

La MacDonald-isation du discours judiciaire français

Mitchel de S.-O. L'É. LASSER

Professeur à l'University of Utah

RÉSUMÉ. — Après avoir comparé le style des arrêts français à celui des *opinions* américaines, l'auteur nuance cette observation en indiquant les différences entre arrêts de cassation et conclusions ou rapports. Il se demande s'il est opportun de moderniser cette écriture, si typique du génie français, comme les Macdo ont « modernisé » la cuisine française.

L'américanisation du droit français : voici un thème qui révèle les dangers qui menacent à présent les systèmes juridique et judiciaire français. Cette américanisation du droit français, ainsi que n'importe quel danger externe, suscite donc une stratégie de défense. Cette défense pourrait être montée à la frontière, ainsi que le refus des organismes génétiquement modifiés ; à l'intérieur ou à l'extérieur de la frontière, ainsi que la loi Toubon ou le combat mené par José Bové à Seattle ; et même entre les frontières, ainsi que le refus du bœuf anglais par l'intermédiaire de l'Union Européenne. Quelle que soit la stratégie de défense, le danger que représente l'américanisation du droit français provoque un regard méfiant vers l'extérieur.

Le thème de l'américanisation du droit français engendre d'habitude une analyse qui s'oriente sur deux axes. Premièrement, question d'ordre scientifique ou empirique : l'américanisation est-ce un phénomène réel, et est-ce un phénomène en croissance ? Deuxièmement, question d'ordre normatif ; on porte jugement : le phénomène serait-il une bonne ou une mauvaise chose ? Mais ces deux axes d'analyse présument encore que le phénomène, aussi bien que les forces qui le déclenchent, viennent de *l'extérieur*. Le changement, après tout, est identifié comme étant « l'américanisation ».

Cet article est divisé en deux parties. La première offre une analyse de l'écriture judiciaire française et américaine afin d'aborder le thème de l'américanisation du discours et du raisonnement judiciaire français. La seconde examine les résultats de cette analyse dans le contexte des autres, et d'ailleurs nombreux, combats contre l'américanisation, tels que ceux menés sur le plan économique (la mondialisation libérale), culturel (la loi Toubon, les débats sur les films et les médias...) et surtout sur le plan culinaire : c'est-à-dire les fameuses histoires du MacDo et de la malbouffe. Cet article considère donc que

l'américanisation du droit français fait partie intégrale du processus de l'américanisation de la culture française en général. L'américanisation du droit français et de la cuisine française font ainsi partie d'un seul bloc de questions où les enjeux de l'américanisation seraient non seulement les conditions matérielles de la vie française, mais la culture et l'identité des Français.

I. — L'ÉCRITURE DU DROIT PAR LE JUGE

A. — *L'écriture judiciaire française*

Le portrait officiel du système juridique et judiciaire français en droit civil est trop connu pour qu'il soit besoin d'y insister beaucoup. L'idéologie révolutionnaire de la république veut que ce soit le peuple, et seulement le peuple, qui puisse créer la loi. Donc, séparation stricte des pouvoirs, primauté incontestée et incontestable du législateur, et passivité quasiment totale du juge civil. C'est au législateur de créer les lois, au juge de les appliquer.

Cette perspective ou idéologie française se manifeste et s'exprime bien sûr dans plusieurs textes fondamentaux. Ainsi, le Code de l'organisation judiciaire du 16-24 août, 1790, défend au juge de prendre part à l'exercice du pouvoir législatif ou administratif¹. L'article 5 du Code civil déclare : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». De même, l'article 1351 affirme : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement ». Bref, le Code civil et le Code de l'organisation judiciaire refusent au juge français tout pouvoir normatif.

L'interprétation judiciaire de ces textes fondamentaux confirme cette idéologie française. Ainsi, par exemple, les juges ne peuvent se référer à des règles judiciaires établies à l'avance pour justifier leurs décisions². De même, une décision rendue dans un premier litige ne peut pas servir de fondement à la décision dans un second³. Ainsi, la jurisprudence se refuse formellement tout pouvoir créateur ou normatif dans le système juridique français.

Cette idéologie française se manifeste surtout dans la forme même des arrêts judiciaires. C'est-à-dire que la forme des arrêts semble donner la preuve de l'idéologie. La forme de l'arrêt de cassation civil offre l'exemple parfait. Ainsi que l'écrit Mimin, « En France, les décisions judiciaires sont coulées dans un moule connu »⁴ :

LA COUR,
Vu [les Articles ___ et ___ du Code Civil] ;
Attendu que... ;

¹ Code de l'organisation judiciaire du 16-24 août, 1790, titres II, arts. 10, 13.

² Voir Cass. crim. 4 févr. 1970, *D.* 1970.333 ; Cass. 3 nov. 1955, 1956 *D. Jur.* I.557.

