sur lui, et elle a procédé à l'échange de l'enfant mort avec l'enfant vivant. La procédure devant le Roi suit le parallélisme des formes : chacune est entendue, et les revendications s'opposent de façon identique : « mon fils est l'enfant vivant, son fils est l'enfant mort ». Le Roi reprend chacune des revendications, et en tire une conséquence logique : apportez une épée et qu'on tranche l'enfant vivant en deux. Ce qui revient, au sens premier du terme, à trancher l'objet du litige. Pourquoi une telle logique, qui apparaît éminemment cruelle ? Parce qu'au vu de la parole identique de chacune, chacune se doit d'avoir la même chose.

Mais évidemment l'histoire ne s'arrête pas là. La première femme, demandant pitié pour la vie de l'enfant, demande au Roi Salomon de donner l'enfant à la seconde femme, et de laisser l'enfant en vie. Alors, le parallélisme des formes est brisé. Et Salomon peut prendre une nouvelle fois la parole, acte d'autorité, et acte d'autorité d'autant plus fort qu'il remet en cause le jugement rendu quelques instants auparavant. Laissez l'enfant en vie, et donnez-le à la première femme. Le jugement final de Salomon va donc au-delà du parallélisme des formes, de la logique du rituel, qui ne permet pas d'avancer. C'est la parole, celle des justiciables, et celle du juge, qui va permettre d'avancer vers la justice. Mais pour cela il faut le respect d'une procédure. Le terme « procedere » en latin, signifiant précisément « avancer ».

Maintenant, il est diverses manières de procéder à la justice, et la différence entre le système français et le système des Etats-Unis est à cet égard une étude comparative intéressante.

En France, en droit commun, il existe deux ordres juridictionnels : l'ordre judiciaire et l'ordre administratif.

L'ordre judiciaire a pour juridiction suprême la Cour de cassation, qui compte six chambres : trois chambres civiles, une chambre criminelle, une chambre sociale et une chambre commerciale. La Cour de cassation règne sur un ordre judiciaire dont les tribunaux de première instance statuent au premier degré, et les cours d'appel au second degré. L'organisation judiciaire est complexe.

Au civil, il existe donc les tribunaux de première instance, donc les juges de proximité, les tribunaux d'instance, et les tribunaux de grande instance, en fonction du montant du litige, ou de la matière concernée. En ce qui concerne certaines matières spécifiques, il existe des tribunaux spéciaux : en droit du commerce, les tribunaux de commerce, composés de commerçants, en droit du travail, les conseils des prud'hommes, composés de façon paritaire de salariés et d'employeurs, avec, en cas de voix égales, un juge départiteur ; et aussi des tribunaux spécialisés dans la sécurité sociale. Ceci, pour faire vite.

Au pénal, il existe en première instance le tribunal de police pour juger des contraventions, le tribunal correctionnel pour juger des délits, et la cour d'assises pour juger des crimes. Chaque cour d'assises est composée de 12 membres : 3 juges professionnels et 9 jurés citoyens. Par exception, pour les affaires terroristes, la cour d'assises spéciale est exclusivement composée de magistrats professionnels, pour des raisons de crainte du jugement populaire et surtout de protection des jurés citoyens.

Un des principes phares du droit judiciaire est la possibilité d'un recours en appel. C'est pourquoi il existe des cours d'appel, auxquelles on peut avoir recours après le jugement en première instance. Les cours d'appel sont les mêmes pour toutes les matières, étant entendu qu'il existe une chambre correctionnelle spécialisée pour la matière des délits ; mais pour les cours d'assises, il existe des cours d'assises d'appel, composées de la même façon que les cours d'assises en première instance. Pour les affaires terroristes, simplement, 7 juges professionnels siègent au lieu de 5.

Au-delà, les affaires vont devant la Cour de cassation. Mais ce qu'il faut bien comprendre, c'est que la Cour de cassation ne constitue pas un troisième degré de juridiction. Elle juge uniquement en droit et non en fait. Autrement dit, elle juge si le jugement ou l'arrêt qui lui est déféré est fondé en droit, elle ne rejuge pas le dossier en lui-même. Ainsi, si je me plains que mon voisin m'a volé ma voiture, ou causé un trouble du voisinage, la Cour

de cassation va simplement juger si la cour d'appel a bien fait application du droit, elle ne va pas apprécier si oui ou non mon voisin a effectivement volé ma voiture ou m'a effectivement causé un trouble du voisinage. C'est pourquoi, si jamais elle casse l'arrêt qui lui est déféré, elle renvoie l'affaire devant une autre cour d'appel, afin que le dossier soit rejugé. Si elle ne casse pas l'arrêt, on dit qu'elle rejette le pourvoi.