³ Cass. soc. 27 févr. 1991, *Bull. civ.* V, n° 102 ; Cass. civ. 3^e, 27 mars 1991, *Bull. civ.* III, n° 101.

⁴ Pierre Mimin, *Le style des jugements* (4^e éd. 1962), p. 185.

Que... ;
Par ces motifs, [casse, rejette le pourvoi, etc.].

Cette forme traditionnelle de l'arrêt de cassation donne une image très particulière du rôle joué par le juge français. L'arrêt consiste en une phrase unique, normalement très brève, prenant la forme du syllogisme⁵. Il est rédigé à la troisième personne (« La Cour... casse »), n'est pas signé par le juge, et prend la forme collégiale. Le juge français ne parle pas à la première personne.

La forme de l'arrêt de cassation laisse donc entendre que c'est le *Code* qui engendre, de manière grammaticale, mécanique, presque mathématique, la solution judiciaire nécessaire et non problématique. Le juge, qui ne fait qu'appliquer la loi, n'y est pour rien. Selon Jean-François Lyotard, et c'est une très belle phrase qui décrit parfaitement l'image que produit l'arrêt de cassation : « En France, le juge ne semble même pas juger, car le Code est censé avoir déjà jugé »⁶.

Cette image de l'effacement du juge dans l'arrêt judiciaire français, associée au contrôle grammatical et presque mathématique de la loi, est en fait remarquablement subtile. Notez, par exemple, le fait que l'arrêt de cassation ne cite quasiment jamais le *texte* de loi qu'il « applique ». L'arrêt se réfère au *numéro* de l'article du Code civil, mais il ne cite pas le texte de cet article. C'est donc un numéro qui semble engendrer la solution.

De même, quand le texte de l'article de loi est paraphrasé dans l'arrêt judiciaire, ou même quand il est en fait cité, c'est sans guillemets. C'est-à-dire qu'il n'y a absolument aucune distance entre le langage de l'arrêt et le langage de la loi. Il n'y a aucune marque de séparation (telle que des guillemets) qui puisse suggérer qu'il existe quelque chose – ou quelqu'un – qui s'intercale entre la loi et la décision, entre la loi et son application.

Il n'y a donc aucun espace textuel, dans l'arrêt judiciaire français, où le juge puisse se caser. Ainsi, l'arrêt reste parfaitement univoque. L'arrêt de cassation ne se rapporte donc jamais à la jurisprudence ou à la doctrine. Il n'y a pas de débat, pas de discussion, pas de conflit. L'arrêt ne s'ouvre jamais vers la possibilité d'autres solutions, et donc ne se rapporte jamais à des arguments téléologiques de « *policy* » (ce que l'on traduit assez mal par « les politiques publiques »). La grammaire même de la phrase unique l'interdit. C'est la loi qui parle. Le juge n'est donc pas personnalisé dans l'arrêt judiciaire français, parce que l'arrêt n'est pas une question d'opinion personnelle.

En somme, le juge civil surgit, selon le portrait officiel français, comme n'étant que l'intermédiaire passif de la loi. Il ne semble qu'appliquer la loi d'une manière mécanique, menant ainsi à des résultats requis par les textes de la loi. Il n'est, selon le portrait officiel, qu'une « machine à syllogismes »⁷.

⁵ Mimin, p. 187. André Tunc, « La Cour de cassation en crise », in 30 *Archives de philosophie du droit* 157, 165 (1985).

⁶ Mitchel de S.-O. L'E. Lasser, « Judicial (Self-)Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System », 104 *Yale Law Journal* 1325, 1326 (1995).

⁷ Voir, par contre, 1 Jean Carbonnier, *Droit civil* 18 (1967).

B. — *L'écriture judiciaire américaine*

Le système juridique et judiciaire américain offre une image quasiment opposée du rôle du juge. Par contraste avec le système français, le système américain nous offre le culte non pas du législateur et de la loi, mais du juge et de l'arrêt. Même s'il n'est plus vraiment question de primauté du juge, au moins celui-ci partage-t-il le champ juridique avec le législateur et l'administration. Il s'agit donc d'une définition de séparation des pouvoirs selon laquelle les pouvoirs gouvernementaux sont en relation de « *checks and balances* » c'est-à-dire selon laquelle tout le monde est content de marcher sur les pieds des autres. Dans ce contexte américain, le juge surgit comme le créateur du droit aussi bien que celui qui en fait l'application.

Encore une fois, c'est la forme des arrêts, et donc l'écriture du juge, qui semble en faire la preuve. Ainsi, les arrêts, que l'on appelle – choix de mots significatif – « *opinion* », sont longs, écrits dans un style et avec une logique de conversation. La voix individuelle du juge reste individuelle. Celui-ci écrit donc à la première personne, signe ses opinions, et publie ses « *dissents* » et ses « *concurrances* ». De plus, le juge américain produit de longues analyses de la jurisprudence, laquelle constitue une source incontestable de droit. Il contribue donc au développement de cette jurisprudence et des règles de droit.