Il n'en est pas de même dans l'ordre administratif. L'ordre administratif s'occupe des litiges des particuliers avec l'administration, ou des litiges entre administrations (par exemple locales et étatiques). Là, il y a aussi des juridictions de première instance, qui sont les tribunaux administratifs, et des juridictions d'appel, qui sont les cours d'appel administratives. Le Conseil d'État chapeaute l'ordre administratif, mais à la différence de la Cour de cassation, il juge au fond aussi bien qu'en droit. Ce qui fait de lui, contrairement à la Cour de cassation, un véritable troisième degré de juridiction. La répartition des compétences se fait essentiellement en fonction des matières, ce qui fait que parfois le Conseil d'État juge en premier et dernier ressort, c'est-à-dire qu'il est la première juridiction saisie et la dernière à statuer.

En dehors de ces juridictions de droit commun, il existe des juridictions exceptionnelles. Ainsi, le Tribunal des conflits, lorsqu'il y a conflit de compétences entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif, tranche le conflit de compétences. Mais également pour les politiques, la Haute Cour est compétente pour juger le président de la République, en cas de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » (article 68 de la Constitution), et la Cour de justice de la République est compétente pour juger des infractions commises par les ministres pendant l'exercice de leurs fonctions. Mais elle est appelée à disparaître.

Le procès en France fonctionne selon certains principes directeurs. Il y a le contradictoire, qui implique notamment la communication des pièces entre parties adverses pour que chacune puisse se défendre, mais aussi implique que chaque partie soit entendue. C'est l'adage latin « audiatur et altera pars » (précepte donné au juge : chacune des parties sera entendue).

C'est aussi, en droit pénal, la présomption d'innocence. Et là on tombe sur un principe plus général, qui a trait au droit de la preuve : ce qui est allégué doit être prouvé, que ce soit par une partie au civil, ou par le représentant de l'État au pénal. Un adage veut que ce soit la même chose de ne pas être et ne pas être prouvé (« Idem est non esse aut non probari »).

C'est un précepte qui doit s'appliquer au juge : sans preuve, pas de condamnation qui tienne.

Mais une fois le jugement rendu, s'applique une autre règle, qui est l'autorité de la chose jugée. Passé le délai pour faire appel ou pour se pourvoir en cassation, bref dès qu'une affaire est close, l'autorité de la chose jugée s'applique. Et ceci est à mettre en lien avec une autre idée, qui est celle de la vérité judiciaire. La vérité judiciaire ne prétend pas être la vérité absolue. C'est juste la vérité officielle, telle qu'elle ressort d'un jugement ou d'un arrêt. Pourquoi s'arrêter sur une telle vérité, même si elle ne correspond pas aux faits ? Pour la paix et la sécurité publique. Il est un moment où les querelles doivent cesser, la justice y met un terme. Elle ne prétend pas à la vérité absolue, mais demande qu'on respecte la vérité telle qu'elle l'a dite, en fonction des éléments qui lui ont permis de juger.

Maintenant, il n'y a pas que le niveau strictement national, en France. Il faut tenir compte d'un texte extrêmement important, qui est l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui pose que chacun a droit à un procès équitable. Ce qui recouvre les principes du droit français, mais permet aussi à la Cour européenne des droits de l'homme de condamner au besoin la France, au même titre que les autres pays du Conseil de l'Europe, signataires de la Convention, en cas de violation de ce principe du droit à un procès équitable. La condamnation d'un pays par la Cour européenne des droits de l'homme est dans tous les cas pécuniaire. Mais si les États ont tendance à se plier aux décision de la Cour, c'est moins pour des raisons pécuniaires que pour des raisons d'image, auprès des autres membres signataires.

Aux Etats-Unis, le système est différent. Il faut distinguer entre le niveau des États, et le niveau fédéral, dans la mesure où il s'agit d'un État fédéral. Dans chaque État, comme au niveau fédéral, il existe plusieurs degrés de juridictions, avec des juges élus, mais au pénal le système est celui de 12 jurés citoyens. Au sommet de la pyramide, une cour suprême, et au niveau fédéral, la Cour Suprême des Etats-Unis, dont les membres sont nommés à vie par le Président des Etats-Unis, après approbation du Sénat. La logique du système est donc différente en France et aux Etats-Unis. Notamment, au pénal, le principe de jugement en France est celui de l'intime conviction du juge, alors qu'aux Etats-Unis, c'est celui du doute raisonnable (reasonable doubt).

Cela dit, la philosophie américaine a beaucoup apporté, y compris en Europe, au niveau de la réflexion sur le rôle du juge. Et notamment en ce qui concerne le syllogisme inversé.

Le syllogisme est une figure philosophique bien connue, composée d'une majeure, d'une mineure, et d'une conclusion. L'exemple type en est le suivant : Majeure : Tous les hommes sont mortels ; Mineure : Socrate est un homme ; Conclusion : Donc Socrate est mortel. Donc la majeure est exprimée en termes généraux, la mineure introduit un cas particulier, et la conclusion tire au particulier les conséquences du général. C'est donc un raisonnement déductif.

Ce raisonnement déductif a été introduit comme modèle en droit, sous le nom de syllogisme judiciaire. Exemple : Majeure : Article 1240 du Code civil (ancien article 1382) : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer » ; Mineure : j'ai accidentellement à vélo renversé mon voisin, qui a eu la jambe cassée ; Conclusion : je devrai réparer les suites du dommage causé à mon voisin du fait de cette jambe cassée.

Le syllogisme judiciaire est en quelque sorte une application du « juge bouche de la loi » cher à Montesquieu. Une majeure, une mineure, une conclusion, sans laisser au juge la part nécessaire à son appréciation. La réalité est évidemment tout autre. C'est pourquoi le courant réaliste américain a développé la théorie du syllogisme inversé. L'idée est la suivante : le juge a d'emblée l'intuition de la solution qu'il doit rendre, et il va se débrouiller pour, à rebours, trouver la loi qui lui permettra de rendre cette solution. Ainsi, le juge commencerait par la conclusion, pour remonter à la majeure. C'est donc un raisonnement inductif plutôt que déductif. Et qui sait comment fonctionnent les juges, qui sont des êtres humains, doit se rendre à cette évidence que la théorie du syllogisme inversé est bien plus crédible que celle du syllogisme judiciaire classique.

Le juge est donc le dernier maillon de la chaîne juridique. Il intervient en cas de litige, et c'est lui qui fait appliquer la loi, ou plus exactement le droit, car à défaut de loi, il doit juger quand même, sous peine de déni de justice. C'est l'article 4 du Code civil. Il est ainsi une pierre angulaire du système juridique.

II. UNE FONCTION DE CONTRÔLE

Le juge, et tout dépend de quel juge on parle, assure, outre sa mission juridictionnelle, une mission de contrôle des normes les unes par rapport aux autres, en écho à la théorie tirée de Kelsen dite de « la pyramide des normes ».

La supériorité des lois sur les actes réglementaires (décrets et arrêtés) est assurée par le contrôle de légalité. Ce contrôle de légalité prend

deux formes : une forme active, et une forme passive. Activement, le contrôle de légalité est assuré par la procédure du recours pour excès de pouvoir. Le recours pour excès de pouvoir peut être porté par tout administré, mais il doit l'être impérativement devant une juridiction administrative, dans un délai de deux mois suivant sa publication. L'annulation de l'acte illégal est alors valable pour tous (on dit « erga omnes »). Passivement, le contrôle de légalité prend la forme de l'exception d'illégalité. Cette exception d'illégalité consiste, à l'occasion d'un litige, à soulever l'illégalité d'un acte réglementaire. Cette exception d'illégalité est perpétuelle, c'est-à-dire que même passé le délai du recours pour excès de pouvoir, elle peut être soulevée. Et non seulement elle peut l'être devant les juridictions administratives, mais également devant les juridictions judiciaires. L'acte sera alors annulé erga omnes s'il est jugé illégal. Il faut cependant distinguer : le juge pénal peut annuler tout acte réglementaire illégal (comme le juge administratif) mais le juge civil ne peut annuler l'acte illégal que s'il porte atteinte à une liberté fondamentale ; autrement le juge civil doit formuler une question préjudicielle devant le juge administratif, qui annulera ou non le règlement.