Dans ses opinions, le juge américain ne se borne donc pas à l'application mécanique qui caractérise le discours officiel du juge français. Il propose plutôt une herméneutique. C'est-à-dire qu'il tâche de donner un sens au droit en partant des buts et des fins sociaux. Il ne se limite pas à une simple référence à un texte ; il offre encore le « pourquoi » de sa décision. Ce « pourquoi » consiste typiquement en toute une série de discussions extra-textuelles. Il est donc tout à fait normal pour le juge américain de s'interroger, dans son opinion judiciaire, sur les buts et les fins des textes de loi qu'il interprète⁸. De même, il est courant pour le juge américain d'essayer d'anticiper les effets pratiques de ces textes et de ses interprétations⁹.

Cette orientation évidente vers les buts et les fins sociaux, économiques, institutionnels ou politiques des lois et de leurs interprétations pousse le juge américain dans un tout autre registre que celui dans lequel travaille le juge français. Bref, le juge américain donne des explications. Son écriture et son interprétation judiciaire se définissent donc par leur caractère herméneutique, par leur perspective téléologique, et par leurs arguments dits de « *policy* »¹⁰.

Afin que le lecteur ait bien à l'esprit l'écriture judiciaire américaine, voici une traduction de quelques extraits tirés d'un arrêt – ou plutôt d'une « *opinion* » – de la Cour Suprême de l'État de Floride, dans laquelle il s'agit de la maîtresse d'un homme marié qui cherche des dommages-intérêts lors de sa mort dans un accident de la circulation.

⁸ Mitchel de S.-O. l'E. Lasser, « Lit. Theory' Put to the Test: A Comparative Literary Analysis of American Judicial Tests and French Judicial Discourse », 111 *Harvard Law Review* 689, 702-04 (1998).

⁹ Lasser (1998), p. 702-4, 707-10.

¹⁰ Pour des analyses détaillées du discours américain du « *policy* », voir Duncan Kennedy, « A Semiotics of Legal Argument », 42 *Syracuse L. Rev.* 75 (1991) ; « Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology », 36 *J. Legal Educ.* 518 (1986). [p. 137-148] M. DE S.-O. L'E. LASSER *Arch. phil. droit* 45 (2001)

Cette opinion, y compris son style, à la fois personnelle, raisonnée et puritaine, est typiquement américaine.

Au lieu de se borner à la simple application d'un texte de loi, elle offre, par exemple, des arguments basés sur l'ordre public, le bon sens, l'équité, les risques économiques, les besoins pratiques et institutionnels, et même la moralité. Elle propose des hypothèses d'école afin de faire des analogies. Et puis, bien sûr, elle passe beaucoup de temps à faire des analyses de la jurisprudence. Voici donc l'écriture du juge américain, dans toute sa typicité :

« Comment, dans ces conditions, la concubine pourrait-elle trouver dans un fait illicite la source d'une indemnisation, de quelque nature qu'elle soit ?... Qui ne sent qu'un tel résultat serait directement contraire à l'ordre public qui, s'il tolère le concubinage, doit assurer la protection de l'institution du mariage ?... »

Mais le bon sens et la moralité la plus élémentaire ne doivent-ils pas... dresser un obstacle infranchissable à celle qui ose publiquement jusque devant les tribunaux eux-mêmes venir bafouer l'institution du mariage et la famille légitime... ?

Que penserait-on d'un agile cambrioleur qui, ayant été victime... d'un accident de la circulation diminuant sa capacité physique, oserait invoquer devant les tribunaux – hypothèse d'école, bien sûr – comme élément de son préjudice la difficulté dans lequel il va se trouver désormais pour exercer son périlleux et répréhensible "métier"?

Ajoutons, sur le plan de l'équité, qu'en se mettant en ménage avec un homme marié, la concubine ne pouvait légitimement escompter aucune protection légale. Bien mieux : toutes les situations infractionnelles peuvent nuire à celui ou celle qui court le risque de s'y soumettre ; ce risque, il ne lui appartient pas de le faire supporter par les autres.

Cependant, il y a lieu de considérer... qu'il convient d'empêcher des actions concurrentes multiples, si l'on veut éviter d'aboutir, ainsi que le constate M. le professeur [***] à des absurdités ».

Sautons :

« L'état de la jurisprudence... est trop connu, pour qu'il soit besoin d'y insister beaucoup.

Schématiquement, trois tendances semblent se manifester actuellement au sein [des cours d'appels]. [La première] n'exige pas un lien de parenté et d'alliance, une simple certitude de fait d'un préjudice éprouvé est seule nécessaire. [citations de plusieurs arrêts].

[La seconde] exige... qu'il y ait, selon la formule bien connue, "[ceci et cela]".

Enfin, [la troisième] a, dans un arrêt remarqué par la doctrine [citations] abandonné la nécessité d'un lien de parenté ou d'alliance... ».