La supériorité de la Constitution sur les lois est assurée, quant à elle, par le contrôle de constitutionnalité, qui est l'œuvre en principe du Conseil constitutionnel. Il faut cependant distinguer entre le contrôle a priori de la constitutionnalité des lois, et le contrôle a posteriori. Le contrôle a priori intervient après le vote de la loi, mais avant sa promulgation. Les personnes habilitées à saisir le Conseil constitutionnel sont (article 61 de la Constitution) : le Président de la République, le Premier ministre, le Président du Sénat, le Président de l'Assemblée nationale, ou, depuis 1974, un ensemble de 60 députés ou sénateurs. Le contrôle a posteriori de constitutionnalité des lois est l'œuvre réformatrice de la loi du 23 juillet 2008, instituant le mécanisme de la QPC : la question prioritaire de constitutionnalité (article 61-1 de la Constitution). Par cette réforme, tout justiciable peut, lors d'un procès en cours devant une juridiction administrative ou judiciaire, soulever l'inconstitutionnalité d'une loi déjà en vigueur. Alors, la Cour de cassation ou le Conseil d'État peuvent, par un arrêt, décider de saisir le Conseil constitutionnel de cette inconstitutionnalité invoquée. Le Conseil constitutionnel dispose alors d'un délai de trois mois pour rendre sa décision ; s'il juge le texte inconstitutionnel, ce texte est abrogé définitivement.

Deux remarques s'imposent. La première est que, même si l'inconstitutionnalité peut être désormais invoquée devant les juridictions administratives ou judiciaires, le contrôle lui-même est toujours l'œuvre du Conseil constitutionnel. La seconde remarque est que ce contrôle est très

étendu matériellement. Non seulement parce que désormais le mécanisme de la QPC permet de contrôler de facto toutes les lois, donc l'objet du contrôle est étendu ; mais encore parce que la référence même du contrôle est étendue. En effet, le Conseil constitutionnel, depuis une décision de 1971, a décidé que le contrôle des lois ne se ferait pas seulement en conformité au corps de la Constitution de 1958, mais également en conformité à son Préambule. Or ce Préambule renvoie lui-même au Préambule de la Constitution de 1946, laquelle proclame un certain nombre de droits et libertés de nature sociale ; à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; et à la Charte de l'environnement de 2004, conclue dans le cadre européen. Cet ensemble de textes de référence s'appelle le bloc de constitutionnalité, et c'est en conformité à tous ces textes que le contrôle de constitutionnalité des lois se fait.

Enfin, le troisième type de contrôle est le contrôle de conformité des lois aux traités internationaux ; on l'appelle le contrôle de conventionnalité, parce qu'il permet le contrôle de conformité des lois aux conventions internationales. L'article 55 de la Constitution pose en effet que les traités internationaux ont une autorité supérieure à celle des lois internes. Sur ce point, deux difficultés se sont posées.

La première difficulté était de savoir qui était compétent pour effectuer ce contrôle de conventionnalité : le Conseil constitutionnel (parce que l'article 55 de la Constitution fonde la supériorité des traités sur les lois) ou les juridictions administratives et judiciaires ? Par une décision IVG du 15 janvier 1975, le Conseil constitutionnel a refusé d'opérer ce contrôle, au motif que son rôle est de contrôler la conformité des lois à la Constitution, non aux traités internationaux. Il a donc invité tacitement les juridictions judiciaires et administratives à opérer le contrôle de conventionnalité.

La seconde difficulté était suscitée par la chronologie. Il fut un temps en effet où il fallait distinguer entre le traité postérieur à la loi contraire, et le traité antérieur à la loi contraire. En effet, il n'y avait pas de difficulté pour le traité postérieur à la loi qui lui était contraire, car on considérait alors que le traité venait implicitement abroger la loi. Mais que faire face à une loi qui vient, postérieurement au traité, contredire celui-ci ? Longtemps la Cour de cassation et le Conseil d'État ont considéré que la loi contraire postérieure au traité devait s'appliquer néanmoins, car elle est l'expression de la volonté populaire. Puis, la Cour de cassation, dans un arrêt Jacques Vabre du 24 mai 1975, et le Conseil d'État, dans un arrêt Nicolo du 20 octobre 1989, ont décidé de faire prévaloir dans tous les cas le traité international, en vertu de sa suprématie sur la loi, que celle-ci lui soit antérieure ou postérieure. Dans ces cas-là, la loi n'est pas abrogée mais

écartée de chaque procès au cas par cas, car les juridictions administratives et judiciaires n'ont pas le pouvoir d'abroger les lois.

La confrontation du système de la hiérarchie des normes à la réalité pose cependant une question double : celle de la pluralité des sources, et celle de l'interaction des sources.

La question de la pluralité des sources, c'est l'idée, au fond, exprimée par des auteurs comme Paul Amselek, représentant parmi d'autres du courant du réalisme juridique, que la pluralité des sources vient brouiller le schéma de la pyramide des normes. Parce qu'alors l'articulation des normes prend difficilement la forme d'une pyramide.

Un premier exemple peut en être donné avec le délicat problème de l'articulation de la Constitution nationale avec les normes supranationales. Le dilemme est le suivant. D'un côté, c'est l'article 55 de la Constitution qui pose la supériorité des traités internationaux sur l'ordre interne ; la Constitution est donc la norme qui valide les traités internationaux ; donc les traités internationaux sont inférieurs à la Constitution, qui leur est supérieure. C'est logique. Mais d'un autre côté, l'ordre supranational, surtout celui tiré de la Convention européenne des droits de l'homme et celui tiré de l'Union européenne, est supérieur aux ordres nationaux : c'est tout leur intérêt. Alors, finalement, lequel, du traité ou de la Constitution, est supérieur ? La question est si délicate qu'il faut en réalité distinguer, entre l'ordre interne et l'ordre international. Dans l'ordre interne, à la fois le Conseil d'État et la Cour de cassation jugent que la Constitution prime les traités : l'article 55 de la Constitution, qui pose la supériorité des traités sur les lois, ne s'applique pas aux normes de valeur constitutionnelle (arrêt Sarran du Conseil d'État du 30 octobre 1998). Mais dans l'ordre international, cette solution n'est pas retenue. La Cour de justice des communautés européennes (actuellement Cour de justice de l'Union européenne) a en effet affirmé la primauté du droit communautaire (aujourd'hui, droit de l'Union) sur les constitutions nationales (CJCE, 15 juillet 1964, Costa c. E.N.E.L.) ; et la Cour européenne des droits de l'homme peut tout à fait condamner une loi française que le Conseil constitutionnel a pourtant déclarée conforme à la Constitution (CEDH, 28 octobre 1999, Zielinsky c. France). Le Conseil constitutionnel s'est finalement incliné devant la primauté du droit et du juge de l'Union européenne (Conseil constitutionnel, 10 juin 2004). Donc au final, l'ordre de l'Union et l'ordre européen des droits de l'homme l'emportent bien sur la Constitution, parce que ce sont des ordres supranationaux à part entière. C'est moins évident pour les autres traités. Où l'on voit donc que le schéma de la pyramide n'est

pas adéquat pour rendre compte de l'articulation de la Constitution et des normes supranationales, en raison de la pluralité des sources.

Un second exemple peut en être donné avec le problème de l'articulation de la loi et de la coutume, dans l'ordre purement interne, donc, cette fois. Pour rappel, la coutume est un ensemble d'usages continu et obligatoire ; elle est donc une règle de droit. En principe, la loi devrait être supérieure à la coutume, dans la hiérarchie des normes. Mais comme elles ont des sources très différentes, une qui vient d'en haut, la loi, et l'autre qui vient d'en bas, la coutume, le schéma de la pyramide colle mal sur leur articulation. En réalité, on distingue classiquement entre trois types de coutumes. Les coutumes secundum legem font l'objet d'une référence directe dans la loi : la loi renvoie alors expressément à la coutume. Par exemple la loi renvoie souvent à la pratique commerciale ou aux usages professionnels. Dans cette hypothèse, on peut soutenir à la limite que la loi valide la coutume, bien qu'on puisse douter d'un tel schéma hiérarchique. Les coutumes praeter legem, pour leur part, viennent combler les lacunes de la loi, lorsque celle-ci ne dit rien. L'exemple le plus connu est l'usage pour une femme mariée de prendre le nom de son mari. C'est une coutume, ce n'est pas dans la loi. Là, on peut difficilement soutenir que la loi est supérieure à la coutume, puisqu'il n'y a pas de télescopage entre elles, pas de conflit potentiel. Enfin, les coutumes contra legem sont carrément des coutumes qui viennent contredire la loi. La plus célèbre est celle du don manuel. La loi en effet fait obligation pour toutes les donations entre vifs d'être passées par acte notarié (article 931 du Code civil). Mais depuis longtemps le don manuel est validé par les juges. Le don manuel, c'est le don de la vie de tous les jours, mais cela peut être aussi celui des grandes occasions. Par exemple, lorsque l'on transmet de la main à la main les bijoux de famille, qui peuvent pourtant avoir une grande valeur (ce que l'on appelle la « valeur vénale »). Il va pourtant contre la lettre de la loi. Dans cette hypothèse, il est impossible de dire que la loi est supérieure à la coutume ; la coutume vient simplement comme une source concurrente et parfaitement valable de la loi. C'est, on le répète, l'hypothèse du pluralisme juridique.