Sautons maintenant l'analyse détaillée de la jurisprudence et de la solution proposée par la cour, et arrivons donc à la fin de l'opinion :

« Ainsi, nous pensons que la solution que nous proposons... reste dans la ligne des arrêts [que nous avons] précédemment rendus en la matière dans le dernier état de [notre] jurisprudence... [L]a seule existence d'un mariage... doit conduire nécessairement à fermer la porte du prétoire à la concubine ; un cumul ou un partage du dommage est à rejeter ».

Cet exemple typique de l'écriture judiciaire américaine montre bien à quel point le rôle et la pratique du juge américain se différencient du rôle et de la pratique du juge civil français. Si jamais le discours judiciaire français offrait, ainsi que cette opinion américaine, de nombreuses citations et d'analyses de jurisprudence, de longues discussions – composées à la première personne – sur les avantages et les inconvénients économiques, sociales et institutionnels de telle ou telle position jurisprudentielle ou doctrinale, bref, si jamais un juge civil français, dans l'exercice de ses fonctions professionnelles, utilisait une écriture telle que celle-ci, dans un tel cas, nous pourrions peut-être et enfin parler d'« américanisation ». Car il est évident que le portrait du juge français qui surgit de l'arrêt de cassation n'a rien à voir avec celui qui surgit de cet exemple américain.

Nous pourrions donc qualifier d'« américanisation » toute transformation de l'écriture et donc de l'idéologie judiciaire française qui irait dans la direction de cet exemple. Ceci dit, il va de soi qu'il est prématuré de parler de l'« américanisation » du juge civil français : l'écriture de l'arrêt de cassation français n'a évidemment rien à voir avec l'écriture de cette opinion américaine.

C. — Une petite complication

L'analyse comparative que nous venons de présenter souffre d'une petite faute que le lecteur devine peut-être. Cette faute, c'est que le document typiquement « américain » qui est cité ci-dessus *n'a pas été traduit*. Il a bel et bien été écrit par un juge civil français. Pire, il a été rédigé par un conseiller à la Cour de cassation, dans son rôle de juge rapporteur. Est-ce que ce document confirme donc que l'américanisation du discours et du raisonnement judiciaires français s'est déjà accomplie au cours de ces dernières années ? Est-il concevable qu'un juge français ait pu produire un tel discours y a trente ou quarante ans ? Pourtant, il faut reconnaître que cet exemple n'est pas du tout récent, et qu'il ne révèle donc aucun lien avec un processus actuel d'américanisation de l'écriture judiciaire française. Car c'est le conseiller Combaldieu qui a composé ce rapport il y a plus de trente-quatre ans ¹¹.

Étant donné ce genre d'exemple (qui n'a, d'ailleurs, rien d'exceptionnel), il n'est pas du tout évident pourquoi nous devrions parler d'« américanisation, » et donc prétendre que nous avons à faire à un changement dans le discours judiciaire français, et à un changement qui viendrait, au surplus, de l'extérieur. Une telle perspective présuppose que le

¹¹ Rapport du conseiller Combaldieu, jugement du 20 janvier, 1966, Cass. crim., 1966 *D.S. Jur.* 184.
[p. 137-148]

juge civil ne jouait pas *déjà* un rôle très actif par rapport à la législation, aux codes, et au droit en général.

Le rapport du conseiller Combaldieu montre pourtant très bien que le juge civil français joue depuis longtemps un rôle sinon créateur du droit, tout au moins contributif. En effet, dans le champ discursif interne et relativement caché des magistrats français, c'est-à-dire dans les rapports des juges ou conseillers rapporteurs, voire dans les conclusions des avocats généraux, les magistrats français emploient une écriture dont le ton, le style et le raisonnement n'ont que très peu à voir avec le discours officiel des arrêts.

Dans ce discours non officiel des rapports et des conclusions, les magistrats adoptent un tout autre discours que celui qui règne, par exemple, dans les arrêts de cassation. Loin d'être des modèles de concision, ces rapports et conclusions peuvent être cinq ou six fois plus longs que les arrêts publiés. Ceci devient évident du moment que l'on regarde les quelques rapports et conclusions publiés chaque année¹². En plus, ces documents sont sévèrement abrégés. Dans les dossiers de la Cour de cassation, les rapports et conclusions peuvent atteindre une cinquantaine de pages !¹³.

En fait, les rapports et les conclusions produisent sans cesse des arguments basés sur des analyses précises et détaillées de la jurisprudence¹⁴. Ils proposent couramment des arguments d'équité¹⁵, des arguments basés sur les avantages ou désavantages sociaux, économiques, politiques ou institutionnels de telle ou telle solution juridique ou judiciaire¹⁶. Ils parlent des buts et des fins de la solution proposée ; de la modernisation et

¹² Voir, par exemple, *Conclusions* de l'avocat général Lindon, Cass. civ. 1^{re} 8 mars 1966, 1966 *J.C.P.* II, 14664 ; *Conclusions* de l'avocat général Joinet, Cass. civ. 2 févr. 1990, 1990 *Bull. civ.* I, n° 2, in 1990 *Rapport de la Cour de cassation* 147, 149 (1991) ; *Rapport* du conseiller Massip, Cass. civ. 1^{re}, 26 avr. 1988, 1988 *D.S. Jur.* 469 ; *Conclusions* de l'avocat général Charbonnier, Cass. civ. 13 nov. 1987, *Bull. civ.* I, n° 5, dans 1987 *Rapport de la Cour de cassation* 108 (1988) ; *Conclusions* de l'avocat général Dorwling-Carter, Cass. civ. 11 juil. 1989, in 1989 *Rapport de la Cour de cassation* 85 (1991) ; *Rapport* du conseiller Massip, Cass. civ. 1^{re} 13 déc. 1989, 1990 *D.S. Jur.* 273 ; *Rapport* du conseiller Sargos, Cass. civ. 1^{re}, 8 oct. 1986, 1986 *D.S. Jur.* 573.

¹³ Voir Lasser (1995), 1369-70.

¹⁴ *Conclusions* de l'avocat général Lindon, Cass. civ. 1^{re} 8 mars 1966, 1966 *J.C.P.* II, 14664 ; *Rapport* du conseiller Massip, Cass. civ. 1^{re} 13 déc. 1989, 1990 *D.S. Jur.* 273 ; *Conclusions* de l'avocat général Joinet, Cass. civ. 2 févr. 1990, 1990 *Bull. Civ.* I, n° 2, in 1990 *Rapport de la Cour de cassation* 147, 149 (1991) ; *Rapport* du conseiller Sargos, Cass. civ. 1^{re}, 8 oct. 1986, 1986 *D.S. Jur.* 573 ; *Conclusions* de l'avocat général Mourier, Cass. 12 juil. 1991, *Bull.* n° 5 in 1991 *Rapport de la Cour de cassation* 105, 109-11 (1992).

¹⁵ Voir *Conclusions* de l'avocat général Joinet, Cass. civ. 2 févr. 1990, 1990 *Bull. civ.* I, n° 2, in 1990 *Rapport de la Cour de cassation* 147, 149 (1991) ; *Conclusions* de l'avocat général Lindon, Cass. civ. 1^{re} 8 mars 1966, 1966 *J.C.P.* II, 14664 ; *Conclusions* de l'avocat général Charbonnier, Cass. civ. 13 nov. 1987, *Bull. civ.* I, n° 5, in 1987 *Rapport de la Cour de cassation* 108 (1988).

¹⁶ *Rapport* du conseiller Gélinau-Larrivet, Cass. ass. plén., 11 déc. 1992, *Bull.* n° 13, in 1992 *Rapport de la Cour de cassation* 102 (1993) ; *Conclusions* de l'avocat général Flipo, Cass. civ. 21 mai 1990, 1990 *Bull. civ.* I, n° 117, in 1990 *Rapport de la Cour de cassation* 129, 146 (1991) ; *Conclusions* de l'avocat général Mourier, Cass. 12 juil. 1991, *Bull.* n° 5 in 1991 *Rapport de la Cour de cassation* 105, 109-11 (1992).

de l'adaptation du droit, etc.¹⁷ En somme, dans ce champ discursif interne – et nous le qualifions d'interne parce que les rapports et les conclusions ne sont presque jamais publiés, et encore moins sont-ils publiés intégralement – presque tout est orienté vers une question de « *policy* ». Car en effet, une bonne traduction de conclusions ou d'un rapport pourrait pratiquement être substituée à un arrêt judiciaire américain.

II. — VIVE LA DIFFÉRENCE ?

La différence entre les systèmes judiciaires américains et français, ce n'est donc pas que le juge français se borne à l'application grammaticale des textes de la loi, tandis que le juge américain tente d'y suppléer une herméneutique de buts et des fins sociaux. La différence, c'est que l'écriture officielle du juge américain consiste précisément en un *mixage public* de la grammaire formelle et de l'herméneutique sociale. Le juge américain réunit ces deux discours en un seul lieu : l'arrêt judiciaire, l'opinion¹⁸.

En France, par contre, pour des raisons que je qualifierais de contingence historique¹⁹, la tradition anti-judiciaire a produit une *bifurcation* du discours judiciaire²⁰. D'une part, le discours judiciaire public, c'est-à-dire principalement le discours des arrêts, est resté plus ou moins parfaitement formaliste et mécanique, au moins en apparence. Le portrait et l'idéologie officiels du juge civil français sont donc restés plus ou moins intacts. Mais parallèlement, le discours judiciaire non officiel et caché, plus ou moins interne à la profession, est bourré de préoccupations et d'arguments orientés vers les politiques publiques, l'équité, la modernisation, etc. Ceci devient évident du moment où l'on regarde les conclusions et les rapports.