Plus loin que coexister de façon plurale, les sources interagissent parfois entre elles.

L'interaction des sources, ce peut être d'abord leur influence réciproque. On en donnera pour exemple l'affaire Mazurek, qui illustre l'influence réciproque du droit national et du droit international, en l'occurrence le droit européen des droits de l'homme. Initialement, le Code civil (qui est un ensemble de lois) prévoyait, en matière successorale, que l'enfant adultérin venant en concurrence avec un/des enfant(s) légitime(s)

à la succession de son père ou de sa mère, aurait droit à une part de la succession qui ne serait que la moitié de celle à laquelle il aurait eu droit s'il avait été lui aussi légitime. Cette loi fut attaquée devant la Cour européenne des droits de l'homme, qui jugea, dans l'arrêt *Mazurek c. France* du 1er février 2000 que le texte français était contraire au droit de chacun au respect de ses biens. La loi française a donc été déclarée non conforme à la Convention européenne des droits de l'homme. Il fallait néanmoins en assurer les conséquences, ce qui fut fait au niveau national. Dans un premier temps, la Cour de cassation a écarté l'application de la loi dans les litiges présentés devant elle. Puis dans un second temps le législateur français a abrogé la loi jugée non conforme à la Convention. La loi du 3 décembre 2001 est venue ainsi rétablir l'égalité successorale parfaite de tous les enfants, quelles que soient les circonstances de leur naissance. Cet exemple montre comment un problème national peut monter devant la Cour européenne des droits de l'homme, pour redescendre au niveau national où les mesures sont prises pour tirer les conséquences d'une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme.

Une autre question de l'interaction des sources est l'articulation entre l'action du législateur et celle du juge. En effet en principe le rôle du juge est d'appliquer la loi. Mais il arrive que la loi soit lacunaire, absente ou obscure. Dans ces cas-là le juge doit tout de même juger. L'article 4 du Code civil lui en fait en effet obligation, sous peine de commettre un déni de justice. Ainsi, le juge se présente comme une source du droit à côté de la loi. Plus encore, et c'est l'idée de Michel Troper, le juge, comme il intervient en dernier lieu, comme c'est lui qui interprète la loi, a en définitive le dernier mot. Un exemple peut venir l'illustrer : ce qu'on a appelé l'affaire Perruche. Il s'agissait, dans cette affaire, de savoir si un médecin n'ayant pas diagnostiqué la rubéole dont une femme enceinte était atteinte, ce qui eut pour conséquence la naissance d'un enfant handicapé, pouvait être condamné à indemniser le handicap de l'enfant, quand bien même il n'était pas responsable de la rubéole de la mère. Oui, a répondu l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 17 novembre 2000 dans l'arrêt Perruche. Le législateur est venu immédiatement briser cette jurisprudence. La loi du 4 mars 2002 a en effet posé que seule la faute médicale ayant directement causé le handicap pouvait donner lieu à responsabilité du médecin, faute de quoi nul ne peut demander réparation pour le préjudice de sa naissance (l'idée étant qu'en aucun cas la naissance ne constitue un préjudice). Qu'à cela ne tienne, la Cour de cassation résiste à cette loi. Un arrêt du 8 juillet 2008 de la première chambre civile notamment en est l'expression. Ce qui illustre parfaitement l'idée de Troper qu'en fin de compte, c'est le juge qui détient le pouvoir, et que l'idée de hiérarchie des normes, fondée sur le

schéma d'une pyramide, et qui ne tient compte ni de la pluralité des sources ni du rôle particulier du juge, est au fond un mythe plus qu'une réalité.