En somme, le système judiciaire français possède déjà un champ discursif dans lequel le juge civil joue un rôle bien différent de celui promu par le discours officiel de l'arrêt de cassation. Ainsi, même si les arrêts judiciaires français adoptaient une écriture personnalisée, composée à la première personne, qui faisait couramment référence à la jurisprudence et à la doctrine, et qui s'orientait aux buts et aux fins sociaux et à l'équité, ceci ne représenterait probablement pas « l'américanisation » de l'arrêt judiciaire français, mais plutôt (et tout simplement) la parution du discours interne du système judiciaire français.

Ceci dit, même si une telle parution ne signalait pas un changement dans le *raisonnement* judiciaire français, cela ne veut pas dire qu'une telle parution ne serait pas pour autant un changement important dans le *discours* judiciaire français. Il est bien évident que l'arrêt à phrase unique et le rapport du conseiller Combaldieu ne se ressemblent pas de près.

Une telle parution, et donc un tel changement, seraient ainsi une atteinte sérieuse à la *spécificité* du discours judiciaire français, à l'écriture du droit par le juge civil. Car ce

¹⁷ *Conclusions* de l'avocat général Picca, Cass. soc., 21 janv. 1987, 1987 *D. Jur.* 111, 113 ; *Conclusions* de l'avocat général Dotenwille, Cass. 29 mars 1991, Bull n° 1, in 1991 *Rapport de la Cour de cassation* 65, 66, 68, 93-94 (1992).

¹⁸ Lasser (1998).

¹⁹ John Dawson, *The Oracles of the Law* (1968).

²⁰ Lasser (1995) 1402-09.

qui définit le discours judiciaire français, c'est précisément le portrait officiel du juge civil, ce portrait qui surgit surtout de la forme même des arrêts, c'est-à-dire de l'écriture *publique* du juge français. Ce discours, cette écriture, et ces arrêts représentent sinon la manifestation concrète de l'idéologie républicaine française, ils en représentent certainement le *symbole*. Et c'est le souci de cette idéologie qui produit non seulement le style de l'arrêt judiciaire français, mais aussi, par souci de la pureté de ce style, la bifurcation du discours judiciaire français. Ce n'est donc que dans un *autre* champ discursif, celui plus ou moins *interne* et caché de la magistrature, dont on trouve la trace dans les conclusions et les rapports, que surgit le raisonnement téléologique, c'est-à-dire l'herméneutique sociale. Si ce discours interne devenait le discours public du système judiciaire français, cela porterait donc atteinte à l'écriture et ainsi au portrait officiel du juge civil, et donc, finalement, à l'idéologie du système, même si celle-ci ne représente pas vraiment la pratique du juge civil.

Ceci dit, il ne serait pas bien difficile de justifier une telle atteinte. L'écriture officielle, et la bifurcation qui en résulte, ne ferait que reproduire pour le grand public un discours révolutionnaire fatigué. Elle n'offrirait, si vous voulez, qu'un *diorama* de la pensée juridique française du XVIII^e siècle ainsi qu'elle a été interprétée par l'école de l'exégèse. Pire, puisque cette écriture officielle a provoqué la bifurcation du discours judiciaire français, ce ne seraient que les magistrats, et peut-être un nombre restreint d'auteurs, qui auraient accès au discours et au raisonnement interne des magistrats. Après tout, les recueils ne publient qu'un nombre minuscule de rapports et de conclusions chaque année.

Ce système discursif représenterait donc un produit de luxe. Il est beau. Il est efficace. Mais il coûte cher pour ceux, tels que les plaideurs et leurs avocats, qui n'ont pas d'accès direct au discours interne. Bien entendu, ce système cède à la doctrine une place importante : étant donné l'opacité des arrêts, ce sont les recueils et les auteurs qui jouent le rôle de médiateurs entre les juges et les plaideurs²¹. Mais il faut néanmoins reconnaître que ceux-ci n'ont pas eux-mêmes d'accès privilégié au raisonnement judiciaire. Et puis, bien sûr, ce système discursif donne une idée assez trompeuse de la pureté grammaticale du système judiciaire français.

Il ne serait donc pas bien difficile de proposer une série de solutions à de tels problèmes. Il serait tout simplement question de prendre au sérieux les critiques et les solutions proposées, par exemple, par le professeur Tunc²². Ainsi, la modernisation ou l'adaptation du droit français pourrait commencer avec l'écriture judiciaire. Le juge civil pourrait, par exemple, promouvoir la transparence en offrant une motivation plus explicite de ses décisions. Il pourrait donc adopter un style d'écriture qui montrerait que son raisonnement consiste en un certain métissage ou fusion de grammaire formelle et d'herméneutique sociale. Ceci représenterait de plus une certaine démocratisation du droit civil français, car soudain le raisonnement du juge serait à la portée de tous.

²¹ Evelyne Serverin, *De la jurisprudence en droit privé* 70 (1985) ; Philippe Jestaz et Christophe Jamin, « The entity of French doctrine : some thoughts on the community of French legal writers, » 18 *Leg. Stud.* 415 (1998).

²² Tunc, « La Cour de cassation en crise », in *La jurisprudence*, 30 *Archives de philosophie du droit* 157, 165 (1985) ; André Tunc et Adolphe Touffait étaient « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation », 1974 *Rev. trim. dr. civ.* 487 (1974).

Ceci dit, une telle modernisation de *l'écriture* du juge civil qui, il vaut la peine de le répéter, ne représenterait *pas* un changement important dans le *raisonnement* judiciaire français, porterait néanmoins atteinte au fonctionnement et aux traditions culturelles du système juridique français. Il est évident qu'une telle modernisation, qu'un tel métissage *public* de la grammaire formelle et de l'herméneutique sociale, changerait rigoureusement le côté *artisanal* de l'écriture judiciaire française en droit civil. Personne ne doute que l'arrêt judiciaire français – coulé dans le moule d'un Mimin – ne représente un véritable *genre* littéraire, et que la maîtrise de ce genre ne demande une longue période d'apprentissage. Cette éducation et ce travail artisanal seraient donc superflus et donc rapidement perdus.

Mais restons avec le côté pratique de la question. Car il faut reconnaître que l'écriture officielle du juge civil français, et la bifurcation du discours judiciaire que cette écriture a provoquée, n'est pas sans avantage. Ainsi que nous l'avons déjà remarqué, cette bifurcation produit un champ discursif interne et caché dans lequel les magistrats peuvent parler de façon ouverte des lacunes, conflits ou ambiguïtés qu'ils perçoivent dans la loi, faire face aux « controverses doctrinales » et aux jurisprudences « partagées, » et donc aborder les problèmes juridiques sous l'angle de l'herméneutique sociale²³. En somme, par suite du manque de diffusion du discours judiciaire interne, la bifurcation offre à la magistrature un champ discursif privé et privilégié dans lequel la franchise peut régner, dans lequel l'équité peut être véritablement reconnue.

Il est tout à fait louable que les magistrats et juges français puissent faire preuve d'une telle franchise au sujet du caractère difficile, controversé et subjectif de l'interprétation juridique et judiciaire, même si cette franchise reste assez bien cachée. À regret, cette franchise risquerait de ne pas être maintenue si ce discours interne devenait le discours public et officiel du juge civil français ; parce que, pour ne dire que des évidences, une telle image de l'interprétation judiciaire poserait des questions assez gênantes pour la théorie de la primauté du législateur aussi bien que pour celle de la séparation des pouvoirs.

Finalement, et ce n'est pas sans conséquence, une telle modernisation de l'écriture judiciaire pourrait bien nuire aux auteurs, et surtout aux arrêtistes, dont le travail consiste précisément à déchiffrer les motivations profondes des arrêts officiels. Nous imaginons déjà les manifestations du Syndicat ou de la Confédération des arrêtistes !

Quelle serait donc la solution à ce problème de la *modernisation* – notez bien que nous ne disons plus l'« américanisation » – de l'écriture du juge français ? Une réponse satisfaisante demande que nous ne nous limitons pas au côté pratique de cette question. Car il faut reconnaître que l'écriture et donc le portrait officiel du juge civil représentent, selon la perspective de l'observateur, ou bien les fleurons ou les stigmates, mais tout au moins les symboles, du système juridique et judiciaire français. Nous avons donc à faire à une question de la *culture* et du *patrimoine* juridiques français. Faudrait-il donc sauver et défendre l'écriture et le portrait officiels (tout en reconnaissant leurs défauts) ? Est-ce qu'une telle défense prendrait nécessairement la forme caricaturale de « Code, Doctrine, Nature, Traditions » ? Peut-être vaudrait-il mieux moderniser l'écriture et le portrait officiels ? Mais cette approche mènerait-elle nécessairement à la perte de la spécificité judiciaire et de la culture juridique des Français ?

²³ Lasser (1995), 1374-76.

Il n'y a pas de bonnes réponses à de telles questions. Ce sont des questions de politiques personnelles, culturelles et d'identité, tout comme les questions de la cuisine française. Qu'est-ce qui devrait être sauvé, pourquoi, et comment ? En outre, est-ce qu'il est vraiment question de « sauver » quelque chose ou de créer ou de maintenir certains mythes et légendes nationaux ? Ces questions juridiques et judiciaires ressemblent donc aux suivantes : est-ce qu'il faudrait serrer les rangs autour des grands classiques français, tel qu'un Carême, qu'un Escoffier ou d'un Taillevent ? Est-ce que la tradition gastronomique devrait donc rester figée dans la cuisine d'encyclopédie ? Ou vaudrait-il mieux souligner, ainsi qu'un Roëllinger à Cancale, les métissages déjà présents dans la cuisine régionale française ? Ainsi, faudrait-il reconnaître que la cuisine traditionnelle bretonne n'est pas la cuisine « pure » et « française » d'anthologie, ni celle de la crêperie banale, mais celle qui reflète l'effet métissant qu'a produit le commerce des épices²⁴ et des esclaves sur les côtes bretonnes²⁵ ?

Ou encore, vaudrait-il mieux aller directement dans la direction de la cuisine « fusion », ainsi que le fait Ducasse à son nouveau restaurant « américano-mondialiste », Spoon, où chaque convive peut choisir d'accompagner ses « spare ribs » d'une sauce « tandoori » ?²⁶ Laquelle de ces méthodes – culinaires ou judiciaires – représente la bonne relation envers le passé, le présent et l'avenir de la cuisine *ou du droit* français ?

Question difficile. Mais de quelque manière que l'on résolve ces problèmes, il faut d'abord reconnaître que ces conflits et les divisions qui en résultent sont en premier lieu *internes*. Ce sont de nouvelles querelles des anciens et des modernes. Ce sont les mêmes genres de questions que celles qui surviennent dans les débats sur l'Europe. Comment voulons-nous et devons-nous nous définir ? Quelles que soient les pressions dites « extérieures », l'identité et la culture des Français restent en premier lieu la responsabilité des Français. C'est dans le contexte de cette responsabilité interne qu'il vaut la peine de remarquer que quelqu'un doit manger aux 804 Macdos français, et que ce ne sont pas que des gosses. Et ainsi que le raconte parfaitement un article paru dans le *Monde* il y a quelques mois, on a le droit de mettre en question la sincérité des nombreux adultes qui tiennent un discours d'autojustification en sortant du Macdo, racontant qu'ils venaient pour la première et dernière fois, comme s'ils sortaient d'un cinéma X²⁷. De même, quelqu'un doit préférer un style judiciaire qui supplée publiquement l'herméneutique sociale à la grammaire formelle des textes.

Finalement, il vaut la peine de remarquer que l'impulsion pour de tels changements ne vient d'ailleurs pas seulement d'en bas. C'est-à-dire qu'il n'est pas simplement question de la mondialisation de la malbouffe à partir du Macdo, ni de la mondialisation

²⁴ Voir la liste des plats d'Olivier Roëllinger, <http://maisons-de-bricourt.com/francais/services/relais.htm> (« Petit homard cuit à la commande aux saveurs de "l'île aux épices" », « Le classique : Saint Pierre "retour des Indes" (hommage au Malouin De La Bourdonnais) », « Homard en deux services au vin de xérès dans l'esprit du XIX^e siècle », « Selle d'agneau à la broche "épices grande caravane" », « Invitation au voyage : Grog au Rhum de Marie Galante, Mille feuilles mangues et cardamome »).

²⁵ Voir Annick Douget, *Juges, esclaves et négriers en Basse-bretagne 1750-1850*.

²⁶ Gault Millau, *Guide France 2000*, p. 902.

²⁷ Jean-Michel Normand, « McDonald's, critiqué mais toujours fréquenté », *Le Monde*, 24 septembre 1999.

judiciaire à partir de l'économie libérale du marché selon le modèle américain – bien que celles-ci y prennent part, évidemment. L'impulsion pour de tels changements vient aussi d'en haut. Elle surgit ainsi des grands chefs, tels que Ducasse et son restaurant Spoon, aussi bien que d'un bon nombre de grands professeurs, tels que Tunc, pour qui l'Amérique représente le modernisme et le progrès.

Et encore, il faudrait reconnaître que si de tels changements ne sont pas seulement requis d'en bas ou imposés d'en haut, qu'ils surgissent en grande mesure, et c'est peut-être le plus intéressant, du milieu, du moyen, du quotidien banal. Ainsi, les grandes surfaces – l'Hyper-Casino, le Mammouth ou le Carrefour – ne sont pas américaines. Et d'ailleurs, la petite épicerie Casino n'est pas une innovation récente, et elle ne vient pas des États-Unis non plus. De même, le juge actif, qui joue un rôle important et créateur dans le système juridique français en droit civil, existe, tout comme le Casino du coin, depuis déjà longtemps (et le juge actif, peut-être même depuis toujours).

Ce qui définit la spécificité de la culture juridique française, au moins en droit civil, c'est précisément le refus de reconnaître publiquement le métissage du discours et raisonnement judiciaires, tout comme la spécificité de la culture culinaire française consiste, dans une certaine mesure, à refouler les diverses influences sur la cuisine française. Changer véritablement l'écriture du juge civil mettrait donc profondément en cause non pas le raisonnement du juge civil français, mais l'idéologie et la culture juridiques françaises. Le juge actif, la France l'avait déjà. Mais quand il s'agit de son écriture judiciaire, c'est la culture française qui est en jeu.